

Fernando Antonio Oliveira Rolim*
José Flávio Magalhães Acioly**
Ricardo Antônio da Silva Melo***

1. INTRODUÇÃO

Durante os trabalhos de Auditoria de Obras Públicas, desenvolvidos na chamada Operação Transparência - Eleições 2002, deparamo-nos com um fato até então desconhecido e inusitado em nossa rotina de fiscalização, a contratação de uma obra de engenharia através de uma OSCIP - Organização da Sociedade Civil de Interesse Público. Causou-nos surpresa a existência de tal conduta administrativa, onde a Administração Pública repassa (ou divide, como querem alguns autores) à entidades privadas procedimentos anteriormente de sua exclusiva competência, no caso em estudo, a seleção e contratação de empresas para a execução de obras e serviços de engenharia.

2. OBJETIVO DO TRABALHO

O presente trabalho tem por objetivo difundir a experiência da equipe de engenharia da Inspeção Regional dos Palmares - IRPA e trazer para o campo dos debates formas de atuação e possível adequação da metodologia de fiscalização quanto à atuação de OSCIPs no campo da engenharia.

3. DEFINIÇÕES

3.1 TERCEIRO SETOR

Além dos dois setores tradicionalmente aceitos na ordem sócio-política do país, o público e o privado, foi criado a partir da Lei nº 9.790/99 o chamado terceiro setor, numa posição distinta e intermediária entre os dois, voltado para o desenvolvimento social. Neste setor estão inseridas as sociedades civis sem fins lucrativos, as associações civis e as fundações de direito privado, todas as entidades de interesse social.

Pode-se ainda conceituar o Terceiro Setor como o conjunto de organismos, organizações ou instituições, dotados de autonomia e administração próprias, que apresentam como função e objetivo principal atuar voluntariamente junto à sociedade civil, visando seu aperfeiçoamento.

* O autor ocupa o cargo de Inspetor de Obras Públicas no TCE/PE, é Engenheiro Civil pela UFPE, é Especialista em Direito Constitucional e Administrativo pela UFPE, e é Especialista em Auditoria de Obras Públicas pela UFPE.

** O autor ocupa o cargo de Técnico de Inspeção de Obras Públicas no TCE/PE, é Engenheiro Civil pela UNICAP, é Especialista em Engenharia de Segurança do Trabalho pela UPE, e é Especialista em Auditoria de Obras Públicas pela UFPE.

*** O autor ocupa o cargo de Inspetor de Obras Públicas no TCE/PE, é Engenheiro Civil pela UNICAP, é Especialista em Engenharia de Segurança do Trabalho pela UPE, e é Especialista em Auditoria de Obras Públicas pela UFPE.

O Terceiro Setor compõem-se de entes coletivos, pessoas jurídicas de direito privado, configurados, de acordo com o Código Civil Brasileiro, em sociedades civis sem fins lucrativos, associações civis e fundações de direito privado. Todas são entidades de interesse social e apresentam, como característica em comum a todas elas, a ausência de lucro e o atendimento de fins públicos e sociais.

É imprescindível que essas entidades apresentem em seus estatutos objetivos, finalidades sociais voltadas para a execução de atividades de interesse público nos campos da assistência social, cultura, educação, saúde, voluntariado, desenvolvimento econômico e social, da ética, da paz, da cidadania e dos direitos humanos, da democracia e de outros valores fundamentais além da defesa, preservação e conservação do meio ambiente.

3.2 ENTIDADE SEM FIM LUCRATIVO (Lei nº 9.790, Art. 1º, § 1º)

Considera-se sem fins lucrativos, a pessoa jurídica de direito privado que não distribui, entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados ou doadores, eventuais excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplica integralmente na consecução do respectivo objeto social.¹

3.3 ORGANIZAÇÃO SOCIAL (Lei nº 9.63798, Art. 1º)

O Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos aos requisitos previstos nesta Lei.

3.4 CONTRATO DE GESTÃO (Lei nº 9.63798, Art. 5º)

Para os efeitos dessa Lei, entende-se por contrato de gestão o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às relacionadas no art. 1º.

¹ Exceto o previsto na MP nº 66/2002, art. 37

3.5 ORGANIZAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO - OSCIP

Pessoas jurídicas, de direito privado, sem fins lucrativos, desde que os objetivos sociais e as normas estatutárias atendam os requisitos da Lei Nº 9.790 de 23/03/99. Trata-se de um novo conceito dado às entidades sem fins lucrativos, a partir da promulgação dessa Lei.

3.6 TERMO DE PARCERIA (Lei nº 9.790/99, Art. 9º)

É assim considerado o instrumento passível de ser firmado entre o Poder Público e as entidades qualificadas como OSCIP, destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes, para o fomento e a execução das atividades de interesse público previstas no art. 3º desta Lei.

O Termo de Parceria discriminará direitos, responsabilidades e obrigações das partes signatárias. Suas cláusulas essenciais são as seguintes:

I - a do objeto, que conterá a especificação do programa de trabalho proposto pela Organização da Sociedade Civil de Interesse Público;

II - a de estipulação das metas e dos resultados a serem atingidos e os respectivos prazos de execução ou cronograma;

III - a de previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de resultado;

IV - a de previsão de receitas e despesas a serem realizadas em seu cumprimento, estipulando item por item as categorias contábeis usadas pela organização e o detalhamento das remunerações e benefícios de pessoal a serem pagos, com recursos oriundos ou vinculados ao Termo de Parceria, a seus diretores, empregados e consultores;

V - a que estabelece as obrigações da Sociedade Civil de Interesse Público, entre as quais a de apresentar ao Poder Público, ao término de cada exercício, relatório sobre a execução do objeto do Termo de Parceria, contendo comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados, acompanhado de prestação de contas dos gastos e receitas efetivamente realizados, independente das previsões mencionadas no inciso IV;

VI - a de publicação, na imprensa oficial do Município, do Estado ou da União, conforme o alcance das atividades celebradas entre o órgão parceiro e a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, de extrato do Termo de Parceria e de demonstrativo da sua execução física e financeira, conforme modelo simplificado estabelecido no regulamento dessa Lei, contendo os dados principais da documentação obrigatória do inciso V, sob pena de não liberação dos recursos previstos no Termo de Parceria.

A celebração do Termo de Parceria será precedida de consulta aos Conselhos de Políticas Públicas das áreas correspondentes de atuação existentes, nos respectivos níveis de governo.

4. FUNDAMENTAÇÃO LEGAL

4.1 ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

- Lei no 9.637, de 15 de maio de 1998

4.2 ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO

- Lei no 9.790, de 23 de março de 1999
- Decreto nº 3.100, de 30 de junho de 1999
- Portaria MJ nº 361, de 27 de julho de 1999
- Medida Provisória nº 2.216, de 31 de agosto de 2001
- Medida Provisória nº 66/2002, de 29 de agosto de 2002

5. DIFERENÇAS ENTRE OS E OSCIP

Segundo Paulo Haus Martins², duas leis criaram figuras jurídicas inéditas. Tratam-se das organizações sociais (OS) e das organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP). Os nomes são parecidos, aparentemente indicando a mesma idéia. No entanto, ao nos debruçarmos sobre as duas leis, vemos que são similares mas possuem diferenças significativas, de modo a não se confundirem. A própria Lei nº 9.790/99 é clara ao dizer que as OS não podem se qualificar como OSCIP.

É importante observar um fenômeno que atinge o mundo do Direito; trata-se da aproximação dos campos do Direito Público e do Direito Privado. Martins cita em seu artigo intitulado "Qual a diferença entre OS e OSCIP?" que juristas são comuns em citações quanto à publicização do Direito Privado e à privatização do Direito Público, havendo uma miscigenação entre os conceitos, antes considerados incompatíveis.

Continua Martins defendendo que embora as OS e as OSCIP tenham a mesma natureza, não têm a mesma feição em "...origem e espírito". É como se estivéssemos olhando uma estrada de mão dupla: a estrada é a mesma, mas os carros trafegam em sentidos contrários. De forma resumida, podemos afirmar que a OSCIP é a busca da publicização do privado e a OS é o inverso.

² Advogado

A OSCIP materializa o fenômeno da publicização do Direito Privado, levando conceitos do Direito Público ao tradicional campo do Direito Privado. A OS, por outro lado, trata-se de entidades privadas criadas por iniciativa do poder público. São como automóveis de mesma marca, cor e ano de fabricação, que se encontram em um mesmo trecho de estrada, mas que trafegam em sentidos opostos.

Existem alguns aspectos relevantes quanto ao instrumento utilizado para formalização da relação entre as partes. A partir da criação tanto das OS quanto das OSCIP, também foram originadas formalizações diferentes; para a primeira, surge a figura do Contrato de Gestão, para a segunda, tem-se o Termo de Parceria.

O Termo de Parceria é passível de ser firmado; a lei tenta regulamentar uma nova forma de relação entre o Poder Público e as organizações do Terceiro Setor, substituindo os tradicionais convênios por um novo instrumento mais transparente e menos burocrático.

A entidade já nasce com o contrato de gestão, que tem como conceito básico a cessão de patrimônio público que deverá ser gerido pela entidade, nesse caso o bem não é transferido. No Termo de Parceria, há a expressão de outro ponto de vista, ele indica que recursos públicos podem ser destinados a uma entidade, mas não a gestão do patrimônio público.

Finalizando, é importante observarmos que o arcabouço legal possui diferenças estruturais que nos ajudam a distingui-las. Para as OS, a lei estipula sobre o seu funcionamento e suas deliberações obrigatórias. Já para as OSCIPs, a imposição é quanto ao caráter ético e comportamental das entidades, ou seja, para as OSs a lei diz o que se deve fazer e para as OSCIPs regula-se como devem se comportar.

6. AS OSCIPs NA SOCIEDADE

6.1. CREDENCIAMENTO

Para se qualificar como OSCIP, a entidade deve:

- a) não ter fins lucrativos, conforme art. 1º da Lei 9.790/99;
- b) não ter nenhuma das formas de pessoas jurídicas listadas no art. 2º da Lei 9.790/99;
- c) ter objetivos sociais que atendam a pelo menos uma das finalidades estabelecidas no art. 3º da Lei 9.790/99;
- d) expressar em seu estatuto todas as determinações do art. 4º da Lei 9.790/99;
- e) apresentar cópias autenticadas dos documentos exigidos (art. 5º da Lei 9.790/99).

Quanto à remuneração de dirigentes, a entidade para se qualificar como OSCIP deve expressar em seu estatuto uma das duas opções possíveis:

- a) não remunera os dirigentes, sob nenhuma forma;

b) remunera os dirigentes que efetivamente atuam na gestão executiva da entidade ou lhe prestam serviços específicos, de acordo com os valores praticados no mercado da região onde atua.

Para a solicitação de qualificação como OSCIP, a entidade poderá encaminhar seu pedido de qualificação pelo correio ou apresentá-lo ao Protocolo Geral do Ministério da Justiça, que deverá indicar data e hora do recebimento.

Uma vez recebido o pedido de qualificação, o Ministério da Justiça tem o prazo de trinta dias para deferir-lo ou não e mais quinze dias, a partir da decisão, para publicar o ato de deferimento ou indeferimento no Diário Oficial da União, mediante despacho do Secretário Nacional de Justiça (Lei 9.790/99, art. 6º e Portaria 361/99, do Ministério da Justiça).

No caso de indeferimento da qualificação, o Ministério da Justiça envia para as entidades parecer identificando as exigências que não foram cumpridas. Após fazer as alterações necessárias, a entidade pode apresentar novamente a solicitação de qualificação como OSCIP a qualquer tempo (Decreto 3.100/99, art. 3º, parágrafo 3º).

A qualificação é ato vinculado ao cumprimento dos preceitos da Lei 9.790/99. Portanto, é responsabilidade da organização da sociedade civil verificar se cumpriu todos os requisitos, antes de enviar o pedido de qualificação ao Ministério da Justiça

Não se qualificam como OSCIP - Art.2º da Lei 9.790/99:

- I - as sociedades comerciais;
- II - os sindicatos, as associações de classe ou de representação de categoria profissional;
- III - as instituições religiosas ou voltadas para a disseminação de credos, cultos, práticas e visões devocionais e confessionais;
- IV - as organizações partidárias e assemelhadas, inclusive suas fundações;
- V - as entidades de benefício mútuo, destinadas a proporcionar bens ou serviços a um círculo restrito de associados ou sócios;
- VI - as entidades e empresas que comercializam planos de saúde e assemelhados;
- VII - as instituições hospitalares privadas não gratuitas e suas mantenedoras;
- VIII - as escolas privadas dedicadas ao ensino formal não gratuito e suas mantenedoras;
- IX - as organizações sociais;
- X - as cooperativas;
- XI - as fundações públicas;
- XII - as fundações, sociedades civis ou associações de direito privado criadas por órgão público ou por fundações públicas;
- XIII - as organizações creditícias que tenham qualquer tipo de vinculação como o sistema financeiro nacional a que se refere o art. 192 da Constituição Federal.

6.2. ORIENTAÇÃO ÀS OSCIPs QUANTO À AQUISIÇÃO DE BENS E CONTRATAÇÃO DE OBRAS E SERVIÇOS

A Secretaria Nacional de Justiça, órgão do Ministério da Justiça, elaborou documento visando a orientação das OSCIPs para elaboração de regulamento para suas aquisições e contratações de obras e serviços, o qual pode ser resumido conforme a seguir.

O art. 14 da Lei 9.790, de 23 de março de 1999, e o art. 21 do Decreto 3.100, de 30 de junho de 1999, determinam que as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público/ OSCIPs, quando celebram um ou mais Termos de Parceria, têm que apresentar ao órgão estatal parceiro, até trinta dias após a assinatura do Termo de Parceria, um Regulamento de Aquisições de Bens e Contratações de Obras e Serviços da OSCIP, publicado na imprensa oficial do Município/Estado/União, dependendo da abrangência do projeto.

A razão deste Regulamento é o estabelecimento dos procedimentos que serão adotados por todos os administradores e dirigentes da OSCIP para as compras e aquisições de quaisquer bens, serviços e obras efetuados com recursos públicos.

Visando auxiliar as OSCIPs na elaboração desse Regulamento, são apresentados alguns temas que respondem a exigências legais ou são aspectos relevantes afetos ao assunto. A OSCIP também pode se inspirar de maneira subsidiária nas regras estabelecidas pela Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, para estabelecer suas próprias regras.

6.2.1. OBJETIVOS

O objetivo principal do Regulamento é assegurar que as aquisições e contratações sejam as mais vantajosas para a OSCIP e, conseqüentemente, para a sociedade em geral. Para qualquer aquisição, será obtida a proposta de, pelo menos, três fornecedores ofertando preços diferentes. Assim, a OSCIP, sustentada nos princípios abaixo mencionados, deverá utilizar a competição entre os fornecedores para selecionar a melhor oferta.

6.2.2. PRINCÍPIOS

A Lei 9.790/99, art. 14, determina que o Regulamento obedeça aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e eficiência, que são os mesmos princípios que regem a Administração Pública, conforme art. 37 da Constituição Federal.

Estes princípios buscam assegurar a defesa do bem público e podem ser, resumidamente, traduzidos da seguinte forma:

- Legalidade: é todo ato que não contraria dispositivos legais.
- Impessoalidade: é o ato centrado na busca do bem público e não no benefício individual ou personalizado;
- Moralidade: é o ato que, ademais de respeitar a legalidade, obedece valores éticos socialmente adotados;
- Publicidade: é o ato anunciado, publicado, visível, transparente para toda a sociedade;
- Economicidade: é o ato que gera, para a OSCIP e para a sociedade a qual ela serve, a melhor relação entre o benefício obtido (quantidade e qualidade) e o custo da aquisição;
- Eficiência: é um conjunto de ações que contribuem para o pleno alcance dos objetivos traçados pela OSCIP.

É importante destacar que o ato da aquisição deve respeitar simultaneamente todos estes princípios. Por exemplo, o bem mais barato pode ser obtido de um fornecedor que não emite nota fiscal, entretanto, este ato é ilegal e moralmente inaceitável.

6.2.3. MODALIDADES DE SELEÇÃO DAS PROPOSTAS E CRITÉRIOS DE ESCOLHA

O Regulamento deve explicitar quais formas a OSCIP adotará para selecionar propostas e realizar suas aquisições.

O critério de escolha entre as modalidades de seleção das propostas será o de menor preço, exceto naquelas situações que, por suas características ou propriedades, sejam relevantes a avaliação dos aspectos técnicos para seleção da proposta mais vantajosa, situações estas previstas no Regulamento.

A princípio, as formas de seleção estão relacionadas com os valores a serem gastos, ou seja, as formas mais simples de seleção são usadas para valores financeiros pequenos e, progressivamente, as formas mais complexas de seleção para valores maiores. São exemplos de modalidades de seleção: concorrência entre fornecedores, carta-consulta e pesquisa de preço. No entanto, algumas aquisições, por suas características ou propriedades, independentemente de valor, podem contrariar essa prática geral, cujas hipóteses devem estar previstas no Regulamento.

Quanto aos critérios de escolha das propostas, a avaliação deve responder a duas perguntas básicas:

- a) o proponente pode responder objetiva e exatamente à demanda da OSCIP, com os prazos, quantidades e qualidades esperadas?;
- b) a proposta é a mais vantajosa, considerando o seu custo/benefício?.

Caso seja necessário ou recomendável a celebração de contratos com os fornecedores

vencedores do processo seletivo, este deve ser celebrado por pessoa legal ou estatutariamente qualificada para tanto.

6.2.4. PROCEDIMENTOS

O Regulamento deve deixar claro as etapas que a OSCIP adotará na realização de aquisições com recursos públicos à sua disposição.

Dentre estes procedimentos, é importante destacar:

- a) a identificação das áreas ou cargos da OSCIP responsáveis pelas solicitações das compras e/ou serviços. Vale observar que o demandante de aquisições, além da justificativa da necessidade da mesma, deve explicitar com clareza o objeto a ser adquirido.
- b) a identificação de quem autoriza a aquisição e como é dada esta autorização. Cabe destacar que tais decisões quase sempre são tomadas pelo nível hierárquico imediatamente superior aquele que solicitou a aquisição. No entanto, o Regulamento da OSCIP pode estabelecer níveis diferentes de alçada para a decisão. Por exemplo, para pequenos valores a decisão quanto à seleção da proposta pode ser tomada pela própria área/cargo interessada na aquisição e, a partir daí, pelo seu superior, ou um diretor etc. Por outro lado, em algumas modalidades de seleção, quando as aquisições forem complexas ou envolverem um volume grande de recursos financeiros, pode ser necessário, ou recomendável, que o processo seja conduzido por uma comissão ou colegiado.
- c) a identificação do dirigente da OSCIP responsável pela designação de pessoa(s) ou colegiado (funcionários da OSCIP) para selecionar as propostas, bem como suas atribuições, limites e responsabilidades.

6.2.5. PUBLICIDADE E DOCUMENTAÇÃO

O Regulamento deve expressar os casos em que a publicidade das intenções de realizar aquisições é obrigatória. O critério, previsto no Regulamento, para determinar a obrigatoriedade da publicação está relacionado com os valores previstos para as aquisições. Isso se faz por convites enviados aos fornecedores ou por anúncios ou editais, que podem ser publicados em jornais, quando houver interesse ou necessidade de uma ampla oferta de propostas.

É importante que o Regulamento preveja que todo processo de aquisição deve ser documentado, de modo que se possa conhecê-lo desde a demanda interna até a seleção da proposta vencedora. Se houver a celebração de contrato, ele também deve ser anexado à documentação, assim como os documentos relativos à execução financeira do referido processo.

6.2.6. EXIGIBILIDADES DOS FORNECEDORES

As exigências relativas aos fornecedores para que possam participar nos processos de aquisições da OSCIP devem estar claras no Regulamento. Vale lembrar que critérios de elegibilidade para participação não podem ser discriminatórios ou serem estabelecidos de modo a reduzir a participação de proponentes ou ainda conceder vantagens ou privilégios a um ou a um grupo de fornecedores.

As exigências devem ser relativas à regularidade jurídica e fiscal dos fornecedores, salvo nos casos de compras e/ou serviços de pequeno valor, conforme situações previstas no Regulamento. Quando necessário, e a critério da OSCIP, poderão ser exigidos outros requisitos, a exemplo da capacidade técnica, operacional e financeira dos fornecedores.

6.2.7. CANCELAMENTOS E RECURSOS NOS PROCESSOS DE AQUISIÇÕES

O Regulamento também deve prever as hipóteses possíveis de cancelamentos durante os processos de aquisições. Também pode prever que os atos praticados nos processos de aquisições da OSCIP estão sujeitos a recursos administrativos e, caso estejam, que instrumentos os fornecedores e o público em geral terão para contestar os atos da OSCIP.

7. REFERÊNCIA

Disponível em: <<http://www.sintegra.gov.br>>.

Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br>>.

Disponível em: <<http://www.mj.gov.br>>.