

## Organizações sociais e adoção obrigatória do pregão

Airton Rocha Nóbrega\*

Editado em 05 de agosto de 2005, estabelece o **Decreto nº 5.504** a exigência de utilização do pregão, preferencialmente na forma eletrônica, para entes públicos ou privados, nas contratações de bens e serviços comuns, realizadas em decorrência de transferências voluntárias de recursos públicos da União, decorrentes de convênios ou instrumentos congêneres, ou consórcios públicos, estipulando em seu **art. 1º**, quanto a isso, que:

Art. 1º Os instrumentos de formalização, renovação ou aditamento de convênios, instrumentos congêneres ou de consórcios públicos que envolvam repasse voluntário de recursos públicos da União **deverão conter cláusula que determine que as obras, compras, serviços e alienações a serem realizadas por entes públicos ou privados**, com os recursos ou bens repassados voluntariamente pela União, **sejam contratadas mediante processo de licitação pública, de acordo com o estabelecido na legislação federal pertinente.**

§ 1º Nas licitações realizadas com a utilização de recursos repassados nos termos do caput, para aquisição de bens e serviços comuns, será obrigatório o emprego da modalidade pregão, nos termos da [Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002](#), e do regulamento previsto no [Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005](#), sendo preferencial a utilização de sua forma eletrônica, de acordo com cronograma a ser definido em instrução complementar.

.....

§ 5º Aplica-se o disposto neste artigo às entidades qualificadas como **Organizações Sociais**, na forma da [Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998](#), e às entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, na forma da [Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999](#), relativamente aos recursos por elas administrados oriundos de repasses da União, em face dos respectivos contratos de gestão ou termos de parceria.

....."

(Destques nossos).

Não se torna possível concordar, todavia, em que prevaleçam tais determinações, porquanto em muito distanciadas da normativa que se volta a regular as licitações públicas. As prescrições inscritas no aludido decreto olvidam que as **entidades de direito privado**, não referidas em normas expressas, não podem ser vinculadas a procedimentos que são típicos e apenas exigíveis de entes e órgãos da administração pública.

A exigência imposta é descabida e não há obrigação legal de que adotem as entidades de direito privado os mesmos ritos e mecanismos que são tipicamente voltados a regular as licitações e os contratos administrativos no âmbito dos órgãos e entes da Administração Pública, os quais são incompatíveis com a sua natureza jurídica e atividades cometidas, menos ainda em se tratando de entidades instituídas sob a forma de **organizações sociais** que, como se sabe, encontram-se submetidas a regulamentação legal específica e expressa, havendo, inclusive, referência quanto ao modo de realizar as suas contratações, como se demonstrará a seguir.

---

## DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

### Natureza Jurídica e Normas Aplicáveis

A adequada compreensão do tema recomenda, é certo, que se empreenda uma análise, ainda que perfunctória, da **natureza jurídica e normas** que se voltam a regular as atividades das entidades associativas instituídas como **organizações sociais**, empreitada que se deveria ter feito antes mesmo de editar a norma anteriormente referida, evitando, assim, o cometimento de irregularidade que, como se nota, afeta até mesmo a ordem constitucional vigente.

As **organizações sociais**, examinadas por administrativistas de nomeada, são por eles definidas como "*peças jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, instituídas por iniciativa de particulares, para desempenhar serviços sociais, não exclusivos do Estado, com incentivo e fiscalização pelo Poder Público, mediante vínculo jurídico instituído por meio de contrato de gestão*".

A prévia *qualificação* como **organização social** e a posterior celebração do **contrato de gestão** não acarreta, pelo que se percebe, qualquer modificação ou alteração em sua **natureza jurídica de direito privado**, e não lhe retira a autonomia para atuar, assim como não **cria vinculação com procedimentos típicos da área pública**, mas apenas imputa-lhe **determinadas responsabilidades e encargos** que, originalmente, **não a vinculavam**, todos eles previamente explicitados e indicados no bojo da norma reguladora.

Não se constata, é certo, restrição à autonomia e liberdade para atuar que normalmente preserva em suas atividades privadas e que venha a executar sem vínculo com o Poder Público. A qualificação como **organização social** confere, ao contrário do que se possa sustentar, **os encargos que em lei se acham explicitados de forma expressa** e que,

se dotados de caráter restritivos, não podem ser ampliados senão por norma de idêntica hierarquia.

Assume, em tal condição, a execução de uma atividade que se volta ao atendimento de objetivos de *interesse social*, impondo-lhe maior atenção com o desempenho de suas atribuições, devendo esta estar voltada fundamentalmente para alcance das metas fixadas no contrato e que não admitem o mínimo descuido, já que a execução dar-se-á, em regra, com a alocação de recursos públicos e de bens públicos.

Pode-se dizer, pois, que as **organizações sociais** se diferenciam daquelas outras entidades que detém natureza e finalidade exclusivamente privadas, pelo fato de manterem íntima relação com entes estatais a quem se incumbe, por meio do **contrato de gestão**, assumir determinados encargos que exigirão atenta e competente execução.

---

## DAS ATIBUIÇÕES LEGAIS CONFERIDAS ÀS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

### Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1.998

De se aditar, demais disso, que a qualificação de entidades de direito privado como **organização social**, pelo que estatui a **Lei nº 9.637**, de 1998, não é livre e desvinculada de parâmetros em lei estipulados. Estatui a norma indicada que:

**"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"** (art. 1º).

Qualificar **não é um ato discricionário**, mas inteiramente **vinculado** ao que em lei se estabelece, somente se podendo conferir tal condição às entidades que preencham os **requisitos** fixados de modo expreso no **art. 2º** da mesma lei, dentre os quais se inserem aqueles que vão a seguir transcritos:

" .....

I.comprovar o registro de seu ato constitutivo, dispondo sobre:

.....

c)previsão expressa de a entidade ter, como órgãos de deliberação superior e de direção, um **conselho de administração** e uma **diretoria** definidos nos termos do estatuto, **asseguradas àquele composição e atribuições normativas e de controle básicas previstas nesta Lei;**

d)previsão de participação, no órgão colegiado de deliberação superior, de **representantes do Poder Público** e de membros da comunidade, de notória capacidade profissional e idoneidade moral;

.....

f)obrigatoriedade de publicação anual, no Diário Oficial da União, dos relatórios financeiros e do relatório de execução do contrato de gestão;

....."

(Grifou-se).

Preocupa-se a norma, como visto, com a inserção expressa, nos atos constitutivos da candidata à qualificação como **organização social**, de exigência alusiva à existência de **órgãos diretivos** que se achem investidos e dotados de competência específica, investindo-se o **Conselho de Administração** de "**atribuições normativas e de controle básicas previstas nesta Lei**".

E com esse escopo é que se volta a disciplinar, de forma detalhada, a composição do **Conselho de Administração (art. 3º)**, e, a seguir, explicita a sua competência, dispondo a respeito de suas **atribuições privativas**, elencadas no bojo do **art. 4º** de onde se extrai, **ipsis verbis**, que:

" .....

I.fixar o âmbito de atuação da entidade, para consecução do seu objeto;

**II.aprovar a proposta de contrato de gestão da entidade;**

.....

VI.aprovar e dispor sobre a alteração dos estatutos e a extinção da entidade por maioria, no mínimo, de dois terços de seus membros;

VII.aprovar o regimento interno da entidade, que deve dispor, no mínimo, sobre a estrutura, forma de gerenciamento, os cargos e respectivas competências;

*VIII.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;*

IX.aprovar e encaminhar, ao órgão supervisor da execução do contrato de gestão, os relatórios gerenciais e de atividades da entidade, elaborados pela diretoria;

X.fiscalizar o cumprimento das diretrizes e metas definidas e aprovar os demonstrativos financeiros e contábeis e as contas anuais da entidade, com o auxílio de auditoria externa.

....."

(Grifou-se).

Note-se, pois, que a norma de regência – **que é lei ordinária** – estipulou tais competências como necessárias à qualificação da entidade como **organização social**, impondo-lhe, para esse fim, que houvesse expressa previsão a respeito em seus estatutos, não sendo dado ao Chefe do Poder Executivo Federal, ou de qualquer outra esfera, ignorar essa normativa e se colocar na condição de substituto do órgão diretivo interno editando regra que legalmente lhe compete.

---

## **O CONTRATO DE GESTÃO COMO INSTRUMENTO DE OBRIGAÇÕES - RESPEITO AOS ENCARGOS FIXADOS**

Mas não só a isso se reporta a **Lei nº 9.637**, de 1998. Avança ainda mais na regulamentação do tema, cuidando até mesmo do conteúdo do instrumento específico a ser entre as partes firmado e que se voltará a normatizar as relações entre ambas de modo particularizado.

O **contrato de gestão** é definido como o "**ajuste celebrado pelo Poder Público com órgãos e entidades da Administração direta, indireta e entidades privadas qualificadas como organizações sociais, para lhes ampliar a autonomia gerencial, orçamentária e financeira ou para lhes prestar variados auxílios e lhes fixar metas de desempenho na consecução de seus objetivos.**"

A **Lei nº 9.637**, de 1998, em seu **art. 5º** estabelece que, "**... 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 áreas relacionadas no art. 1º.**"

É instrumento que, conforme se pode notar, detém natureza especial. **Não se acha submetido às regras da Lei 8.666/93**, voltada a regular as *Licitações e Contratos Administrativos*, constituindo, quando se cuida de **organizações sociais**, instrumento de delegação de atribuições e de fixação de encargos a serem assumidos por ambas as partes, delimitando, de modo característico, as metas a alcançar.

Institui-se, por meio do **contrato de gestão**, um conjunto de direitos e responsabilidades previamente negociados, embora algumas das condições já resultem diretamente da lei regulamentar e não se possa ignorar, senão cometendo ato inválido.

Estando firmado e em vigor, regularmente publicado, submete a **organização social** a controle de resultados e a obriga, salvo circunstâncias excepcionais, a alcançar as metas e objetivos nele explicitadas.

Não se pode olvidar, demais disso, que se tratando de instrumento vinculado a normas específicas, cria, para a autoridade pública, **o dever de atuar em conformidade com o que estabelecem essas mesmas normas**. Nem mesmo o **eventual desejo de rescisão** pode ser livremente exercitado e apenas se justificará quando comprovadamente motivado. Oportuna mostra-se disposição que a esse respeito se inscreve no **art. 16**, da **Lei 9.637/98**, quando se estabelece que:

*"O Poder Executivo poderá proceder à desqualificação da entidade como organização social, quando constatado o descumprimento das disposições contidas no contrato de gestão".*

Não se assegura, no entanto, *poder discricionário*, fundado em meras razões de conveniência e oportunidade, ou mesmo na recusa de atender e aceitar uma condição contratual ilegítima e distanciada do regime legal aplicável. Impõe-se ao Poder Público a **motivação do ato**, exigindo-se, como suporte para isso, que a desqualificação seja antecedida de **processo administrativo**, assegurando-se o direito de exercício da **ampla defesa**, respondendo os dirigentes da **organização social**, individual e solidariamente, pelos danos ou prejuízos decorrentes de sua ação ou omissão (art. 16, § 1º).

Tais disposições indicam a forma regrada adotada para a regulação das **organizações sociais**, não admitindo a adoção de conduta que não se encontre amoldada àquelas que a própria explícita, nem mesmo por ato normativo como o decreto, editado pela mais Alta Autoridade da República que, como qualquer cidadão, submetido está ao império da lei no Estado Democrático de Direito.

A **lei** e o **contrato de gestão** constituem instrumento de vinculação de conduta e não se pode, ainda que orientado pela melhor das intenções, ignorar o que em tais instrumentos regulatórios restou estipulado, **criando novas regras e impondo procedimentos incompatíveis com aqueles cometidos às entidades dessa espécie**.

---

## DA EXIGÊNCIA DE REGULAMENTOS PRÓPRIOS PARA AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

Relevante anotar, outrossim, que vinculam-se as **organizações sociais** – e isto não pode ser ignorado, pena de restar afrontado principio da legalidade – ao que estipula a **lei específica**, onde se contempla determinação no sentido de que editem **regulamento próprio** voltado a disciplinar a contratação de suas obras, serviços e compras. Com esse escopo, estatui a Lei de regência que:

*Art. 17. A **organização social** fará publicar, no prazo máximo de noventa dias contado da assinatura do contrato de gestão, **regulamento próprio** contendo os **procedimentos que adotará para a contratação de obras e serviços, bem como para compras com emprego de recursos provenientes do Poder Público.** (Grifou-se).*

A exigência de **regulamento próprio**, pelo que claramente se pode concluir, resulta do fato de ser **entidade dotada de natureza jurídica de direito privado**, não vinculada às **normas gerais de licitações e contratações** típicas de órgãos e entes da Administração Pública. Assim acontece, aliás, com as entidades privadas integrantes do chamado Sistema "S", alvo durante longo tempo de interpretações equívocas e lesivas aos seus interesses.

E se assim o é, há de se ter em vista que estando o Poder Executivo Federal vinculado ao **princípio da legalidade**, não lhe cabe editar e impor, além dos limites constitucionais, regras que submetam entidades de direito privado ao regime da **Lei nº 8.666/93**, ou da **Lei nº 10.520/2002**, menos ainda quando já se tem **lei especial** dispondo a respeito do tema e que se volta a regular as atividades das **organizações sociais**.

---

## **REGULAMENTAÇÃO LEGAL DAS LICITAÇÕES PÚBLICAS E DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

O completo exame do assunto e a formulação de conclusões objetivas não dispensa, ademais, que se coloque em evidência que quando se cuida da questão alusiva às licitações públicas e aos contratos administrativos, não há espaço para a discricionariedade administrativa com relação a criação de modalidades e indicação do rol de entes vinculados à obrigação de adotar tal procedimento seletivo.

Assim, por melhor que seja a intenção do administrador, deve estar ele atento aos limites que lhe são impostos quanto a isso pelo sistema legal, pena de afrontar o **princípio constitucional da legalidade**, cometendo ato arbitrário. Os meios não se prestam no estado de direito a justificar os fins. É preciso respeitar o conjunto normativo em vigor e estar submetido a ele, pena de incorrer-se em inaceitável abuso e dar azo à responsabilização de quem cometeu o excesso.

A primeira e relevante restrição à atividade legislativa encontra-se inscrita na própria **Constituição Federal** que, quando cuida da **competência da União** para legislar, estatui, em seu **art. 22, inciso XXVII**, *ipsis verbis*, que:

"....."

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

Inciso XXVII, normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

**Normas gerais**, consoante se proclama na doutrina especializada, são regras fundamentais e básicas que se voltam a orientar as demais normas regulamentares a serem editadas. Compreendem princípios, definições, modalidades, mas não se estendem a questões procedimentais e de caráter formal, relegados à competência legislativa dos demais entes federados.

Mas é certo que a disposição constitucional referida já explicita de forma clara que tais normas gerais, de competência da União, alcançam apenas a própria "**... as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios,...** .. Não podem vincular as entidades estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista), submetidas a regulamentação normativa específica a ser ditada em estatuto próprio, onde serão observados **princípios de administração pública**, mas não a norma geral de licitações e contratações, conforme previsão inscrita no **art. 173, § 1º, inciso III**, da Constituição.

A **Lei nº 8.666**, editada em **21 de junho de 1.993**, antes mesmo da nova redação imprimida pela **Emenda Constitucional nº 19**, de junho de 1.998, quando se exclui a sua aplicação às **empresas estatais**, ao dispor sobre o assunto, estatui que:

Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as **empresas públicas**, as **sociedades de economia mista** e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

A **Lei nº 10.520**, de 17 de julho de 2.002, instituidora da licitação na modalidade de pregão, em diversos momentos, ao se referir à aplicação de suas normas não se atreve a ir além do que lhe é admitido na esfera constitucional. Veja-se, por exemplo, as disposições que a seguir são referidas:

Art. 2º... ..

§ 2º Será facultado, nos termos de regulamentos próprios da **União, Estados, Distrito Federal e Municípios**, a participação de bolsas de mercadorias no apoio técnico e operacional aos órgãos e entidades promotores da modalidade de pregão, utilizando-se de recursos de tecnologia da informação.



.....

Art. 7º Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a **União, Estados, Distrito Federal ou Municípios** e, será descredenciado no Sicaf, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.

.....

Art. 11. As compras e contratações de bens e serviços comuns, no âmbito da **União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios**, quando efetuadas pelo sistema de registro de preços previsto no [art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993](#), poderão adotar a modalidade de pregão, conforme regulamento específico.

Art. 12. A Lei nº 10.191, de 14 de fevereiro de 2001, passa a vigorar acrescida do seguinte artigo: "[Art. 2-A](#). A **União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios** poderão adotar, nas licitações de registro de preços destinadas à aquisição de bens e serviços comuns da área da saúde, a modalidade do pregão, inclusive por meio eletrônico, observando-se o seguinte:.. .

....."

(Destaques nossos).

Em nenhum momento se alude à possibilidade de extensão da norma a entidades que não estejam a ela submetidas e que não tenham sido referidas expressamente pela **Constituição Federal**, ou mesmo pela **Lei Geral de Licitações e Contratos – Lei nº 8.666/93**.

Aspecto outro de suma relevância, diz respeito ao fato de não haver sequer **obrigatoriedade de adoção do pregão** nas licitações para a **aquisição de bens** e para a contratação de **serviços comuns**. As circunstâncias devem orientar essa decisão de modo a evitar prejuízos para a administração. Em determinadas situações, dada as peculiaridades do objeto a ser contratado, se deve afastar o uso dessa modalidade e adotar qualquer daquelas outras previstas no **art. 22 da Lei nº 8.666/93** (concorrência, tomada de preços, convite, concurso ou leilão).

Oportuno transcrever, para melhor ilustrar esse **caráter facultativo do pregão**, o que a respeito consta na **Lei nº 10.520/2002**:

"Art. 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, **poderá** ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei." (Destaques nossos).

---

## CONCLUSÕES NECESSÁRIAS

Resulta por demais óbvio, pelo que anteriormente foi exposto, que não se torna legítima a conduta avaliada. Dimana clara a conclusão no sentido de que, não se tendo na legislação atualmente em vigor a mínima referência a **entidades de direito privado** que **contratam** ou firmam **convênios** com a administração pública, não se pode a elas estender a regra tipicamente aplicável à **administração direta, autarquias e fundações públicas**, como se estampa em expressas determinações constitucionais e legais.

Atuar de forma diversa disso, **ampliando por simples decreto**, o universo de aplicação de tais normas implica em afrontar o **princípio da legalidade** e, demais disso, exacerbar abusivamente atribuições que são cometidas ao **Chefe do Poder Executivo Federal**. Não se discute a intenção, mas esta não pode prevalecer sobre a realidade jurídica e nem olvidar que procedimentos de contratação adotados em outras esferas podem ser até mesmo **mais eficazes** do que as normas públicas referidas.

Por assim ser, não se torna legítima a determinação feita em contrato de gestão, termo aditivo, convênio ou qualquer outra disposição firmada com entes e órgãos da administração com vista a impor a entidade de direito privado a adoção de procedimentos típicos de entes administrativos. O sistema jurídico vigorante, reenfatize-se, não autoriza tal determinação e inconstitucional é o decreto que assim dispõe, caracterizando afronta às normas em vigor.

É perfeitamente sustentável juridicamente a recusa de tais entidades que venham a ser instadas a assumir o injurídico compromisso por meio de instrumentos negociais como aqueles anteriormente referidos. Eventual insistência nesse sentido pode ser rechaçada por meios dos argumentos oferecidos e, havendo recusa na celebração, essa motivação caracteriza abuso e afronta direito líquido e certo, submetendo a autoridade que assim deliberar às sanções civis, administrativas e penais.

\*Advogado em Brasília (DF), professor da Universidade Católica de Brasília e da Escola Brasileira de Administração Pública (EBAP/FGV)

Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9885> >. Acesso em:

29/05/07