

**PROCESSO Nº : 17538-2/2008**

**INTERESSADA : DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRÂNSITO DO  
ESTADO DE MATO GROSSO**

**ASSUNTO : CONSULTA**

**RELATOR : CONSELHEIRO ARY LEITE DE CAMPOS**

**PARECER Nº : 106/2008**

Exmo. Sr. Conselheiro:

Tratam os autos de consulta formulada pelo Sr. Teodoro Moreira Lopes, Presidente do Departamento Estadual de Trânsito - DETRAN/MT, mediante o qual solicita deste Tribunal de Contas parecer técnico acerca do seguinte questionamento:

Em Mato Grosso as Leis Estaduais 8.687/07 e 8.707/07 regulamentam a celebração de Termo de Parceria, nos moldes estabelecidos pela Lei Federal 9.790/99 e pelo Decreto Federal 3.100/99, sendo este um instrumento de formação de vínculo de cooperação entre o parceiro público e a entidade qualificada como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público – Oscip, para o fomento e a execução das atividades de interesse público previstas no art. 3º da Lei 9.790/99. Não constam de tais legislações qualquer submissão expressa do Termo de Parceria aos preceitos pela Lei Federal 8.666/93, inclusive havendo manifestação do Tribunal de Contas da União sobre a inaplicabilidade da Lei 8.666/93 às Oscip's, como se pode observar do sumário do Acórdão de decisão Plenária n.1777/2005. (...)

Observada a premissa estabelecida pelo TCU na Decisão Plenária 1.777/2005 de que as Oscip's não estão sujeitas às regras de contratação determinada pela Lei 8.666/93, o

Termo de Parceria enquanto instrumento que vincula o parceiro público e a Oscip para o fomento e a execução das atividades de interesse público previstas no art. 3º da Lei 9.790/99, está sujeita a limitação de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto prevista no art. 65 da Lei 8.666/93? Em caso positivo, mesmo havendo acordo entre as partes?

Preliminarmente, ao verificar os requisitos de admissibilidade foi constatado que a consulta foi formulada em tese e por pessoa legítima, bem como o assunto versa sobre matéria de competência do Tribunal de Contas, nos termos dos artigos 48 e 49 da Lei Complementar nº 269/2007 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas) e os artigos 232 e 233 da Resolução nº 14/2007 (Regimento Interno do Tribunal de Contas).

A dúvida do consulente baseia-se na seguinte tese:

**A lei das Oscips não estabeleceu exigência para a aplicação da Lei 8.666/93 na contratação com a Administração Pública, para o fomento e a execução das atividades de interesse público previstas no art. 3º da Lei 9.790/99. Indaga-se, portanto, se as Oscips são submetidas a limitação de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto prevista no art. 65 da Lei 8.666/93? Em caso positivo, mesmo havendo acordo entre as partes?**

Passa-se ao parecer.

As Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (Oscips) são pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujos respectivos objetivos e normas encontram-se disciplinados na Lei Federal nº 9.790, de 23 de março de 1999, regulamentado pelo do Decreto nº 3.100, de 30 de junho de 1999, sendo o termo de parceria o instrumento de cooperação com o poder público para o fomento e a execução das atividades de interesse público previstas no artigo 3º da referida lei.

Precede, por oportuno, breve contextualização histórica.

## Relações Contemporâneas

Com a rearticulação das relações entre Estado e a Sociedade Civil, pelo estreitamento de interesses político-econômico-social, são incandescentes os enfrentamentos teóricos e legais que buscam identificar paradigmas da Administração Pública Contemporânea.

De acordo com Norberto Bobbio, isso seria esperado, pois é frequente afirmar que “a solução das crises que ameaçam a sobrevivência de um Estado deve buscar-se, antes de tudo, na Sociedade Civil, onde é possível a formação de novas fontes de legitimidade e, portanto, novas áreas de consenso” (BOBBIO, Norberto. Sociedade Civil. In. BOBBIO, Norberto *et al* . *Dicionário de política*. 8.ed. Brasília : Editora UNB, 1995. v.2, p. 1210-1211).

Dispõe-se da seguinte reflexão sobre o entendimento de Jürgen Habermans ao empregar para o termo sociedade civil o seguinte significado:

Hoje em dia, o termo sociedade civil não inclui mais a economia constituída através do direito privado e dirigida através do trabalho, do capital e dos mercados de bens, como ainda acontecia na época de Marx e do marxismo. O seu núcleo institucional é formado por associações e organizações livres, não estatais e não econômicas, as quais ancoram as estruturas de comunicação da esfera pública nos componentes sociais do mundo da vida. A sociedade civil compõe-se de movimentos, organizações e associações, os quais captam os ecos dos problemas sociais que ressoam nas esferas privadas, condensam-nos e os transmitem, a seguir, para a esfera pública política. O núcleo da sociedade civil forma uma espécie de associação que institucionaliza os discursos capazes de solucionar problemas, transformando-os em questões de interesse geral no quadro de esferas públicas. Esses *designs* discursivos refletem, em suas formas de organização, abertas e igualitárias, certas características que compõem o tipo de comunicação em trono da qual cristalizam, conferindo continuidade e duração. (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2. p. 99 - citado no artigo Organizações das Sociedade Civil de Interesse

Público: termo de parceria e licitação, Prof. Dr. Gustavo Henrique Justino de Oliveira, Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado – número 2 – junho/julho/agosto de 2005- Salvador – Bahia - Brasil)

Em virtude desta nova composição, cumpre destacar a difícil tarefa em identificar um modelo estatal específico e unificador para tempos de organizações binárias. Contudo, aduz Maria Sylvia Zanella Di Pietro algumas tendências advindas do princípio da subsidiariedade do Estado em transformação:

(...) diminuição do tamanho do Estado, por meio de privatizações, ocorrida especialmente a partir da década de 80 do século passado, movida por fatores de ordem financeira, jurídica e política; ampliação da atividade administrativa de fomento, como meio de estimular aos vários grupos sociais a realizarem seus interesses; crescimento das técnicas de fomento, com o alargamento do elenco de instrumentos de parceria entre o setor público e privado; maior desregulamentação, com a qual busca-se maior equilíbrio entre liberdade e autoridade; e a transformação do conceito de interesse público, com a aplicação dos recursos humanos, materiais e financeiros de que dispõe a administração pública para preferencialmente obter-se benefícios aos cidadãos, por meio da qualidade e eficiência dos serviços prestados. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 29-33)

Neste contexto, as parcerias firmadas entre as Oscips e o Poder Público têm ganhado maior atenção dos Tribunais de Contas, que dentre as discussões a serem enfrentadas está a incidência da Lei Federal nº 8.666/93, a qual passa-se a ponderar.

### **Decisões e argumentos**

No Tribunal de Contas da União, a discussão sobre a escolha da Oscip por meio de licitação não é recente, conforme exposto nos

Acórdãos nº 1070/2003, 353/2005 e 1777/2005:

Acórdão nº 1070/2003 – TCU – Plenário:

(...) Note-se que a entidade privada não está obrigada a firmar convênio com a administração pública, mas ao assinar deve ter a certeza que está administrando recursos públicos em sentido estrito e, isto é, verbas incluídas em lei orçamentária, dessa forma, deve observar rigorosamente, como todo administrador público, os princípios que informam a gestão da coisa pública, em especial o da legalidade, sob o ponto de vista formal e material. Não pode, por isso mesmo, dar destinação diversa aos recursos, daquela fixada na lei orçamentária, sob pena de ser condenado à devolução das importâncias recebidas por desvio de finalidade; não pode, ademais, **deixar de prestar contas dos recursos recebidos, por expressa determinação constitucional; como também não pode descumprir a Lei nº 8.666/93.**

Acórdão nº 353/2005 – TCU – Plenário:

(...) A Constituição Federal de 1988, consagrando os princípios da igualdade, legalidade, moralidade e eficiência administrativa, estabeleceu, no art. 37, inciso XXI, que, ressaltamos os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações efetuados pela administração pública serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes. **A licitação, nesse sentido, deve ser entendida como um conjunto de procedimentos a serem seguidos pela administração no curso de suas contratações, com vistas não só a propiciar a escolha da proposta mais vantajosa, como também a garantir que todos os particulares capacitados a transacionar com a administração possam ter a possibilidade de acesso aos recursos públicos envolvidos.**

Embora o dispositivo constitucional se refira exclusivamente às contratações de órgãos e entidades, **omitindo-se em relação a particulares, não nos parece que aqueles sejam os destinatários exclusivos da norma.** Com efeito, ao estabelecer a licitação como regra geral na administração pública, **a Lei Maior não o fez apenas com o objetivo de criar procedimentos – como se estes fossem um fim em si mesmos -, mas, fundamentalmente, como um meio de tutelar o interesse público maior, buscando a eficiência na aplicação dos recursos e evitando concessão de**

**privilégios.** Tendo por certo que essas garantias, como manifestação do interesse público, devem estar presentes em qualquer operação que envolva recursos públicos, **entendemos que a obrigação de licitar é imposição de índole constitucional que alcança também o particular, nas restritas hipóteses em que tenha sob sua guarda recursos públicos.**

Nesse ponto, é importante deixar assente que a interpretação ora apresentada não significada a sujeição do particular aos ditames da Lei nº 8.666/93 ou a qualquer outra da espécie. **O que se defende é que, sempre que houver recursos públicos envolvidos, a obrigatoriedade de licitar, como regra, se fará presente, o que impõe a submissão da administração e do particular a procedimentos formais previamente definidos, que assegurem a aplicação dos recursos públicos sem desperdício e a instauração da competição, afastando a possibilidade de arbítrio e favorecimento. A liberdade de escolha, em qualquer caso, discrimina potenciais fornecedores, fulminando o princípio da igualdade.**

(...) Não obstante concordamos que a Lei de Licitações não se destina essencialmente ao particular, pensamos, contudo, que ela não foi omissa diante da possibilidade de um deles vir a gerir recursos públicos. Essa previsão, segundo entendemos, foi disciplinada no art. 116, que assim dispõe:

**Art. 116. Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração.**

(...) VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Pedido de Reexame interposto ao Acórdão 1070/2003 – Plenário – TCU.

ACORDAM os Ministros do Tribunal da União, reunidos em sessão Plenária, diante das razões expostas pelo Relator e com fundamento no art. 48 c/c o art. 33 da Lei 8.443/92 e no art. 268 do Regimento Interno, em:

9.2. atribuir aos subitens 9.2 e 9.3 do Acórdão 1070/2003 – Plenário a seguinte redação:

**“9.2. firmar o entendimento de que a aplicação de recursos públicos geridos por particular em decorrência de convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, deve atender, no que couber, às disposições da Lei de Licitações, ex vi do art. 116 da Lei 8.666/93; (...).”**

Acórdão nº 1.777/2005 – Plenário – TCU

É importante mencionar que , conforme as considerações desenvolvidas no voto proferido pelo Ministro Ubiratan Aguiar no TC 003.361/2002-2, que conduziu ao Acórdão 1.070/2003-P, não infirmadas pelo Acórdão 353\*2005-P, a obrigatoriedade de licitação não significa a necessidade de seguir determinado conjunto de procedimentos, mas sim **“garantir o cumprimento dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”**.

Em dúvida precedente, também essa Corte de Contas através da Consulta no Processo nº 8.209-0/2006 (fls. 17/TCE) se manifestou nos seguintes termos:

Processo nº 8.209-0/2006

**Acórdão(s)** nº [1809/2006](#) (DOE 19/10/2006).

**Saúde Termo de Parceria. Organização da Sociedade Civil de Interesse Público-OSCIP. Possibilidade de contratação, observando-se as exigências da legislação aplicável.**

É possível à administração pública celebrar parceria com instituição sem fim lucrativo, qualificada como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIP, para desenvolvimento e promoção da saúde. Para tanto, deve cumprir os procedimentos disciplinados na Lei Federal nº 9.790/1999, Decreto Federal nº 3.100/1999, bem como os princípios norteadores do artigo 37 da Constituição Federal e da Lei nº 8.666/1993.

Ementa:

Consulta quanto à possibilidade de firmar termo de parceria com as instituições sem fins lucrativos qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP, para desenvolvimento e promoção da saúde. Conhecimento – responder ao consulente positivamente, desde que observadas a Constituição Federal – artigo 37 e Leis Federais nº 9.790/1999, 8.666/1993 e Decreto Federal nº 3.100/1999. Remessa ao consulente de fotocópias do Parecer nº 088/CT/2006 da Consultoria de Estudos, Normas e Avaliação, do Relatório e Voto do Relator e Parecer nº 2.329/2006 do Ministério Público.

Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo nº 8.209-0/2006.

ACORDAM os senhores conselheiros do Tribunal de Contas, por unanimidade, acompanhando o voto do Conselheiro Relator e de acordo como o Parecer nº 2.329/2006 da Procuradoria de Justiça, em conhecer da presente consulta e, no mérito, responder a proposição do consulente, no sentido de que pode a Secretaria de Estado de Saúde firmar termo de parceria com instituição sem fim lucrativo, qualificada como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP, para o desenvolvimento e promoção da saúde, **cumprindo-se os procedimentos disciplinados na Lei Federal nº 9.790/1999, Decreto Federal nº 3.100/1999, bem como os princípios norteadores do artigo 37 da Constituição Federal e da Lei nº 8.666/1993. (...)** (grifado)

Ressalta-se que a celebração de parcerias entre o Poder Público Estadual e as Oscips encontram-se regulamentadas pelas Leis Estaduais nº 8.687, de 24 de julho de 2007, e nº 8.707, 13 de setembro de 2007, sendo o qual destaca-se o artigo 5º da Lei nº 8.687/2007 como se segue:

**Art. 5º A escolha das OSCIP's para a celebração de Termos de Parceria será efetuada mediante concurso de projetos elaborados pelo órgão público parceiro, observadas as normas da Lei Federal nº 9.790/99 e da Lei Federal nº 8.666/93 com suas respectivas alterações.** (grifado)

Portanto, para o Poder Público Estadual é dever selecionar as Oscips através de concurso de projetos, conforme o artigo 5º da Lei Estadual nº 8.687/2007.

Neste diapasão, o artigo 23 do Decreto Federal nº 3.100/99 infere uma sugestão na utilização da modalidade concurso de projeto para a seleção das Oscips, visando garantir a isonomia das concorrentes no certame.

Decreto Federal nº 3.100/99

Art. 23 A escolha da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, para celebração do Termo de Parceria, poderá ser feita por meio de publicação de edital de concursos de projetos pelo órgão estatal parceiro para obtenção de bens e serviços e para a realização de atividades, eventos, consultorias, cooperação técnica e assessoria.

Parágrafo único. Instaurado o processo de seleção por concurso, é vedado ao Poder Público celebrar Termo de Parceria para o mesmo objeto, fora do concurso iniciado.

É importante destacar a possibilidade de cada entidade federativa criar legislação específica para regulamentar o procedimento de escolha das Oscips.

Definida a escolha, celebra-se o vínculo através do instrumento específico denominado Termo de Parceria, que consiste em uma nova forma de acordo administrativo.

Como instrumento próprio das Oscips, o Termo de Parceria deve resguardar as diretrizes da Lei Federal nº 9.790/1999, das legislações do próprio ente e do Decreto Federal nº 3.100/1999, no que couber; bem como os princípios norteadores do artigo 37 da Constituição Federal e da Lei nº 8.666/1993.

Contudo, nada impede que a Administração utilize a Lei de Licitação para escolha da entidade parceira, tendo em vista o previsto no artigo 116 da Lei nº 8.666/93, que possibilita a aplicação extensiva dos ditames desta lei, aos convênios e seus instrumentos congêneres, como é o caso dos Termos de Parceria.

#### Lei Federal nº 8.666/93

Art.116.Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração.

Sendo assim, com base no seu poder discricionário, a Administração Pública pode escolher dentro de certos limites a providência que adotará mediante a consideração da oportunidade e conveniência. No mesmo sentido, este Tribunal de Contas já se manifestou através do Acórdão nº 1.871/2003, como se segue:

Acórdão nº 1.871/2003. Termo de Parceria. Organização da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP. Possibilidade de contratação.

É legal a contratação, por meio de processo licitatório, de entidade detentora de qualificação emanada do Ministério da Justiça como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP.

Em relação ao acréscimo ou diminuição quantitativa do objeto, tem-se a considerar as opções da Administração para celebração da parceria, visto que se realizado o Termo de Parceria, as alterações só poderão ocorrer desde que haja previsão expressa neste Termo e no edital do concurso, devendo o Termo Aditivo seguir a mesma legislação. Na ausência desta previsão, não pode ser firmado o Termo Aditivo. Mas, se for realizado conforme a Lei nº 8.666/93, as alterações contratuais seguem o disciplinado no artigo 65 desta lei.

Consoante o apresentado, passa-se a responder de forma objetiva ao questionamento do consulente:

**A lei das Oscips não estabeleceu exigência para a aplicação da Lei 8.666/93 na contratação com a Administração Pública, para o fomento e a execução das atividades de interesse público previstas no art. 3º da Lei 9.790/99. Indaga-se, portanto, as Oscips são submetidas a limitação de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto prevista no art. 65 da Lei 8.666/93? Em caso positivo, mesmo havendo acordo entre as partes?**

O Poder Público, para celebração de vínculo com as Oscips, pode optar por:

1 - realizar Termo de Parceria, de acordo com as diretrizes da

Lei Federal nº 9.790/1999, das legislações do próprio ente e do Decreto Federal nº 3.100/1999, no que couber; bem como os princípios norteadores do artigo 37 da Constituição Federal e da Lei nº 8.666/1993. Neste caso, o acréscimo ou diminuição quantitativa só poderão ocorrer desde que haja previsão expressa neste Termo e no edital do concurso, devendo o Termo Aditivo seguir a mesma legislação. Na ausência desta previsão, não pode ser firmado o Termo Aditivo;

2 - realizar licitação conforme a Lei nº 8.666/93. E nesta hipótese, os casos de alterações contratuais seguem o disciplinado no artigo 65 desta lei.

Isto posto, sugere-se, caso o Egrégio Tribunal Pleno comungue com esse entendimento, o seguinte verbete:

**Resolução de Consulta nº xxx/2009. Termo de Parceria. Organização da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIP. Possibilidade de celebrar o vínculo com as Oscips nos termos da Lei Federal nº 9.790/1999, das legislações do próprio ente e do Decreto Federal nº 3.100/1999, no que couber; bem como os princípios norteadores do artigo 37 da Constituição Federal e da Lei nº 8.666/1993, ou ainda de acordo com a Lei de Licitações.**

O Poder Público, para celebração de vínculo com as Oscips, pode optar por:

1 - realizar Termo de Parceria, de acordo com as diretrizes da Lei Federal nº 9.790/1999, das legislações do próprio ente e do Decreto Federal nº 3.100/1999, no que couber; bem como os princípios norteadores do artigo 37 da Constituição Federal e da Lei nº 8.666/1993. Neste caso, o acréscimo ou diminuição quantitativa só poderão ocorrer desde que haja previsão expressa neste Termo e no edital do concurso, devendo o Termo Aditivo seguir a mesma legislação. Na ausência desta previsão, não pode ser firmado o Termo Aditivo;

2 – celebrar parceria com instituição sem fim lucrativo, qualificada como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público – Oscip, conforme a Lei nº 8.666/93. E nesta hipótese, os casos de alterações contratuais seguem o disciplinado no artigo 65 desta lei.

É o parecer que se submete à apreciação superior.

Cuiabá-MT, 20 de fevereiro de 2009.

Áurea Maria Abranches Soares

Osiel Mendes de Oliveira

Carlos Eduardo Amorim França

Técnico Instrutivo e de Controle

Consultor de Estudos, Normas e  
Avaliação

Secretário-Chefe da  
Consultoria Técnica