

Acessado/atualizado em 29/6/2007 09:04:02
C:\Documents and Settings\Jair\My Documents\backup_P4\Jair\Academico e Cientifico\Artigos\Juridicos
Art_Decreto5504_PE_Obrigatoriedade
Texto em elaboração. Reprodução não autorizada
Autor: Jair Eduardo Santana
www.jairsantana.com.br
jairsantana@jairsantana.com.br

Compulsoriedade relativa da utilização do pregão eletrônico em decorrência de transferências voluntárias realizadas pela União Análise do Decreto 5.504/05

Jair Eduardo Santana

Mestre em Direito do Estado (Puc/SP)
Professor em cursos de pós-graduação. Atua na capacitação de servidores públicos das três esferas de governo
Magistrado de Entrância Especial

www.jairsantana.com.br

Sumário

1. Introdução
2. Contextualização necessária
3. Compulsoriedade na utilização do pregão eletrônico
4. Transferências voluntárias: fundamento primário do Decreto 5.504/05
5. Destinatários do Decreto 5.504/05
6. Orçamentação pública, transferências voluntárias e licitação: conformidade do Decreto 5.504/05 à ordem vigente. Aplicação às OSCIP's, OS's e *outros*.

- I. *O pregão eletrônico é obrigatório para aquele que realiza aquisições com recursos decorrentes de transferências voluntárias feitas pela União?*
- II. *O Decreto 5.504/05 é constitucional/legal ao impor a obrigatoriedade do pregão para as OSCIP's, OS's e outros entes privados?*

1. Introdução

A adoção do pregão eletrônico no Brasil inaugurou uma nova fase no fluxo das aquisições feitas pelo Poder Público. A par de não ser novidade

alguma nem mesmo em nossas terras¹, a *economia digital* - além de realidade espalhada pelo mundo - vai solidificando o comércio eletrônico como uma poderosa ferramenta instrumental de aplicação e gestão de recursos públicos, na medida em que dá transparência, publicidade, eficiência, celeridade e economia aos cofres públicos².

Em cenário progressivo, criam-se novos ambientes jurídicos que atraem os aplicadores de recursos para a *nova ordem* e, como não poderia deixar de ser, até que haja acomodação dos novos institutos às *práticas governativas* inovadoras há que se discutir os respectivos *marcos de*

¹ O comércio eletrônico está envolvido pela *economia digital*, setor que congrega outros tantos ramos estatais. "O crescimento da chamada 'economia digital' nos países latino-americanos triplicou o registrado em países mais ricos, como Estados Unidos, Europa ou asiáticos, segundo um relatório feito na Espanha a pedido da companhia Telefonica. De acordo com o estudo, entre 2003 e 2005 a taxa de crescimento média foi de 14%, bem acima dos cerca de 5% registrados nos Estados Unidos e na Europa, e de 6% nos países da região da Ásia e Pacífico, como Japão e Coreia do Sul. Por 'economia digital', o estudo define os setores da economia que se baseiam em tecnologias digitais, como telecomunicações, tecnologia da informação, bens eletrônicos e serviços audiovisuais. O estudo disse que o "abismo digital" que separa a América Latina dos países mais ricos deve continuar se reduzindo, porque "a desaceleração observada nas regiões mais desenvolvidas parece ser permanente". "Apesar da aparição constante de novas aplicações e usos das tecnologia de informação, seu valor de mercado experimenta um crescimento limitado por pressões da concorrência, os avanços tecnológicos, os fenômenos de substituição e convergência." No entanto, este mercado na América Latina continua bem atrás do mercado de países mais ricos. Equivalia no ano passado a cerca de US\$ 233 bilhões - um quarto do trilhão de dólares alcançado tanto nos Estados Unidos quanto na Europa" (In BBC Brasil.com - www.bbc.co.uk/portuguese - *Economia digital cresce três vezes mais na AL do que em países ricos*).

² Importante lembrar que o comércio eletrônico não é exclusivo do setor público. Ao reverso, o chamado *e-commerce* há tempos se encontra em vertiginoso crescimento. Realmente, *as vendas on line no Brasil fecharam o primeiro semestre de 2005 em R\$ 974 milhões, 30,7% mais do que o resultado do mesmo período de 2004. O faturamento total do ano passado ficou em R\$ 1,7 bilhão e a expectativa é que, até o final de 2005, esse índice alcance R\$ 2,3 bilhões. O varejo on line deve crescer 24% neste ano. No exterior, os dados do e-commerce são igualmente animadores. Segundo o Departamento de Comércio dos EUA, as vendas do varejo on line do país ficaram em US\$ 21,1 bilhões no segundo trimestre de 2005, 7,2% mais do que o mesmo período em 2004. Assim como no varejo on line, os negócios feitos entre empresas também são bastante positivos. Segundo a Associação de E-Business, o volume de negócios no setor chamdo de B2B (business to business) alcançou, em 2004, R\$ 140 bilhões, um aumento de 15% em relação a 2003. A previsão é de que o setor continue crescendo pelo menos 10%*" (*E-commerce em ebulição*. Revista Mundo Corporativo, 4º trimestre 2005, p. 10 e ss. Revista publicada pela Deloitte).

Acessado/atualizado em 29/6/2007 09:04:02
C:\Documents and Settings\Jair\My Documents\backup_P4\Jair\Academico e Cientifico\Artigos\Juridicos
Art_Decreto5504_PE_Obrigatoriedade
Texto em elaboração. Reprodução não autorizada
Autor: Jair Eduardo Santana
www.jairsantana.com.br
jairsantana@jairsantana.com.br

regulação, circunstância problematizada no Brasil em face do modelo de Estado adotado pela Constituição Federal (estado federal).

O presente trabalho mostra que é legítima a imposição da obrigatoriedade do pregão eletrônico para aqueles que realizam aquisições utilizando recursos decorrentes de transferências voluntárias feitas pela União Federal; mostra, ainda, que mesmo *entes originariamente submissos à normas que excluem as licitações* acabam - diante de uma complexa mecânica de orçamentação pública - se posicionando debaixo do *mundo eletrônico*.

2. Contextualização necessária

Não há como não retroceder no tempo e não trazer para o epicentro do nosso debate elementos que se mostram indispensáveis a real compreensão daquilo que se quer efetivamente entender. É dizer, por outras palavras: para dominarmos os termos do Decreto n. 5.504/05 é fundamental contextualizá-lo lembrando e resgatando algumas outras premissas não só normativas, mas, sobretudo temporais.

A Lei n. 10.520/02 (lei do pregão) - fruto de conversão de Medida Provisória reeditada 18 vezes³ - deu espaço para que cada ente federado baixasse sua respectiva regulamentação através de seus respectivos núcleos orgânicos.

Sendo aquela Lei de caráter nacional⁴ e geral, sobra região para que os entes tenham sua própria normação. Assim, na dimensão *vertical*, apartam-se União, Estados, Municípios e Distrito Federal. E, sob ótica *funcional* (ou *horizontal*) visualizam-se as ramificações daquele *vértice*. Referimo-nos ao *Executivo*, ao *Legislativo*, ao *Judiciário*, aos *Tribunais de Contas* e ao *Ministério Público*.

Ou seja, importante fixar-se a idéia segundo a qual *numa dada visualização vertical* (Estadual, por exemplo), poderá haver espaço

³ Oito reedições sob n. 2.026, sete reedições sob n. 2.108 e três reedições sob n. 2.182 até a conversão final na Lei n. 10.520/02.

⁴ Nunca é demais lembrar que as *leis nacionais* diferem das *federais*, *estaduais*, *distritais* e das *municipais*.

Acessado/atualizado em 29/6/2007 09:04:02
C:\Documents and Settings\Jair\My Documents\backup_P4\Jair\Academico e Cientifico\Artigos\Juridicos
Art_Decreto5504_PE_Obrigatoriedade
Texto em elaboração. Reprodução não autorizada
Autor: Jair Eduardo Santana
www.jairsantana.com.br
jairsantana@jairsantana.com.br

normativo diverso tanto para o Executivo, quanto para o Legislativo e também para o Judiciário, o Ministério Público e o Tribunal de Contas.

De certo modo, o que se disse acima nada mais é do que a idéia expressa e encampada pelos artigos 117 e seguintes da Lei n. 8.666/93.

Pois valendo-se das circunstâncias expostas, o Executivo Federal (entenda-se a União através do *Poder Executivo*) editou o Decreto n. 5.450/2005 para - em meio a escândalos experimentados nas licitações dos Correios⁵ - abraçar a forma eletrônica como sendo a via de passagem obrigatória para os recursos orçamentários manejados naquela esfera governativa.

É dizer: a Lei do Pregão (e a MP já citada) dava suporte para o Decreto n. 3.697/2000 que cuidava da regulação do pregão eletrônico. Havia *em gestação* a idéia de se transformar a *via eletrônica* em caminho compulsório. Com as ocorrências experimentadas a partir de *maio de*

⁵ O escândalo dos Correios do Brasil teve início em maio de 2005 quando começaram a surgir denúncias de irregularidades praticadas na Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Inicialmente foi envolvido no caso o deputado Roberto Jefferson. Ele negou sua participação na corrupção praticada nos Correios e pressionado, denunciou outro esquema de corrupção que o chamou de mensalão. Para investigar as denúncias foi criada a CPI dos Correios. A CPI dos Correios foi criada em maio com o objetivo específico de investigar as denúncias de corrupção nas estatais, mais especificamente, nos Correios. Seu foco, no entanto, foi deslocado pouco depois para a investigação da existência do suposto "mensalão", o pagamento mensal a parlamentares da base aliada pelo governo. O estopim da crise surgiu com a revelação da uma fita de vídeo, que mostra o ex-funcionário dos Correios Maurício Marinho negociando propina com empresários interessados em participar de uma licitação. No vídeo, o funcionário dos Correios dizia ter o respaldo do deputado federal Roberto Jefferson (PTB-RJ). Pouco depois, em entrevista à Folha, Jefferson denunciou o suposto esquema de pagamento de mesada a parlamentares da base aliada em troca de apoio político. À época, os titulares da comissão defenderam a ampliação do foco das investigações pela tese de que o dinheiro de corrupção das estatais seria a fonte dos recursos do hipotético "mensalão". Com a criação da CPI da Mensalão, a CPI dos Correios focou suas investigações nos fornecedores de recursos e quer investigar os fundos de pensão de estatais. Quase três meses depois, à CPI dos Correios coube o mérito de ajudar a revelar o esquema de distribuição de recursos a parlamentares, teoricamente, para bancar despesas de campanhas eleitorais, apelidado pela imprensa de "valerioduto", devido ao nome de seu operador, o empresário Marcos Valério Fernandes de Souza (Fonte: Wikipedia - www.wikipedia.org.br).

2005 nos Correios⁶, substituiu-se o Decreto 3.697/00 pelo Decreto n. 5.450/05, em 31 de maio de 2005.

Em resumo, substituiu-se o Decreto n. 3.697/00 que regulava - na esfera da União, *Poder Executivo* - o pregão eletrônico para, com nova roupagem, *obrigar a utilização da modalidade eletrônica*.

Por razões óbvias não discutirei aqui - e sem avaliar - as vantagens ou as desvantagens da medida, ou tampouco eventuais impropriedades da opção regulatória federal, importa-nos a premissa segundo a qual a licitação eletrônica passou - a partir do Decreto n. 5.450/05 - a ser *obrigatória para todos aqueles que se sujeitam ao império de tal norma*.

Antes de prosseguir no rumo do *Decreto regulador subsequente* (o Decreto n. 5.504/05, principal alvo das nossas atenções neste escrito) é importante alertar para a *irradiação de efeitos* (podemos chamar de *âmbito de incidência*) do Decreto n. 5.450/05. É que muitos - sem pensar talvez na gênese e ontologia de tal ato normativo - conservam a equivocada idéia de que dita norma se aplica a todos e a tudo, alcançando entes e órgãos integrantes da nossa complexa federação.

Ou seja, é incorreta a idéia segundo a qual - no âmbito federal - a obrigatoriedade do pregão eletrônico se ponha frente a todos os órgãos ali existentes (Executivo, Legislativo, Judiciário, Ministério Público, Tribunal de Contas...). Não é isso. Aliás, é exatamente o contrário. Tratando o Decreto n. 5.504/05 de um *regulamento do Poder Executivo Federal* (editado com fundamento primário no art. 84, inciso IV, da Constituição Federal), somente a ele (ente federativo central) se aplica naquilo que dependa da correlata regulação. Este, no entanto, é um *axioma* que poderá ser relativizado diante de circunstâncias excepcionais que serão vistas oportunamente.

3. Compulsoriedade na utilização do pregão eletrônico

O giro dado em torno do Decreto n. 5.450/05 implica assim - e de modo fundamental - no saber se o pregão eletrônico é - de fato - o caminho obrigatório. Adianto que a abordagem não me é nova, vez que já tratei do

⁶ Veja-se a matéria em nota anterior.

Acessado/atualizado em 29/6/2007 09:04:02
C:\Documents and Settings\Jair\My Documents\backup_P4\Jair\Academico e Cientifico\Artigos\Juridicos Art_Decreto5504_PE_Obrigatoriedade
Texto em elaboração. Reprodução não autorizada
Autor: Jair Eduardo Santana
www.jairsantana.com.br
jairsantana@jairsantana.com.br

tema em outras circunstâncias⁷, sendo minha conclusão a seguinte: *há sim uma compulsoriedade relativa para a utilização do pregão eletrônico*, seja por força do Decreto 5.450/05 ou em razão do Decreto n. 5.504/05.

Mas seja como for, o Decreto 5.450/05 criou em torno dos recursos públicos federais uma espécie de *blindagem* ou *imunização* para - em ambiente virtual - proteger os procedimentos licitatórios dos contumazes assaltantes dos dinheiros públicos. E por certo não bastaria ao *Executivo Federal* imunizar ou blindar apenas os seus recursos próprios gerenciáveis no âmbito da sua administração já que, pela mecânica do federalismo cooperativo pátrio, há valores financeiros que são sistematicamente repassados da União para Estados e destes para Municípios e outros. Tudo à título de auxílio.

Assim, duas análises se colocam como indispensáveis a esta altura: (a) saber do que tratam as faladas *transferências voluntárias* - *TV's* e (b) investigar a quem efetivamente se aplica o Decreto n. 5.504/05. Ou, por outras letras, trata-se da análise dos destinatários da norma em comento.

4. Transferências voluntárias: fundamento primário do Decreto 5.504/05

Transferências Voluntárias, por definição legal, consistem na *entrega de recursos correntes ou de capital a outro ente da federação, à título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional, legal ou os destinados ao Sistema Único de Saúde* (art. 25 da Lei Complementar n. 101/00 - Lei de Responsabilidade Fiscal).

Tais *transferências* operam-se, de regra, por *convênios, contratos de repasse* ou instrumentos congêneres estando reguladas - dentre outras

⁷ Em meu livro *pregão presencial e eletrônico - manual de implantação, operacionalização e controle* (Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006) e ainda, com detalhamento, em artigos intitulados *pregão eletrônico - para entender o arsenal normativo de regência (1 e 2)* - Belo Horizonte: Revista Fórum de Contratação e Gestão Pública - RFCGP - v. 44, ano 5, agosto 2005, e v. 45, ano 5, setembro de 2005, respectivamente.

normas - pela Instrução Normativa n. 1 da Secretaria do Tesouro Nacional.⁸

A preocupação do ente central na *blindagem dos recursos públicos* repassados a outros *centros governativos* (e, ainda, a *particulares*) se justifica mais ainda quando se vê que o montante dos valores em jogo chegaram a ordem de R\$ 15,1 bilhões somente no ano de 2006.

Recente relatório produzido no Tribunal de Contas da União - TCU - mostrou o que já se sabe: a União enfrenta gravíssimas dificuldades em todas as etapas dos procedimentos envolvidos nas *TV's*, não conseguindo sequer fiscalizar a boa alocação dos respectivos recursos.

Confira-se:

“Atualmente, em face do alto grau de vinculação das receitas públicas e do grande volume das despesas obrigatórias, a faixa de discricionariedade ainda remanescente no Orçamento Geral da União (OGU) gira em torno de 10% (R\$ 55 bilhões, segundo o orçamento executado em 2006). É nessa fração do orçamento que se acomodam as transferências voluntárias, quer as decorrentes de emendas parlamentares, quer as integrantes de propostas do Executivo.

No orçamento de 2006, as transferências voluntárias executadas alcançaram a cifra de R\$ 15,1 bilhões (3% do OGU ou 31,7% da faixa de discricionariedade que ainda resta no orçamento, algo em torno de 10% das despesas primárias). A média dos últimos seis anos, em valores de dezembro de 2006 (IPCA médio), foi de R\$ 13 bilhões.

Os trabalhos realizados evidenciam graves problemas em todas as fases que envolvem as transferências voluntárias. Observou-se que, além da inexistência de planejamento na alocação de recursos, também o contingenciamento orçamentário e a execução seletiva dos denominados restos a pagar, provocam reflexos negativos no repasse desses recursos.

A falta de planejamento para a alocação de recursos faz o orçamento restringir-se a uma disputa de recursos adicionais para custear emendas de parlamentares e do executivo. Já o

⁸ Para aprofundamento no tema veja o nosso *Vedação de Transferências Voluntárias como Sanção à Renúncia de Receitas Tributárias* (São Paulo: BDA - Boletim de Direito Administrativo - NDJ, fevereiro de 2003, p. 97 e ss.).

Acessado/atualizado em 29/6/2007 09:04:02
C:\Documents and Settings\Jair\My Documents\backup_P4\Jair\Academico e Cientifico\Artigos\Juridicos
Art_Decreto5504_PE_Obrigatoriedade
Texto em elaboração. Reprodução não autorizada
Autor: Jair Eduardo Santana
www.jairsantana.com.br
jairsantana@jairsantana.com.br

contingenciamento dos recursos e a execução seletiva dos restos a pagar, provocam a competição pelos recursos programados, o que fragiliza os integrantes do Poder Legislativo em relação às ações do Poder Executivo.

Nesse cenário, não basta ao parlamentar postular para que a despesa conste do orçamento, posto que depende, ainda, da ação dos ministérios para que seja reconhecida a necessidade da realização da despesa aprovada no orçamento (empenho), para que seja autorizada sua efetiva realização (liquidação) e, por fim, para que seja realizado o pagamento. Resta evidente a vulnerabilidade do sistema, tendo em vista o elevado grau de discricionariedade nessas etapas.

Na fase de análise e aprovação dos planos de trabalho, o Tribunal chamou atenção para a superficialidade e insuficiência das avaliações técnicas e a ausência de critérios transparentes e de justificativa para a escolha das organizações não-governamentais que serão beneficiadas com recursos públicos.

Um dos fatores que contribui para a realização de análises superficiais dos planos de trabalho, é a carência quantitativa e qualitativa de pessoal. Além disso, faltam critérios técnicos objetivos e transparentes pré-definidos, tais como especificações, referenciais de custo, parâmetros fundamentados em indicadores sociais e econômicos aptos a orientar uma seleção de projetos mais eficaz para aplicação dos recursos públicos.

Soma-se a isso a sistemática de liberação de recursos concentrada apenas no final do exercício, devido ao contingenciamento, o que gera um acúmulo de planos de trabalho a serem examinados em exíguo espaço de tempo, resultando em avaliações imperfeitas, efetuadas a toque de caixa, sujeitas a mecanismos de pressões, com vistas à liberação dos recursos, empenhamento e/ou inscrição em restos a pagar.

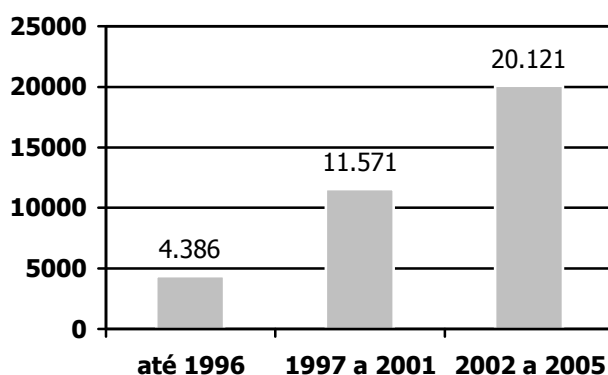
No que toca à fiscalização da execução dos convênios e instrumentos congêneres, verificou-se que ela é praticamente inexistente, quer seja por carência de pessoal em número e qualificação técnica para fazê-la, quer seja pelo fato de o resultado não ser confiável, devido à falta de parâmetros técnicos e financeiros adequados, que deveriam constar do Plano de Trabalho.

No tocante à prestação de contas, constatou-se que o atraso médio para sua apresentação é de 3,9 anos, e de 5,4 anos a idade média dos

Acessado/atualizado em 29/6/2007 09:04:02
C:\Documents and Settings\Jair\My Documents\backup_P4\Jair\Academico e
Cientifico\Artigos\Juridicos
Art_Decreto5504_PE_Obrigatoriedade
Texto em elaboração. Reprodução não autorizada
Autor: Jair Eduardo Santana
www.jairsantana.com.br
jairsantana@jairsantana.com.br

processos aguardando análise, perfazendo um montante de R\$ 12,5 bilhões em recursos, cuja aplicação o governo desconhece os resultados.

Prestações de contas não analisadas (por ano de expiração)



Fonte: Siafi

Esse fato, associado à falta de registro no Siafi da inadimplência da entidade conveniente, permite que muitos entes da Federação e organizações não-governamentais continuem a receber recursos públicos sem que tenham prestado contas ou que estas tenham sido aprovadas.

Ademais, inexistem procedimentos de avaliação de resultados em termos de benefícios, impactos econômicos ou sociais, ou nível de satisfação do público-alvo. Chama a atenção, também, o expressivo número de convênios e instrumentos similares aprovados pelos órgãos repassadores, nos quais auditorias desta Corte encontraram graves irregularidades.

Nesse contexto, a ocorrência de desvios de recursos públicos é estimulada pela certeza da impunidade, em virtude da ausência de acompanhamento e da ineficiência dos órgãos transferidores de recursos para detectá-los.

De modo geral, a permanecer o atual nível de descontrole dos recursos reservados às transferências voluntárias, torna-se impossível assegurar o alcance do interesse público. Assim, se não forem restabelecidos os mecanismos de acompanhamento do Estado sobre todo o ciclo das transferências voluntárias, a medida mais sensata pode ser sua suspensão até que se recobre esse controle”.

E - fugindo um pouco mais do nosso escopo específico, mas assim o fazendo para não perder o ritmo da escrita - é óbvio que as deficiências existentes em torno da fiscalização das transferências voluntárias podem

ser minimizadas através de inúmeros outros mecanismos de controle quem sabe até mais eficientes. Mas enfim e para não ir muito além do permitido, registre-se que a situação caótica desenhada aqui não sugere sejam suspensos os mencionados repasses, solução apontada pelo ilustre Ministro Relator Ubiratan Aguiar.⁹

Sabendo-se assim o que são as *transferências voluntárias* já se pode avançar sobre (b) o domínio dos *destinatários do Decreto n. 5.504/05*. De um modo bem geral, é possível afirmar que a intenção de tal regulação foi imputar aos recursos transferidos a mesma roupagem do Decreto 5.450/05. Em termos práticos, a idéia parece ser: “onde houver recursos transferidos voluntariamente haverá regime de pregão eletrônico, obrigatoriamente”.

De tal modo, a engenharia utilizada para salvaguardar os recursos da União (inclusive aqueles que são objeto de *transferências voluntárias*) é bem simples: quando ela própria os aplica (obviamente estamos falando de licitação por pregão), a regra geral é aquela escrita no Decreto 5.450/05. Quando, ao reverso, os recursos federais são trespassados a outras esferas de governo, a aplicação respectiva se faz de maneira *carimbada*. Ou seja, o recurso *voluntariamente repassado* o é *sob condição*: a de se utilizar o pregão eletrônico.

5. Destinatários do Decreto 5.504/05

E assim chega-se aos termos do Decreto n. 5.504/05 que impõe exigências no tocante à utilização do pregão eletrônico para os *entes públicos ou privados* quando estiver presente o fenômeno das transferências voluntárias.

De fato, o Decreto 5.504/05 *estabelece 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,*

⁹ No que recebera espirituosa crítica feita pelo Ministro do Controle e da Transparência, Jorge Hager: “quando há dificuldade de acompanhamento, eliminar a transferência voluntária me lembra a solução do marido traído que manda tirar o sofá da sala” (*In Estado de Minas, Política*, p. 7, 20 de junho de 2007).

Acessado/atualizado em 29/6/2007 09:04:02
C:\Documents and Settings\Jair\My Documents\backup_P4\Jair\Academico e Cientifico\Artigos\Juridicos
Art_Decreto5504_PE_Obrigatoriedade
Texto em elaboração. Reprodução não autorizada
Autor: Jair Eduardo Santana
www.jairsantana.com.br
jairsantana@jairsantana.com.br

decorrentes de convênios ou instrumentos congêneres, ou consórcios públicos.

E no artigo 1º do Decreto citado encontramos que:

§ 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.

§ 2º A inviabilidade da utilização do pregão na forma eletrônica deverá ser devidamente justificada pelo dirigente ou autoridade competente.

As medidas alcançam, ainda de modo expresso, as OSCIP's¹⁰ e as Organizações Sociais - OS's¹¹ - , nos termos de disposição paragrafária existente no artigo 1º:

¹⁰ O Termo de Parceria é uma novidade trazida pela Lei das OSCIPs. É instrumento jurídico criado pela Lei 9.790/99 (art. 9º) para a realização de parcerias a serem celebradas entre o Poder Público e a OSCIP para o fomento e execução de projetos. Fosse dizer por outras palavras, o Termo de Parceria cataliza acordo de cooperação entre as partes e é uma alternativa ao convênio para a realização de projetos entre OSCIPs e órgãos das três esferas de governo. Os procedimentos existentes nos Termos de Parceria são bem mais simples do que aqueles utilizados para a realização de convênios. A indicação da OSCIP para a celebração de Termo de Parceria pelo órgão estatal poderá ser feita por meio de concurso de projetos, em homenagem a uma conduta transparente e eficiente de escolha. Independentemente da maneira da escolha, o órgão estatal tem o dever de verificar o regular funcionamento da OSCIP antes de celebrar um Termo de Parceria.

¹¹ “As organizações sociais constituem matéria recente em nosso direito, tendo sido citadas pela primeira vez em nossa legislação pelo Decreto federal nº 2.172, de 5 de março de 1997, que aprovou o antigo Regulamento dos Benefícios da Previdência Social. Tais entidades foram também citadas no Caderno nº 2, do Plano Diretor da Reforma do Estado, elaborado pelo Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado -

Acessado/atualizado em 29/6/2007 09:04:02
C:\Documents and Settings\Jair\My Documents\backup_P4\Jair\Academico e Cientifico\Artigos\Juridicos Art_Decreto5504_PE_Obrigatoriedade
Texto em elaboração. Reprodução não autorizada
Autor: Jair Eduardo Santana
www.jairsantana.com.br
jairsantana@jairsantana.com.br

§ 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

MARE (extinto pela Medida Provisória nº 1.795, de 1º de janeiro de 1999), e aprovado em 21 de setembro de 1995. As organizações sociais pertencem a um grupo formado exclusivamente por pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, e com objetivos eminentemente públicos, que é o chamado terceiro setor, também conhecido como o das entidades de cooperação. O conceito de organizações sociais consta do art. 1º, da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, e que reza: 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. A professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, com absoluta propriedade, conceituara as organizações sociais nos seguintes termos: São pessoas 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. As chamadas organizações sociais, conforme se depreende do art. 1º, da Lei federal nº 9.637/98, são entidades - associações e sociedades civis e fundações - que se instituem atualmente visando a esse fim ou que já existiam no mundo jurídico antes de promulgada aquela lei, e que após já existirem como sociedades, fundações ou associações obtiveram a qualificação como organizações sociais por atenderem aos requisitos ditados pela indigitada lei. Apesar de que o preenchimento de requisitos legais para obtenção de algum registro, qualificação, licenciamento ou aprovação pelo poder público em geral obrigue o poder público praticar aquele ato ou deferir aquele pedido, no caso das organizações sociais tal não ocorre, já que pela lei das OS, art. 2º, inc. II, a qualificação das organizações sociais é realizada através de ato discricionário do Poder Público, e não vinculado como seria de esperar, obedecidos, para isso, os critérios da conveniência e da oportunidade. Tal ato precisa ser, como é de rigor em atos discricionários que prejudiquem direitos, devidamente fundamentado. As organizações sociais, repita-se, não constituem novas entidades que surgem como tal, ou que como tal adrede são criadas, não são novas formas societárias, mas resultam simplesmente da qualificação de entidades privadas já existentes sob formas societárias ou fundacionais tradicionais, e que se enquadram dentro dos requisitos constantes da Lei nº 9.637/98. O contrato de gestão celebrado com organizações sociais é bem diverso daquele contrato de gestão previsto no art. 37, §8º, da Constituição Federal. O primeiro resta absolutamente constitucional, aplicável, e previsto com clareza meridiana pela lei das organizações sociais, enquanto o contrato de gestão celebrado com fulcro no art. 37, §8º, da Constituição Federal, é no mínimo esdrúxulo e inaplicável. Para a celebração de contratos de gestão entre as organizações sociais e o Poder Público é perfeitamente dispensável a realização de licitação, conforme reza o inc. XXIV, ao art. 24, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, introduzido pela Lei federal nº 9.648, de 27 de maio de 1998” (Copola, Gina. As Organizações Sociais e os Contratos de Gestão - Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP, Belo Horizonte, n. 27, ano 3 mar. 2004, pag. 3452 a 3454).

Acessado/atualizado em 29/6/2007 09:04:02
C:\Documents and Settings\Jair\My Documents\backup_P4\Jair\Academico e Cientifico\Artigos\Juridicos
Art_Decreto5504_PE_Obrigatoriedade
Texto em elaboração. Reprodução não autorizada
Autor: Jair Eduardo Santana
www.jairsantana.com.br
jairsantana@jairsantana.com.br

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.

A par de tudo, ainda lembro que a Portaria Interministerial n. 217, de 31 de julho de 2006 (DOU 1/08/2006, p. 49) reforçou a aplicação do Decreto 5.504/05 anunciando prazos para cumprimento de tal norma.

6. Orçamentação pública, transferências voluntárias e licitação: conformidade do Decreto 5.504/05 à ordem vigente. Aplicação às OSCIP's, OS's e *outros*.

Pois chega a hora de dizer que - a despeito de vozes em contrário - a mecânica imposta pela União para canalizar os recursos transferidos voluntariamente na trilha do pregão eletrônico é medida que encontra suporte tanto fático quanto normativo. No tocante ao primeiro aspecto, certamente não haverá quem discorde da necessidade de um melhor controle sobre os recursos aqui falados. No que diz respeito a ordem jurídica, no entanto, é preciso dizer algo que parece ter sido excluído dos debates levados a efeito por diversos autores. Trata-se de uma circunstância (normativa) muito importante.

O fenômeno das *transferências voluntárias* tem raiz constitucional, como já anunciei aqui. Não bastasse isso, o tema é conexo à *orçamentação pública*. Conhecendo-se bem a Lei Fiscal (Lei Complementar n. 101/00), dela vamos resgatar que toca à lei de diretrizes orçamentárias, estabelecer outras exigências para a realização de tais transferências (art. 25, § 1º).

Ou seja, a Lei Fiscal que *já estabelece diversas exigências para a realização de transferência voluntária determina que a LDO poderá outras tantas instituir*.

Olhando para a Lei n. 11.439, de 29 de dezembro de 2006 (LDO - 2007), vamos encontrar no artigo 45, § 5º, o seguinte comando legal:

Acessado/atualizado em 29/6/2007 09:04:02
C:\Documents and Settings\Jair\My Documents\backup_P4\Jair\Academico e Cientifico\Artigos\Juridicos
Art_Decreto5504_PE_Obrigatoriedade
Texto em elaboração. Reprodução não autorizada
Autor: Jair Eduardo Santana
www.jairsantana.com.br
jairsantana@jairsantana.com.br

“sem prejuízo do disposto na Lei Complementar n. 101, de 2001, constitui exigência para o recebimento de transferências voluntárias a adoção, por parte do conveniente, dos procedimentos definidos pela União relativos à licitação, contratação, execução e controle, inclusive quanto à adoção da modalidade pregão eletrônico sempre que a legislação permitir, salvo se justificadamente inviável a adoção dessa modalidade”(os destaques são meus).

O projeto de lei de diretrizes orçamentárias de 2008 (PLDO 2008) em tramitação no Parlamento possui idêntica redação (a matéria está sendo disciplinada pelo art. 43, § 4º).

Então, aqueles que sustentam a ilegalidade/inconstitucionalidade¹² do Decreto n. 5.504/05 devem também, por coerência, advogar o vício da LDO citada. E bem sabemos que há razões de sobra para se sustentar o oposto.

Importante relatar a esta altura que a *imantação* dos recursos transferidos para o regime do pregão eletrônico obrigatório *não é tema exclusivo das licitações*. Antes, é assunto pertinente *também aos orçamentos públicos*.

Sendo assim, o *núcleo* - se é que assim posso chamar - da *obrigatoriedade do pregão eletrônico para o beneficiário das transferências voluntárias* atrai para o debate, de uma só vez, tanto as regras que acabo de invocar (relativas aos orçamentos públicos) quanto as normas correlatas às licitações.

Se me é permitido, entendo que o primeiro feixe de normas - no caso específico - têm prevalência sobre o segundo. Não somente porque estamos a tratar da *voluntariedade dos repasses e da lavratura dos respectivos ajustes*, mas fundamentalmente porque as normas de licitação (em relação ao *conveniente* ou *“recebedor” dos recursos*) são *condições previamente estabelecidas para a formação da respectiva relação jurídica*.

Fenômeno idêntico se passa, por exemplo, no âmbito da própria Lei n. 8.666/93 quando entes políticos recebem *recursos externos carimbados*.

¹² Inconstitucionalidade e ilegalidade são institutos diversos, inconfundíveis em sua gênese e conseqüências. Mas o local não é apropriado para travar tal discussão.

Acessado/atualizado em 29/6/2007 09:04:02
C:\Documents and Settings\Jair\My Documents\backup_P4\Jair\Academico e Cientifico\Artigos\Juridicos
Art_Decreto5504_PE_Obrigatoriedade
Texto em elaboração. Reprodução não autorizada
Autor: Jair Eduardo Santana
www.jairsantana.com.br
jairsantana@jairsantana.com.br

Os organismos internacionais podem - e assim fazem com frequência - “*dirigir, orientar, condicionar*” a aplicação de recursos financeiros postos na ordem interna.

De qualquer modo, não se pode descartar de plano a sempre lúcida lição de Luciano Ferraz em publicação coordenada por Diógenes Gasparini, onde aquele jovem autor se posiciona pelo vício absoluto do Decreto 5.504/05.¹³

No mesmo sentido encontramos as ponderações de Simões, mais especificamente focado seu raciocínio nas OSCIP’S:

“Destarte, não me parece razoável exigir de organização particular conveniente, quando da efetivação de seus gastos, mesmo que com recursos públicos repassados, o estrito cumprimento da Lei do Pregão e de seus decretos regulamentares (Decreto nº 3.555/2000 e Decreto nº 5.450/2005). Pelas razões aduzidas, não poderia um ente privado (organização particular), em decorrência de simples celebração de convênio com a Administração Pública, investir-se de poderes incompatíveis com a sua natureza jurídica.

A corroborar o acima exposto, impende trazer à colação, por oportuno, os ensinamentos do professor Marçal Justen Filho¹ sobre o tema, *verbis*:

(...) a aplicação da licitação envolve o desenvolvimento de um dever-poder de natureza autoritativa, privativo da entidade estatal encarregada de realizar a contratação. Tal como se passa com outras competências de idêntica natureza, não se admite que o processo de licitação seja atribuído a um particular. A relevância da licitação, como instrumento de realização de princípios constitucionais fundamentais, elimina a possibilidade de um sujeito privado ser encarregado de sua realização. Seja em virtude dos fins buscados, seja pela necessidade de controle da sociedade civil sobre os atos desenvolvidos, seja pelo desempenho de competências autoritativas, somente o Estado e suas manifestações podem desenvolver a atividade licitatória. Mesmo quando esse processo é praticado por

¹³ *Pregão presencial e eletrônico*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 239.

entidades da Administração Pública, ainda em tal hipótese verifica-se uma manifestação de competência tipicamente estatal.

Em resumo, obriga-se o conveniente integrante da Administração Pública, de qualquer esfera de governo, a sujeitar-se às disposições da Lei nº 10.520/2002, ao passo que, em se tratando de conveniente entidade privada dissociada do ente estatal, exige-se-lhe a simples adoção, na efetivação de despesas com os recursos recebidos em transferência, de procedimentos análogos aos estabelecidos na sobredita lei, em que se preservem os objetivos básicos da licitação, ou seja, a isonomia de todos os interessados e a obtenção da melhor proposta.

Nenhuma solução inovadora da ordem jurídica poderia ser produzida por meio de simples norma regulamentadora (Decreto nº 5.504/2005), eis que a Lei nº 10.520/2002 - assim como a Lei nº 8.666/93 - não fizera qualquer menção à relação jurídica estabelecida entre a organização particular conveniente e o terceiro por ela contratado. A regulamentação estaria, assim, a formular opções de fundo, acerca de questões procedimentais, não consagradas legislativamente.

Prerrogativas de Estado, conferidas ao ente estatal contratante, órgão ou entidade da Administração Pública, entre elas a de modificar unilateralmente o contrato, face à sua posição de supremacia frente àquele que com ele interage (se relaciona juridicamente), jamais poderiam ser estendidas a outros entes por intermédio de simples diploma regulamentar.

Outrossim, a observância de todos os dispositivos da Lei do Pregão por entes privados não integrantes da Administração Pública, com aplicação subsidiária da Lei de Licitações e Contratos, imporia a elevação dos custos operacionais daqueles, que passariam a necessitar de pessoal especificamente qualificado para a condução de licitações.

Em termos práticos, o excesso de exigências iria não apenas burocratizar todo o processo de contratação, mas, sobretudo, encarecer o objeto a ser contratado, fato esse que certamente tenderia a inviabilizar os convênios do gênero. Exigir a realização de licitação para todas as entidades privadas, nos exatos moldes da Lei nº 10.520/2002,

seria, indubitavelmente, engessar a atividade privada com o modelo público, o que, de nenhuma forma, se pode desejar.

Por fim, a reforçar o entendimento ora esposado, ressalto que a Lei nº 9.790/99 não prevê a submissão das Oscips (Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público) à Lei nº 8.666/93. Dispõe o art. 14 da referida Lei, *verbis*:

Art. 14. A organização parceira fará publicar, no prazo máximo de trinta dias, contado da assinatura do Termo de Parceria, *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, *observados os princípios* estabelecidos no inciso I do art. 4º desta Lei. (grifei)

Por sua vez, o art. 4º, inc. I, assim dispõe:

Art. 4º (...) exige-se ainda, para qualificarem-se como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, que as pessoas jurídicas interessadas sejam regidas por *estatutos cujas normas expressamente disponham sobre*:

I - a *observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e da eficiência*; (grifei)

O dispositivo é, portanto, perfeitamente compatível com o objetivo de conferir maior grau de liberdade às entidades privadas que celebram Termo de Parceria com o Poder Público. Não haveria sentido exigir de tais entidades a estrita observância dos dispositivos da Lei nº 8.666/93 (a conclusão é igualmente válida em relação à Lei nº 10.520/2002 e, conseqüentemente, ao Decreto nº 5.450/2005). O próprio legislador ordinário entendera ser suficiente a observância dos princípios gerais da Administração Pública.”¹⁴

¹⁴ Simões, Luíz Felipe Bezerra Almeida. *Entidades privadas não integrantes da administração pública na condição de convenientes e uso obrigatório do pregão*. Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP, Belo Horizonte, n. 54, ano 5 jun. 2006, pag. 7293 a 7296 (os destaques são meus. Explico que a longa transcrição se fez necessária para bem se compreender os fundamentos que levaram às conclusões tiradas pelo autor).

Acessado/atualizado em 29/6/2007 09:04:02
 C:\Documents and Settings\Jair\My Documents\backup_P4\Jair\Academico e Cientifico\Artigos\Juridicos
 Art_Decreto5504_PE_Obrigatoriedade
 Texto em elaboração. Reprodução não autorizada
 Autor: Jair Eduardo Santana
www.jairsantana.com.br
jairsantana@jairsantana.com.br

E também - ainda no sentido falado - a abalizada lição do honrado Professor Airton Rocha Nóbrega, tratando do assunto à luz das Organizações Sociais - OS¹⁵

Porém, como já anunciei, entendo contrariamente às lições do estimados professores. E acho até mesmo que em abono à tese levantada pelos ilustres professores **não** se possa invocar a manifestação da Corte de Contas da União que segue:

“Acórdão 1777/2005 - Plenário (TCU). Relatório de Auditoria. Lei n.º 9.790/99. Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público. Termo de Parceria. Terceiro Setor. Atuação do Tribunal. Limite de remuneração da administração pública. Inaplicabilidade da Lei n.º 8.666/93 às Oscips. Regularidade previdenciária, fiscal e perante o FGTS. Submissão às vedações estipuladas nas Leis de Diretrizes Orçamentárias. Prévia comprovação de capacidade operacional. Hipóteses de perda de qualificação como Oscip. Escolha do parceiro privado. Natureza jurídica do Termo de Parceria. Considerações. Melhorias em procedimentos de auditoria. Organizações Não-Governamentais. Parcerias público-privadas. Considerações. Recomendações. Determinação. Envio de cópia do Relatório, Voto e Acórdão ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, ao Ministério da Justiça, à Comissão de Fiscalização e Controle do Senado Federal e à Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados. Arquivamento.”

É que, pelo que imagino, o caso (aplicação de recursos transferidos pela via do pregão) *precede de exigências legalmente postas por força da orçamentação pública*.

Não fosse a singular particularidade em tela (haver recursos oriundos de *transferências voluntárias* com a possibilidade de exigências a serem feitas pela LDO), aí sim tanto as OS's quanto as OSCIP's (e outros não obrigados originariamente ao regime das licitações) poderiam se furta do domínio do Decreto 5.504/05.

¹⁵ *Organizações Sociais e a adoção obrigatória do pregão*. BLC/NDJ, junho de 2007, p. 537 e ss.

Mesmo reconhecendo as relevantes argumentações em desfavor do Decreto n. 5.504/05 ousou lançar prognóstico¹⁶ em torno de diversas circunstâncias, podendo imaginar que dificilmente a tese da *inaplicabilidade* do Decreto citado venha a prevalecer. Porque tal implicaria - de imediato - no reconhecimento da inconstitucionalidade da LDO vigente e na discussão reflexa de eventual vício da Lei Fiscal, no particular.

Assim, fundamentalmente o Decreto 5.504/05 estende aos seus destinatários a imperatividade do Decreto 5.450/05. Ou seja, aquela norma eleva os seus destinatários ao plano da aplicação irrestrita do regime imposto pelo Decreto 5.450/05 dando tanto à Administração Direta e indireta quanto a outros *centros de poder e também a particulares* (convenientes) as mesmas soluções para a aplicação de recursos próprios ou transferidos, conforme o caso.

E já partindo para a finalização, digo que outro ponto a ser visto com destaque centra-se no fato de o Decreto 5.504/05 *impor compulsoriamente a utilização do pregão eletrônico* como modalidade inarredável. Frise-se, a tal propósito, que a expressão *preferencialmente* inserida naquela norma não se traduz em mera faculdade. A utilização de outra via licitatória (pregão presencial) somente é admissível mediante *justificativa*. É dizer: o mandamento é para realizar *pregão eletrônico*. Não sendo este possível, há de se justificar e partir para o *pregão presencial*.

Aí então a explicação para o uso da expressão *compulsoriedade relativa*. Justamente porque há casos em que a *justificativa* afastará a obrigatoriedade.

¹⁶ Bem sei que a *cátedra* é incompatível com a afirmação feita, mas o risco acadêmico se coloca como necessário e justificado à luz das circunstâncias fáticas envolvidas pelo debate.