



**Ministério Público de Contas do Distrito Federal  
Gabinete da Procuradora Márcia Farias**

**Processo : 33067/11**

**Relator : Conselheiro Antonio Renato Alves Rainha**

**Parecer : 0492/2013 - MF**

**Ementa: Estudos especiais CICE com vistas a normatizar os procedimentos a serem adotados para as contratações realizadas por Organizações Sociais - OS e por Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – Oscip abrangendo questionamentos contidos no item II da Decisão nº 5224/2011. Proposta de entendimento a ser firmado pelo e. TCDF. Parecer convergente, com ajuste.**

Retornam ao Ministério Público os autos sobre o estudo técnico realizado inicialmente pela então CICE em atenção ao item II da Decisão nº 5224/2011 (fl. 02):

“II. autorizar o encaminhamento dos autos à Comissão Permanente de Inspectores de Controle Externo - CICE, para que promova, em autos apartados, estudos técnicos tendentes a normatizar os procedimentos a serem adotados para as contratações realizadas por Organizações Sociais e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – Oscip's, abrangendo os seguintes questionamentos: a) as entidades sem fins lucrativos, qualificadas como Organizações Sociais ou Oscip's, estariam obrigadas a realizar procedimentos licitatórios prévios nas suas contratações de obras, serviços, compras e alienações, inclusive na modalidade de pregão; b) não sendo exigidos procedimentos licitatórios, qual o procedimento que deveria ser utilizado por essas organizações em suas contratações e qual seria a forma de atuação desta Corte de Contas; c) o § 1º do art. 113 da Lei nº 8.666/93 seria aplicado nas contratações realizadas por organizações sociais e OSCIP's quando eivados de possíveis irregularidades e em que nível de abrangência.”

2. Em atendimento ao Despacho Singular nº 925/2012-CRR (fls. 72 a 76) do n. Conselheiro Antonio Renato Alves Rainha, Relator do feito, o órgão técnico, mediante a Informação nº 009/2013 (fls. 77 a 88), procedeu ao aprofundamento dos estudos acerca da obrigatoriedade de as Organizações Sociais realizarem procedimentos licitatórios para contratar obras, serviços, compras etc.

3. Esse aprofundamento se originou em face de entendimento do TCU que sujeita as Organizações Sociais às normas gerais de licitação, que não havia sido abordado nestes estudos e foi trazido à baila pelo *Parquet* (Pareceres nºs 370/2012-MF, fls. 41 a 45, e 847/2012-MF, fls. 69 a 71) no intuito de enriquecer o debate, no caso o Acórdão TCU nº 601/2007 da 1ª Câmara (fls. 48 a 61).



**Ministério Público de Contas do Distrito Federal**  
**Gabinete da Procuradora Márcia Farias**

4. Desta feita, de modo a reforçar seu entendimento no sentido de considerar inapropriado o referido entendimento do TCU, merecem destaque excertos de votos condutores de decisão proferida pelo STF apontados pelo órgão técnico, em sede de análise de medida cautelar nos autos da ADIN nº 1923 (vide parágrafo 16 da Informação nº 009/2013 nas fls. 85 e 86). Com esse mesmo intento, o órgão técnico apontou também entendimento constante da decisão do TJDF (Acórdão 491.403), quando aquela c. Corte apreciou os Embargos de Declaração na ADIN 20090020123053ADI, conforme trecho transcrito no parágrafo 17 da Informação nº 009/2013 (fl. 86), cujo teor o *Parquet* destaca já havia sido mencionado pelo n. Conselheiro Inácio Magalhães Filho na Declaração de Voto que fundamentou a citada Decisão nº 5224/2011 (Processo nº 31412/11).

5. Não obstante o caráter liminar do mencionado *decisum* do STF, em acréscimo aos entendimentos destacados pelo órgão técnico constantes dos votos realçados, o Ministério Público traz aos autos os votos e respectivos fundamentos apresentados em sede de exame de mérito nessa mesma ADIN pelos e. Ministros Ayres Britto, então Relator, e Luiz Fux (vide íntegra nas fls. 90 a 124<sup>1</sup>) onde é abordada essa questão sobre a obrigatoriedade ou não de as OS se sujeitarem à Lei nº 8666/93, como também outras inerentes ao objeto destes estudos especiais, a exemplo da sujeição ao controle do Tribunal de Contas e Ministério Público.

6. Em que pese a matéria carecer ainda de decisão definitiva no STF, os teores dos votos já lançados vão de encontro ao entendimento do TCU no que diz respeito à sujeição das OS à Lei nº 8666/93. Nesse sentido, destacam-se alguns trechos desses votos:

Ministro Ayres Britto

“15. As organizações sociais, por integrarem o Terceiro Setor, não fazem parte do conceito constitucional de Administração Pública, razão pela qual não se submetem, em suas contratações com terceiros, ao dever de licitar, o que consistiria em quebra da lógica de flexibilidade do setor privado, finalidade por detrás de todo o marco regulatório instituído pela Lei. Por receberem recursos públicos, bens públicos e servidores públicos, porém, seu regime jurídico tem de ser minimamente informado pela incidência do núcleo essencial dos princípios da Administração Pública (CF, art. 37, caput), dentre os quais se destaca o princípio da impessoalidade, de modo que suas contratações devem observar o disposto em regulamento próprio (Lei nº 9.637/98, art. 4º, VIII), fixando regras objetivas e impessoais para o dispêndio de recursos públicos.”

(...)

“18. O âmbito constitucionalmente definido para o controle a ser exercido pelo Tribunal de Contas da União (CF, art. 70, 71 e 74) e pelo Ministério Público (CF, arts. 127 e seguintes) não é de qualquer forma restringido pelo art. 4º, caput, da Lei

<sup>1</sup> Disponível em [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto\\_ADI1923LF.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto_ADI1923LF.pdf). Consulta realizada em 28/04/2013.



## **Ministério Público de Contas do Distrito Federal Gabinete da Procuradora Márcia Farias**

nº 9.637/98, porquanto dirigido à estruturação interna da organização social, e pelo art. 10 do mesmo diploma, na medida em que trata apenas do dever de representação dos responsáveis pela fiscalização, sem mitigar a atuação de ofício dos órgãos constitucionais.”

(...)

“20. Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido é julgado parcialmente procedente, para conferir interpretação conforme à Constituição à Lei nº 9.637/98 e ao art. 24, XXIV da Lei nº 8.666/93, incluído pela Lei nº 9.648/98, para que: (i) o procedimento de qualificação seja conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, e de acordo com parâmetros fixados em abstrato segundo o que prega o art. 20 da Lei nº 9.637/98; (ii) a celebração do contrato de gestão seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF; (iii) as hipóteses de dispensa de licitação para contratações (Lei nº 8.666/93, art. 24, XXIV) e outorga de permissão de uso de bem público (Lei nº 9.637/98, art. 12, §3º) sejam conduzidas de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF; (iv) os contratos a serem celebrados pela Organização Social com terceiros, com recursos públicos, sejam conduzidos de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; (v) a seleção de pessoal pelas Organizações Sociais seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; e (vi) para afastar qualquer interpretação que restrinja o controle, pelo Ministério Público e pelo TCU, da aplicação de verbas públicas.”

### Ministro Luiz Fux

“55. Por fim, ainda no tema das licitações, cabe apreciar se as Organizações Sociais, em suas contratações com terceiros fazendo uso de verbas públicas, estão sujeitas ao dever de licitar. As organizações sociais, como já dito, não fazem parte da Administração Pública Indireta, figurando no Terceiro Setor. Possuem, com efeito, natureza jurídica de direito privado (Lei nº 9.637/98, art. 1º, caput), sem que sequer estejam sujeitas a um vínculo de controle jurídico exercido pela Administração Pública em suas decisões. Não são, portanto, parte do conceito constitucional de Administração Pública. No entanto, o fato de receberem recursos públicos, bens públicos e servidores públicos há de fazer com que seu regime jurídico seja minimamente informado pela incidência do núcleo essencial dos princípios da Administração Pública (CF, art. 37, caput), dentre os quais se destaca a impessoalidade.

56. Isso significa que as Organizações Sociais não estão sujeitas às regras formais dos incisos do art. 37, de que seria exemplo a regra da licitação, mas sim apenas à observância do núcleo essencial dos princípios definidos no caput. Essa incidência dos princípios administrativos deve ser compatibilizada com as características mais flexíveis do setor privado, que constituem justamente a finalidade por detrás de todo o marco regulatório do Terceiro Setor, porquanto fiado na premissa de que determinadas atividades podem ser mais eficientemente desempenhadas sob as vestes do regime de direito privado. Assim, a conciliação desses vetores leva justamente



**Ministério Público de Contas do Distrito Federal**  
**Gabinete da Procuradora Márcia Farias**

ao que dispõe o art. 4º, VIII, da Lei nº 9.637/98, segundo o qual o Conselho de Administração da OS deve “aprovar por maioria, no mínimo, de dois terços de seus membros, o regulamento próprio contendo os procedimentos que deve adotar para a contratação de obras, serviços, compras e alienações e o plano de cargos, salários e benefícios dos empregados da entidade”. Ou seja, embora não façam formalmente licitação, tais entidades devem editar um regulamento próprio para contratações, fixando regras objetivas e impessoais para o dispêndio de recursos públicos.

(...)

64. Ao contrário do que aduzem os autores, também não há afastamento do controle do Tribunal de Contas pela Lei impugnada acerca da aplicação de recursos públicos. O termo “privativo”, ao tratar, no art. 4º da Lei, das competências do Conselho de Administração, diz respeito apenas à estrutura interna da organização social, sem afastar, como sequer poderia, o âmbito de competência delimitado constitucionalmente para a atuação do Tribunal de Contas (CF, art. 70, 71 e 74). Além disso, as Organizações Sociais estão inequivocamente submetidas ao sancionamento por improbidade administrativa, caso façam mau uso dos recursos públicos. A própria Lei nº 9.637/98 faz menção a diversas formas de controle e de fiscalização, conforme se infere da redação dos arts. 2º, I, f, 4º, IX e X, 8º, §§ 1º, 2º e 3º, art. 9, e art. 10. De outro lado, não há igualmente restrição à atuação do Ministério Público, já que o art. 10 só menciona um dever de representação pelos responsáveis pela fiscalização, o que não impede, evidentemente, a atuação de ofício do parquet no controle da moralidade administrativa à luz dos arts. 127 e seguintes da Constituição Federal.

(...)

66. Ex positis, voto no sentido de julgar parcialmente procedente o pedido, apenas para conferir interpretação conforme à Constituição à Lei nº 9.637/98 e ao art. 24, XXIV da Lei nº 8.666/93, incluído pela Lei nº 9.648/98, para que: (i) o procedimento de qualificação seja conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do Caput do art. 37 da CF, e de acordo com parâmetros fixados em abstrato segundo o que prega o art. 20 da Lei nº 9.637/98; (ii) a celebração do contrato de gestão seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF; (iii) as hipóteses de dispensa de licitação para contratações (Lei nº 8.666/93, art. 24, XXIV) e outorga de permissão de uso de bem público (Lei nº 9.637/98, art. 12, §3º) sejam conduzidas de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF; (iv) os contratos a serem celebrados pela Organização Social com terceiros, com recursos públicos, sejam conduzidos de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; (v) a seleção de pessoal pelas Organizações Sociais seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; e (vi) para afastar qualquer interpretação que restrinja o controle, pelo Ministério Público e pelo TCU, da aplicação de verbas públicas”.

7. Observa-se, portanto, que a matéria é objeto de apreciação pelo STF, a quem compete, em última instância, manifestar-se, o que não constitui óbice a que o e.



**Ministério Público de Contas do Distrito Federal  
Gabinete da Procuradora Márcia Farias**

TCDF emita entendimento anterior, mormente se levado em consideração que desde maio de 2011, após pedido de vista do e. Ministro Marco Aurélio, não houve qualquer nova manifestação de mérito sobre o assunto<sup>2</sup>.

8. O Ministério Público, com base nos fundamentos constantes dos citados votos lançados na ADIN 1923 e em contraposição ao entendimento do TCU, naquele único aspecto controverso envolvendo as Organizações Sociais, considera adequada a proposta de entendimento do órgão técnico, constante do item II das suas sugestões (fls. 87 e 88), mas sugere constar expresse no texto que o entendimento se atém às Organizações Sociais e às Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público “ao fazerem uso de verbas públicas”.

É o parecer.

Brasília, 02 de maio de 2013.

**Márcia Farias**  
**Procuradora**

<sup>2</sup> Trâmite processual disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1739668>,  
02/05/2013.