

Direito de Defesa: Lei de Licitações não se aplica a ONGs

As

Spacca

ONGs são a bola da vez. As suspeitas sobre repasses indevidos ou recursos desviados no Ministério dos Esportes acarretaram na demonização dos destinatários das verbas. O governo federal suspendeu convênios, recursos e entendeu por bem reorganizar o formato da parceria destas entidades com o Estado.

Não se quer aqui discutir a pertinência ou a adequação do modelo de fomento de projetos em conjunto com organizações não governamentais, estimulado a partir do final da década de 90 pelo Programa Nacional de Publicização, com as edições da Lei 9.637/98 (Organizações Sociais) e da Lei 9.790/99 (Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, Oscips). Trata-se de um sistema de *fomento* de organizações particulares para a prática de atividades de interesse público, essencialmente por parcerias público-privadas, instrumentalizadas por *contratos de gestão* ou *termos de parceria*.



O objetivo aqui é discutir o tratamento penal dispensado a tais organizações quando constatados indícios de irregularidades na celebração de convênios ou na execução de serviços. No plano criminal, são comuns denúncias contra OSs e Oscips pela prática dos crimes de licitação previstos na Lei 8.666/93, especialmente quando se verifica o direcionamento na escolha da entidade a celebrar convênio com o Estado, ou quando esta entidade subcontrata empresas ou terceiros para colaborar na execução dos projetos sem licitação ou outro processo de seleção ou concurso.

Não parece que tais práticas sejam *crimes de licitação*. Gostemos ou não, o regime de parceria do Poder Público com tais entidades — em especial com as Organizações Sociais e Oscips — não é regido pela *lei de licitações*. A celebração de *termos de parceria* ou *convênios* do Estado com tais entidades não exige o certame previsto pela Lei 8.666/93, assim como a subcontratação pela entidade de terceiros para ajudar nas atividades também não é regido pelo diploma legal indicado.

A relação entre o Poder Público e as OSs ou Oscips não tem natureza *contratual*. Não se trata de uma relação comercial, em que o interesse do governo é a realização de atividade de interesse público e o objetivo do contratado é a remuneração pelo serviço que presta. Os *termos de parceria* ou *contratos de gestão* são uma *conjugação de esforços* para um *objetivo comum* entre os parceiros, como ocorre nos *convênios*. Não existem interesses *distintos*, mas o mesmo interesse em fomentar uma atividade, um programa, um projeto de relevância social.



Por não se tratar de *contrato*, o ajuste em discussão não é regido pela Lei 8.666/93. Parece adequado, aqui, o voto do ministro Luiz Fux, na ADI 1.923/DF, ainda não julgada no mérito: “*Por não se tratar de contratos administrativos, não cabe falar em incidência do dever constitucional de licitar, restrito ao âmbito das contratações (CF, art.37, XXI)*”. Ainda que o voto discuta apenas o regime das Organizações Sociais, suas razões parecem perfeitamente extensíveis às Oscips.

Isso não significa, por evidência, que o processo de seleção destas entidades não deva seguir os princípios constitucionais da *moralidade* e *impressoalidade*, bem como as regras das Leis 9.637/98 e 9.790/99 — Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, Oscips. Como afirmou o ministro Luiz Fux, no voto citado, “*(...) impõe-se que o Poder Público conduza a celebração do contrato de gestão por um procedimento público, impessoal e pautado por critérios objetivos, ainda que, repita-se, sem os rigores formais da licitação ta como concebida pela Lei 8.666/93 (...)*”. O STJ seguiu a mesma linha ao apontar que “*o contrato de gestão no serviço público não exige, para sua elaboração, licitação por ser celebrado com organizações sociais para prestação de serviços*” (STJ, Resp 952.899, Rel. Min. José Delgado, 1ª T, um. j.03.06.08)

Da mesma forma, a subcontratação de empresas ou pessoas para colaborar nos projetos não impõe o certame licitatório. As Leis das OSs e Oscips determinam que tais entidades devem publicar *regulamento próprio* contendo os procedimentos que adotarão para contratação de obras, serviços e compras — respectivamente, artigos 17 e 14, mas tais procedimentos não são tecnicamente *licitação*. Segue ainda o ministro Fux: “*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 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*” e mais adiante “*as Organizações Sociais não estão sujeitas às regras formais do art.37, de que seria exemplo a regra da licitação, mas sim apenas à observância do núcleo essencial dos princípios definidos no caput*”. Parece que todo o raciocínio desenvolvido para as OSs é aplicável às Oscips, como aventado.

Assim, mesmo que descumpridas as regras de *pessoalidade* e *moralidade*, não é cabível a imputação pelos crimes da Lei 8.666/93, porque o regime de *licitação* não se aplica à entidade selecionada para executar o Termo de Parceria ou o Contrato de Gestão, ou para a subcontratação pela entidade dos parceiros na execução do projeto. Os tipos penais previstos na Lei fazem referência explícita à *licitação* e à *contratação*, a excluir do seu núcleo os Contratos de Gestão e Termos de Parceria que instrumentalizam, respectivamente, a relação entre governo e OSs ou Oscips. A inadmissibilidade da analogia na interpretação da lei penal afasta qualquer incidência das normas em comento sobre as atividades das entidades em discussão.

Isso não afasta o uso de sanções administrativas diante de indícios de direcionamento para beneficiar entidades específicas, com a desvirtuação do princípio da *pessoalidade*. Mas a interpretação *extensiva* da norma penal não pode ser admitida nesta seara, sob pena de legitimação da ampliação *contra legem* da repressão criminal.

Em tempo

Foi aprovado na Câmara dos Deputados o projeto de lei que altera a redação da Lei 9.613/98 (Lei de



Lavagem de Dinheiro), com reflexos importantes sobre a atividade do advogado que presta consultoria jurídica em determinadas áreas, especialmente na seara consultiva. Fica o assunto para uma próxima coluna.

Date Created

01/11/2011