

NILZA LIMA DO NASCIMENTO NOGUEIRA

**AS PARCERIAS ENTRE A ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA E AS ENTIDADES PRIVADAS SEM FINS
LUCRATIVOS**

**FACULDADE DE EDUCAÇÃO SÃO LUÍS
NÚCLEO DE APOIO DE SANTA CRUZ
JABOTICABAL-SP
2011**

NILZA LIMA DO NASCIMENTO NOGUEIRA

AS PARCERIAS ENTRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E AS ENTIDADES PRIVADAS SEM FINS LUCRATIVOS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
à Faculdade de Educação São Luís, como
exigência parcial para a conclusão do curso de
Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito
Administrativo.

Orientador: Prof. Emerson Benedito Ferreira

**FACULDADE DE EDUCAÇÃO SÃO LUÍS
NÚCLEO DE APOIO DE SANTA CRUZ
JABOTICABAL-SP
2011**

Dedico:

Ao meu filho Lucas

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por sempre indicar o caminho a ser percorrido.

Aos professores, pela dedicação.

Ao Professor Emerson Benedito Ferreira, pelas orientações;

Aos colegas de curso de pós-graduação pela agradável convivência.

À biblioteca Central da Justiça Federal de Primeiro Grau em São Paulo, sem a qual este trabalho teria sido muito penoso.

A grande dificuldade com que se depara o jurista está precisamente no fato de que a globalização está levando os governantes, principalmente na esfera federal, a buscar modelos no direito estrangeiro, sem levar em conta a diversidade de regimes jurídicos, especialmente no âmbito constitucional. E um dos grandes modelos está sendo precisamente o americano, com significativa alteração de rumos, que provocam dificuldades, desacertos, para não falar em inconstitucionalidades (DI PIETRO, 2002, p. 141).

RESUMO

Este trabalho pretende estudar os contratos de gestão e os termos de parceria firmados entre a Administração Pública e as entidades privadas sem fins lucrativos, analisar o contexto em que surgiram, bem como traçar as características principais de cada um desses ajustes. No capítulo I procuramos conceituar parcerias, apontar os fundamentos constitucionais e apresentar o contexto do seu desenvolvimento, qual seja a Reforma Administrativa, iniciada na década de 1990, do século passado. No Capítulo II estudaremos as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público e os Termos de Parceria, bem como as Organizações Sociais e os Contratos de Gestão, ambos os instrumentos firmados com o Poder Público. Concluiremos mostrando a opinião da doutrina clássica sobre o tema.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. AS PARCERIAS ENTRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E AS ENTIDADE PRIVADAS SEM FINS LUCRATIVOS.....	9
1.1 Parcerias em sentido estrito e em sentido amplo.....	9
1.2 A atividade administrativa de fomento.....	9
1.2.1 Acordos de cooperação mútua.....	12
1.3 A constituição federal de 1988 e a atividade administrativa de fomento.....	12
1.4 A reforma da administração pública	14
2. AS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO E AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS.....	17
2.1 As organizações da sociedade civil de interesse público.....	17
2.2 Os termos de parceria.....	21
2.3 As organizações sociais.....	23
2.2.1. Os contratos de gestão.....	27
3. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	31
4. REFERÊNCIAS.....	35
5. NOTAS.....	38

INTRODUÇÃO

A escolha deste tema justifica-se pela sua atualidade e relevância social. Atualidade porque as parcerias entre a Administração Pública e as entidades privadas sem fins lucrativos foram recentemente disciplinadas, com a edição das Leis n. 9.637/98 (BRASIL, 2010) e 9.790/99 (BRASIL, 2011j), e a sua relevância social decorre do crescimento da atuação destas entidades, integrantes do denominado “Terceiro Setor”.

Uma das parcerias aqui estudadas – as formadas com as Organizações Sociais – OS, foi proposta pelo Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, elaborado pelo Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado – MARE – e aprovado em 21-9-95 pela Câmara da Reforma do Estado, composta pelos ministros da Administração e Reforma do Estado, do Trabalho, da Fazenda e do Planejamento e Orçamento, e pelo ministro chefe do Estado-Maior das Forças Armadas.

Veremos que estas leis visam tornar mais eficiente e flexível a prestação dos serviços sociais e implantar um procedimento no qual sejam estabelecidos metas a serem alcançadas com um controle efetivo dos resultados.

Buscou-se também uma maior participação do cidadão e das entidades privadas nos setores não exclusivos da administração pública; sendo que um dos mais propícios a esta maior participação da sociedade, inclusive com fundamento na própria Constituição Federal, é o dos serviços não exclusivos do Estado, o setor dos serviços sociais, no qual o Estado atua simultaneamente ao lado de organizações privadas ou públicas.

Pois bem. Veremos tudo o que aqui foi dito nas leis que estudaremos, mais veremos também que muitos dos seus dispositivos são inadequados ao nosso

regime jurídico de direito administrativo, o que causa uma série de críticas por parte dos mais renomados juristas. E é desta forma porque esta reforma foi idealizada por administradores que muitas vezes passaram por cima das regras mais elementares de direito administrativo.

Na realização deste trabalho buscamos inicialmente a doutrina de direito administrativo, na forma de manuais e de trabalhos mais específicos; na medida em que o estudo foi avançando foi necessário também proceder à pesquisa legislativa, jurisprudencial e também documental, na forma do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado anteriormente referido.

Iniciaremos tratando das parcerias em sentido estrito e sentido amplo, da Constituição Federal como fundamento maior destas parcerias, incluídas na atividade administrativa de fomento, que é o incentivo do poder público à participação das entidades privadas nas atividades de relevante interesse público; falaremos um pouco da Reforma Administrativa, que teve início no alvorecer da década de 90 do século passado, após o que procuraremos estudar bem de perto estas tais parcerias, para ao final mencionarmos brevemente o posicionamento da doutrina clássica a respeito do assunto.

1. PARCERIAS ENTRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E AS ENTIDADES PRIVADAS SEM FINS LUCRATIVOS

1.1 Parcerias em sentido amplo e em sentido estrito

Parcerias em sentido amplo (DI PIETRO, 2002, p. 33-34) “são todas as formas de sociedade que, sem formar uma nova pessoa jurídica, são organizadas entre os setores público e privado, para a consecução de fins de interesse público”.

Analisaremos as parcerias em sentido estrito, formadas entre o poder público e as entidades privadas sem fins lucrativos que atuam essencialmente na área social, pois o foco desta pesquisa são as parcerias como meio de fomento à iniciativa privada de interesse público, consubstanciada nos contratos de gestão e termos de parceria firmados com as *organizações sociais (OS)* e com *organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIPS)*.

O fomento à iniciativa privada de interesse público existe a bastante tempo no Brasil e não se resume, como veremos, à celebração de *acordos de cooperação mútua* (dentre os quais destacaremos os contratos de gestão e os termos de parceria) pois dá-se de diversas formas: *outorga de títulos, repasse de verbas* (sob a forma de subvenção, auxílio e contribuição) e *benefícios fiscais* (imunidade de impostos dentre outros benefícios).

1.2 A atividade administrativa de fomento

As entidades assistenciais, sem finalidade lucrativa passaram a ser reconhecidas como de utilidade pública, a partir da edição da Lei n. 91, de 28.08.1935 (BRASIL, 2011e), regulamentada pelo Decreto n. 50.517, de 2 de maio de 1961 (BRASIL, 2011f); entretanto o único favor que estas entidades recebiam ao serem agraciadas com este título era o direito de usar flâmulas, bandeiras ou

distintivos próprios fazendo menção a este título Lei n. 91/35, (art. 4º - BRASIL, 2011e), pois somente com a edição da Constituição de 1946 passaram a gozar de imunidade de impostos, como veremos mais adiante neste mesmo tópico.

De acordo com estes dispositivos (Lei n. 91/1935, art. 1º e Decreto n. 50.517/1961, arts. 1º e 2º) as sociedades, associações e fundações, constituídas no país, desde que sirvam desinteressadamente à coletividade, poderão ser declaradas de utilidade pública, a pedido ou *ex-officio*, mediante decreto do Presidente da República.

O pedido de declaração de utilidade pública deverá demonstrar que a entidade preenche os seguintes requisitos:

- a) que se constituiu no país;
- b) que tem personalidade jurídica;
- c) que esteve em efetivo e contínuo funcionamento, nos três anos imediatamente anteriores, com a exata observância dos estatutos;
- d) que não são remunerados, por qualquer forma, os cargos de diretoria e que não distribui lucros, bonificações ou vantagens a dirigentes, mantenedores ou associados, sob nenhuma forma ou pretexto;
- e) que, comprovadamente, mediante a apresentação de relatórios circunstanciados dos três anos de exercício anteriores à formulação do pedido, promova a educação ou exerça atividades de pesquisas científicas, de cultura, inclusive artísticas, ou filantrópicas, estas de caráter geral ou indiscriminado, predominantemente;
- f) que seus diretores tenham idoneidade moral comprovada;
- g) que se obriga a publicar, anualmente, a demonstração da receita e despesa realizadas no período anterior e, se contemplada com subvenção por parte da União, a publicação das demonstrações financeiras deverá ser feita no mesmo período do recebimento do benefício;
- h) salvo por motivo de força maior devidamente comprovada, a critério da autoridade competente, ficam obrigadas a apresentar, até o dia 30 de abril de cada ano, ao Ministério da Justiça, relatório circunstanciado dos serviços que houverem prestado à coletividade no ano anterior, devidamente acompanhado do demonstrativo da receita e da despesa realizada no período ainda que não tenham sido subvencionadas.

O título de declaração de utilidade pública da entidade será cassado caso (Decreto n. 50.517/1961, art. 6º - BRASIL, 2011f):

- ✓ a) deixe de apresentar, durante três anos consecutivos, o relatório a que se refere o artigo precedente;
- ✓ b) se negue a prestar serviço compreendido em seus fins estatutários;
- ✓ c) retribuir por qualquer forma, os membros de sua diretoria, ou conceder lucros, bonificações ou vantagens a dirigentes, mantenedores ou associados.

Já o repasse de verbas da União para a entidade pública ou privada far-se-á mediante subvenção, auxílio ou contribuição, na forma disciplinada pela Lei n. 4.320/64 (BRASIL, 2011g) e Decreto n. 93.872/86 (BRASIL, 2011h).

As subvenções sociais têm por finalidade cobrir despesas de custeio destas entidades e são concedidas independentemente de legislação especial; o auxílio deriva diretamente da Lei de Orçamento, já a contribuição será concedida em virtude de lei especial(Decreto n. 93.872/86, artigos 59, 60 e 63) (BRASIL, 2011h).

As entidades sem fins lucrativos gozam da imunidade de impostos desde a Constituição de 1946 (art. 31, V, *b* – BRASIL, 2011a) que vedou à União, aos Estados, aos Municípios e ao Distrito Federal de cobrar impostos das instituições de educação e de assistência social, desde que as suas rendas fossem aplicadas integralmente no País e para a consecução de suas finalidades; este benefício existe até hoje ⁱ

1.2.1 Acordos de cooperação mútua

O Decreto n. 93.872, de 23.12.86 (BRASIL, 2011h), estabelecia que os serviços de interesse recíproco dos órgãos e entidades da administração federal e de outras entidades públicas ou organizações particulares, poderão ser executados sob regime de mútua cooperação, mediante convênio, acordo ou ajuste (art. 48, revogado pelo Decreto n. 6170, de 25.07.2007 (BRASIL, 2011i); o seu parágrafo primeiro esclarecia que quando os participantes tenham interesses diversos e opostos, isto é, quando se desejar, de um lado, o objeto do acordo ou ajuste, e de

outro lado à contraprestação correspondente, ou seja, o preço, o acordo ou ajuste constitui contrato.

Tais disposições, como dito, foram revogadas, entretanto, nada mais são do que conceitos desenvolvidos desde longa data pela doutrina. Vejamos o que diz a respeito, o sempre brilhante Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 663-664):

O contrato, como instituto da Teoria Geral do Direito, compreende duas modalidades básicas: a dos contratos em que as partes se compõem para atender a interesses contrapostos e que são satisfeitos pela ação recíproca delas e os contratos em que, inversamente, as partes se compõem pela comunidade de interesses, pela finalidade comum que as impulsiona.

Tenhamos em mente, portanto, estes conceitos e desde já inferimos que os ajustes firmados pelo Poder Público com as OSCIPs - os termos de parceria e com as OS - os contratos de gestão, integram esta segunda modalidade de contrato, pois as partes têm interesses em comum. Mas antes de adentrarmos na análise destas entidades e dos pactos que firmam com a Administração Pública é necessário traçarmos um breve panorama dos fundamentos constitucionais das parcerias aqui estudadas, bem como do incremento que tiveram no contexto da subsequente Reforma Administrativa.

1.3 A constituição federal de 1988 e a atividade administrativa de fomento

A nossa Constituição Federal dá especial importância à justiça social, já no Título I – Dos Princípios Fundamentais – o artigo 3º proclama como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (BRASIL, 2011d):

- a) a construção de uma sociedade livre, justa e solidária;
- b) a garantia do desenvolvimento nacional;
- c) a erradicação da pobreza e da marginalização;
- d) a redução das desigualdades sociais e regionais;
- e) a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Dedica um Título inteiro, o VIII, à Ordem Social, integrada, dentre outros setores, pelos serviços dedicados à saúde, à assistência social, à educação, ao meio ambiente, à família, à criança, ao adolescente e ao idoso.

A preocupação com o bem estar social não se resume a estes tópicos, tendo em vista que no Título VI - Da Ordem Econômica e Financeira – estabelece que a atividade econômica funda-se na valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, com o fim de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados, dentre outros princípios, o da redução das desigualdades regionais e sociais (artigo 170).

Portanto, os fundamentos das parcerias entre o setor público e o privado estão na Carta Magna (BRASIL, 2011d), no título dedicado à ordem social, lá está disposto que as ações e serviços de saúde são de relevância pública, que é atribuição do Poder Público dispor, por meio de lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado, contando também com a participação da comunidade (artigo 197).

Dentre as instituições privadas que pretendam participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, terão preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos referidas no tópico anterior (artigo 199 - BRASIL, 2011d).

Mas a participação complementar destas entidades não se limita aos serviços de saúde, pois a Constituição prevê também para os demais setores sociais a ação conjunta entre o Estado e a iniciativa privada, com destaque para as entidades sem fins lucrativos (artigo 204 – BRASIL, 2011d).

A Carta Magna chega a detalhar esta ação conjunta entre o Estado e tais entidades, como por exemplo, ao tratar dos serviços educacionais, prevê o repasse de recursos públicos às escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei, que comprovem sua finalidade não-lucrativa e a aplicação de seus excedentes financeiros em educação, bem como assegurem a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional, ou ao Poder Público, no caso de encerramento de suas atividades (artigo 205 – BRASIL, 2011d).

Da análise destes dispositivos constitucionais extraímos como dito anteriormente, o fundamento maior das parcerias que nos propusemos estudar, bem como o meio pela qual se concretizam, que é o incentivo dado pelo Poder Público à iniciativa privada para que participem destas ações de relevante interesse social.

Ao lado das formas tradicionais de entidades de utilidade pública, a Reforma Administrativa, iniciada no início da década de 1990 do século XX, concebeu outro instrumento jurídico para o fomento de atividade de interesse social, consistente nas OS que serão analisadas adiante juntamente com as OSCIPS. Mas antes é importante falarmos um pouco sobre a *Reforma Administrativa*, para que possamos contextualizar o surgimento das entidades objeto de nosso estudo.

1.4. A Reforma Administrativa

Vimos que a nossa Constituição Federal é uma Carta Social, entretanto, o programa nela proposto atribui ao Estado tarefas de tamanha envergadura que ele não tem condições de abraçar. Portanto, quase imediatamente após a promulgação da Constituição em 1988 (BRASIL, 2011d), inicia-se um movimento tendente à reforma do Estado, que, como é de conhecimento de todos, além de ter atribuições e gastos em demasia, é burocrático e ineficiente. E no contexto de uma situação de crise, principalmente financeira, com verbas insuficientes para os serviços essenciais: saúde, educação, previdência social, moradia, transporte, segurança, tornou-se imperioso então encontrar soluções, institutos novos, medidas inovadoras, que possibilitem ao Estado prestar serviços com eficiência e de forma menos custosa; neste quadro entram em voga os *vocábulos desestatização, publicização e privatização*.

Encontramos o termo *desestatização* já no alvorecer do Governo Collor, em 13.04.1990, data em que é publicada a Lei n. 8.031/90 (BRASIL, 2011j) que instituiu o Programa Nacional de Desestatização, com os seguintes objetivos fundamentais (artigo 1º) :

- ✓ a) reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público;
- ✓ b) contribuir para a redução da dívida pública, concorrendo para o saneamento das finanças do setor público;
- ✓ c) permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada;

✓ d) contribuir para modernização do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia;

✓ e) permitir que a administração pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais;

✓ f) contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrem o Programa.

Quanto ao termo *publicização*, o encontramos num documento aprovado em 21.09.1995, no Governo Fernando Henrique, - denominado Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, que teve como um dos seus mentores Luiz Carlos Bresser Pereira. Saliente-se que este documento é de fundamental importância para compreendermos este período de reformas e é nele que encontramos uma definição do que venha a ser *publicização* (PEREIRA, p. 12 -13), entendida por seus mentores como a:

Descentralização para o setor público não-estatal da execução de serviços que não envolvem o exercício do poder de Estado, mas devem ser subsidiados pelo Estado, como é o caso dos serviços de educação, saúde, cultura e pesquisa científica.

Entretanto, ousamos propor o nosso conceito de *publicização* como o processo de transferência da execução dos serviços públicos sociais não exclusivos do Estado, para as entidades privadas, notadamente as sem fins lucrativos, mediante o fomento das atividades destas últimasⁱⁱ.

Por fim, quanto ao termo *privatização*, pelo menos desde aquela época, é bastante familiar para todos nós, adotemos, para fins de nosso estudo, o conceito dado por Di Pietro (2002, p. 40):

(...)considerado em seu sentido amplo, para designar todos os instrumentos que o Estado se serve para reduzir o tamanho de seu aparelhamento administrativo; daí a quebra de monopólios, para tornar competitivas atividades que vinham sendo exercidas com exclusividade pelo poder público; daí a delegação de serviços públicos ao particular, pelos institutos da autorização, permissão e concessão de serviços públicos; daí também a parceria com entidades públicas ou privadas para a gestão associada de serviços públicos ou serviços de utilidade pública, por meio de convênios, consórcios e contratos de gestão; daí também a intensificação do instituto

da terceirização para buscar a colaboração de entidades privadas no desempenho de atividades-meio da Administração.

Do que foi exposto até o momento, já podemos inferir que as parcerias entre a Administração Pública e as entidades sem fins lucrativos fazem parte de um longo processo ainda em franca evolução e, a partir daqui, veremos que tais entidades passarão de meras coadjuvantes a protagonistas neste cenário.

2. ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO E ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

2.1. Organizações da sociedade civil de interesse público – OSCIP (Lei 9.790, de 23.3.1999).

As pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, podem qualificar-se como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIP, desde que os seus objetivos sociais e normas estatutárias atendam aos requisitos instituídos pela Lei 9.790/99 - artigo 1º, *caput*. (BRASIL, 2011).

Para os efeitos da Lei 9.790/99, considera-se sem fins lucrativos a pessoa jurídica de direito privado que não distribui, entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados ou doadores, eventuais excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplica integralmente na consecução do respectivo objeto social (§ 1º, art. 1º).

Não são passíveis de qualificação como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público as sociedades comerciais, os sindicatos, as associações de classe ou de representação de categoria profissional, as instituições religiosas ou voltadas para a disseminação de credos, cultos, práticas e visões devocionais e confessionais, as organizações partidárias e assemelhadas, inclusive suas fundações, as entidades de benefício mútuo destinadas a proporcionar bens ou serviços a um círculo restrito de associados ou sócios, as entidades e empresas que comercializam planos de saúde e assemelhados, as instituições hospitalares privadas não gratuitas e suas mantenedoras, as escolas privadas dedicadas ao ensino formal não gratuito e suas mantenedoras, as organizações sociais, as cooperativas, as fundações públicas, as fundações, sociedades civis ou

associações de direito privado criadas por órgão público ou por fundações públicas, as organizações creditícias que tenham quaisquer tipo de vinculação com o sistema financeiro nacional (art. 2º - BRASIL, 2011I).

Portanto, as associações, as sociedades civis sem fins lucrativos e as fundações, instituídas sob o regime de direito privado, desde que não sejam criadas por órgãos públicos ou fundações públicas, podem qualificar-se como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (ROCHA, 2003, p.62).

A qualificação instituída pela Lei 9.790/99 (BRASIL 2011I), deverá observar o princípio da universalização dos serviços, no respectivo âmbito de atuação das Organizações e somente será conferida às pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujos objetivos sociais tenham pelo menos uma das seguintes finalidades: promoção da assistência social, - promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico, promoção gratuita da educação, promoção gratuita da saúde, promoção da segurança alimentar e nutricional, defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável, promoção do voluntariado, promoção do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza, experimentação, não lucrativa, de novos modelos sócio-produtivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito, promoção de direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar, promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais, estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos que digam respeito às atividades mencionadas (art. 3º - BRASIL, 2011I).

Exige-se das pessoas jurídicas que pretendam qualificar-se como OSCIPS, que sejam regidas por estatutos cujas normas expressamente disponham sobre a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e da eficiência; bem como que adotem práticas de gestão administrativa, necessárias e suficientes a coibir a obtenção, de forma individual ou coletiva, de benefícios ou vantagens pessoais, em decorrência da participação no respectivo processo decisório (artigo 4º - BRASIL, 2011I).

O Decreto Regulamentador da Lei n. 9.790/99, D. 3.100, de 30.6.1999 (BRASIL, 2011I), definiu como benefícios e vantagens pessoais tanto àqueles obtidos pelos dirigentes da entidade como os obtidos por seus cônjuges, companheiros, parentes, colaterais ou afins, até o terceiro grau, bem como aqueles obtidos pelas pessoas jurídicas das quais as pessoas mencionadas anteriormente sejam controladoras ou detenham mais de 10% das participações societárias (artigo 7º).

Estes dispositivos pretendem evitar violações ao princípio da moralidade e desvio das finalidades da entidade, impedindo que os recursos da entidade sejam usados no proveito próprio dos dirigentes, e não na consecução dos seus objetivos sociais (ROCHA, 2003, p. 64).

O estatuto deverá prever a formação de um conselho fiscal ou órgão equivalente, dotado de competência para opinar sobre os relatórios de desempenho financeiro e contábil, e sobre as operações patrimoniais realizadas, emitindo pareceres para os organismos superiores da entidade (Lei n. 9.790/99, artigo 4º, inciso III – BRASIL, 2011I).

Deverá haver previsão, no estatuto, de que, em caso de dissolução da entidade, o respectivo patrimônio líquido será transferido a outra pessoa jurídica qualificada como OSCIP, preferencialmente que tenha o mesmo objeto social da extinta. Em caso de perda da qualificação, o acervo patrimonial disponível, adquirido com recursos públicos durante o período em que perdurou a qualificação, será transferido a outra pessoa jurídica qualificada nos termos da Lei 9.790/99, preferencialmente que tenha o mesmo objeto social (Lei n. 9.790/99, artigo 4º, incisos IV e V – BRASIL, 2011I).

O estatuto poderá prever também a possibilidade de instituição de remuneração para os dirigentes da entidade que atuem efetivamente na gestão executiva e para aqueles que a ela prestem serviços específicos, respeitados, em ambos os casos, os valores praticados pelo mercado, na região correspondente a sua área de atuação (Lei n. 9.790/99, artigo 4º, inciso VI – BRASIL, 2011I).

Tal previsão também deverá constar do Termo de Parceria porventura firmado com o Poder Público, além da remuneração dos empregados (Lei n. 9.790/99, artigo 10, §2º, IV – BRASIL, 2011I). Observa Ferreira da Rocha que:

Se a OSCIP optar por remunerar seus dirigentes ela não mais poderá ostentar o título de utilidade pública, em face da vedação da Lei 91/1935, acarretando, com isso, a impossibilidade legal de que a entidade receba subvenções, auxílios e até isenções fiscais. (2003, p. 66).

Não podem faltar também no estatuto as normas de prestação de contas a serem observadas pela entidade, que determinarão, no mínimo: a) a observância dos princípios fundamentais de contabilidade e das Normas Brasileiras de Contabilidade; b) que se dê publicidade por qualquer meio eficaz, no encerramento do exercício fiscal, ao relatório de atividades e das demonstrações financeiras da entidade, incluindo-se as certidões negativas de débitos junto ao INSS e ao FGTS, colocando-os à disposição para exame de qualquer cidadão; c) a realização de auditoria, inclusive por auditores externos independentes, se for o caso, da aplicação dos eventuais recursos objeto do termo de parceria (Lei n. 9.790/99, artigo 4º, inciso VII – BRASIL, 2011).

O pedido de qualificação como OSCIP deverá ser formulado por escrito ao Ministério da Justiça, instruído com cópias autenticadas dos seguintes documentos: estatuto registrado em cartório; ata de eleição de sua atual diretoria; balanço patrimonial e demonstração do resultado do exercício; declaração de isenção do imposto de renda; inscrição no Cadastro Geral de Contribuintes (Lei n. 9.790/99, artigo 5º) – (BRASIL, 2011).

O Ministério da Justiça tem o prazo de trinta dias para apreciar o pedido que, caso seja deferido, será emitido, no prazo de quinze dias da decisão, certificado de qualificação da requerente como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público. Indeferido o pedido, o Ministério da Justiça, também no prazo de 15 dias, dará ciência da decisão à entidade, mediante publicação no Diário Oficial (Lei n. 9.790/99, artigo 6º). (BRASIL, 2011).

O pedido de qualificação somente será indeferido caso: a requerente não enquadre-se nas hipóteses e não atenda aos requisitos previstos na Lei e a documentação apresentada esteja incompleta; portanto, o ato de outorga da qualificação como OSCIP é vinculado ao cumprimento dos requisitos estabelecidos em lei (Lei n. 9.790/99, artigo 6º, §3º). (BRASIL, 2011).

Perde-se a qualificação de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público a pedido ou mediante decisão proferida em processo administrativo ou

judicial, de iniciativa popular ou do Ministério Público, no qual serão assegurados, ampla defesa e contraditório (Lei n. 9.790/99, artigo 7º). (BRASIL, 2011I).

Vedado o anonimato, e desde que amparado por fundadas evidências de erro ou fraude, qualquer cidadão, respeitadas as prerrogativas do Ministério Público, é parte legítima para requerer, judicial ou administrativamente, a perda da qualificação instituída pela Lei (Lei n. 9.790/99, artigo 8º - BRASIL, 2011I).

Ferreira da Rocha entende que caso o Ministério da Justiça desqualifique a entidade, cabe recurso ao Presidente da República (2003, p. 73) - (BRASIL, 2011I).

2.2 Do termo de parceria

O Termo de Parceria é o instrumento passível de ser firmado entre o Poder Público e as entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes, para o fomento e a execução das atividades de interesse público previstas na Lei 9.790/99 (artigo 9º - BRASIL, 2011I)

O Termo de Parceria firmado de comum acordo entre o Poder Público e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público discriminará direitos, responsabilidades e obrigações das partes signatárias (artigo 10 - BRASIL, 2011I).

A celebração do Termo de Parceria será precedida de consulta aos Conselhos de Políticas Públicas das áreas correspondentes de atuação existentes, nos respectivos níveis de governo (artigo 10, §1º - BRASIL, 2011I).

São cláusulas essenciais do Termo de Parceria: a do objeto, que conterá a especificação do programa de trabalho proposto pela OSCIP; a de estipulação das metas e dos resultados a serem atingidos e os respectivos prazos de execução ou cronograma; a de previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de resultado; a de previsão de receitas e despesas a serem realizadas em seu cumprimento, estipulando item por item as categorias contábeis usadas pela organização e o detalhamento das remunerações e benefícios de pessoal a serem pagos com recursos oriundos ou vinculados ao Termo de Parceria, a seus diretores, empregados e consultores; a que estabelece as obrigações da Sociedade Civil de Interesse Público, entre as quais a

de apresentar ao Poder Público, ao término de cada exercício, relatório sobre a execução do objeto do Termo de Parceria, contendo comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados, acompanhado de prestação de contas dos gastos e receitas efetivamente realizados, a de publicação, na imprensa oficial do Município, do Estado ou da União, conforme o alcance das atividades celebradas entre o órgão parceiro e a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, de extrato do Termo de Parceria e de demonstrativo da sua execução física e financeira, conforme modelo simplificado estabelecido no regulamento da Lei, contendo os dados principais da documentação obrigatória exigida, sob pena de não liberação dos recursos previstos no Termo de Parceria (artigo 10, § 2º - BRASIL, 2011)

A execução do objeto do Termo de Parceria será acompanhada e fiscalizada por órgão do Poder Público da área de atuação correspondente à atividade fomentada, e pelos Conselhos de Políticas Públicas das áreas correspondentes de atuação existentes, em cada nível de governo (artigo 11 - BRASIL, 2011)

Os resultados atingidos com a execução do Termo de Parceria devem ser analisados por comissão de avaliação, composta de comum acordo entre o órgão parceiro e a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público. A comissão encaminhará à autoridade competente relatório conclusivo sobre a avaliação procedida (artigo 10, §§1º e 2º - BRASIL, 2011).

Os responsáveis pela fiscalização do Termo de Parceria, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou bens de origem pública pela organização parceira, darão imediata ciência ao Tribunal de Contas respectivo e ao Ministério Público, sob pena de responsabilidade solidária (artigo 12 - (BRASIL, 2011).

Caso haja fundados indícios de malversação de bens ou recursos de origem pública, os responsáveis pela fiscalização também representarão ao Ministério Público, à Advocacia-Geral da União, para que requeiram ao juízo competente a decretação da indisponibilidade dos bens da entidade e o seqüestro dos bens dos seus dirigentes, bem como de agente público ou terceiro, que possam ter enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público (artigo 13 - BRASIL, 2011).

Quando for o caso, o pedido incluirá a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações mantidas pelo demandado no País e no exterior (artigo 13, §2º - BRASIL, 2011l).

Até o término da ação, o Poder Público permanecerá como depositário e gestor dos bens e valores seqüestrados ou indisponíveis e velará pela continuidade das atividades sociais da organização parceira (artigo 13, §3º - BRASIL, 2011j).

2.3.As organizações sociais (Lei n. 9.637/98)

De acordo com o artigo 1º da Lei n. 9.637/98 (BRASIL, 2010) poderão qualificar-se 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.

O artigo 2º (BRASIL, 2010) elenca os requisitos específicos exigidos das pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, que pretendam obter a qualificação como OS.A entidade deverá comprovar o registro de seu ato constitutivo, o qual deverá dispor sobre a natureza social de seus objetivos e a sua finalidade não-lucrativa. Ou seja, a pessoa jurídica que pretenda qualificar-se como OS deve dedicar-se a atividades de cunho social e seus componentes não devem visar à obtenção de lucro para eles mesmos como pessoas físicas, devem buscar o bem comum.A OS é obrigada a investir seus excedentes financeiros no desenvolvimento de suas próprias atividades.

Esclarece Ferreira da Rocha que (2003, p.97):

Tem finalidade não-lucrativa a pessoa jurídica cujos sócios ou associados não recebem, sob pretexto algum, lucros distribuídos pela pessoa jurídica. Este requisito não impede que a candidata a tornar-se uma organização social obtenha lucro com sua atividades, mas exige que o lucro que venha a ser eventualmente auferido não seja distribuído a seus sócios ou associados, e sim reinvestido pela própria pessoa jurídica no desenvolvimento de seus objetivos sociais.

Exige-se também a previsão expressa de a entidade ter como órgãos de deliberação superior e de direção, um conselho de administração e uma diretoria (Lei n.. 9.637/98, art. 2º, I, c). (BRASIL, 2010)

O Conselho de Administração deve ser composto por representantes do Poder Público e da sociedade civil, estas pessoas devem ter notória capacidade profissional e idoneidade moral (Lei n.. 9.637/98, art. 2º, I, *d*). (BRASIL, 2010).

A participação destas pessoas deve estar repartida da seguinte maneira (Lei n.. 9.637/98, art. 3º, I):

- a) 20 a 40% (vinte a quarenta por cento) de membros natos representantes do Poder Público,
- b) 20 a 30% (vinte a trinta por cento) de membros natos representantes de entidades da sociedade civil,
- c) até 10% (dez por cento), no caso de associação civil, de membros eleitos dentre os membros ou os associados;
- d) 10 a 30% (dez a trinta por cento) de membros eleitos pelos demais integrantes do conselho, dentre pessoas de notória capacidade profissional e reconhecida idoneidade moral;
- e) até 10% (dez por cento) de membros indicados ou eleitos na forma estabelecida pelo estatuto. (BRASIL, 2011).

Os membros eleitos ou indicados para compor o Conselho devem ter mandato de quatro anos, admitida uma recondução (Lei n.. 9.637/98, art. 3º, II). Os representantes do Poder Público e os representantes de entidades da sociedade civil devem corresponder a mais de 50% (cinquenta por cento) do Conselho (Lei n.. 9.637/98, art. 3º, III). Os conselheiros não devem receber remuneração pelos serviços que, nesta condição, prestarem à organização social, ressalvada a ajuda de custo por reunião da qual participem. Ao Conselho de Administração cabe exercer privativamente atribuições consistentes no poder de dirigir a entidade (Lei n.. 9.637/98, art. 3º,VII e art. 4º).(BRASIL, 2010)

Anota Ferreira da Rocha (2003, p. 99-100) que:

a lei nada estabelece quanto ao momento em que a alteração dos estatutos, com a implantação do Conselho de Administração, passa a vigorar. Parece-nos que não há inconveniente em subordinar a produção de efeitos decorrentes da entrada em vigor da atuação do Conselho de Administração ao recebimento do título de organização social, porque antes da outorga de tal qualificação não teria sentido uma pessoa jurídica de natureza privada ter nos quadros do Conselho de Administração representantes do Poder Público.

O último requisito exigido é a aprovação, quanto à *conveniência e oportunidade* de qualificação da pessoa jurídica como organização social, do Ministro ou titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade

correspondente ao seu objeto social e do Ministro de Estado da Administração Federal e Reforma do Estado (artigo 2º,II). (BRASIL, 2010).

Este requisito, que caracteriza o ato de aprovação da qualificação de uma entidade como OS um ato administrativo discricionário, tendo em vista que a Administração, ao praticá-lo, dispõe de certa margem de liberdade para decidir, causa perplexidade na doutrina, pois entre duas entidades em igualdade de condições, o Administrador pode conceder qualificação à uma e à outra não, situação que não tem lógica, como bem ressalta Ferreira da Rocha (2003,p. 117).

O Autor destaca também o entendimento da saudosa professora Lúcia Valle Figueiredo sobre esta questão (FIGUEIREDO *apud* FERREIRA DA ROCHA, 2003, p. 103):

Nesse passo, deu-se autêntico “cheque em branco”, na linguagem do emérito Caio Tácito, ao Executivo, por meio de seus Ministros, irrompendo-se contra a isonomia, facilitando-se toda a espécie de corrupção e protecionismo administrativo, infelizmente tão comuns em países sem tradições sólidas, como o nosso. Voltou-se, sem dúvida, ao tempo em que a vontade do Executivo prevalecia sempre.

Ora, haver “conveniência e oportunidade de sua qualificação” é atribuição de competência sem qualquer espécie de parâmetro, de standard, ou de limite. Isso seria absolutamente insuportável no Direito Americano, que serviu de figurino para o legislador brasileiro. Essa situação traduz a antítese do devido processo legal no sentido substantivo.

Em outro falar, é falta de discriminação compatível na própria lei. É o desrespeito ao princípio da igualdade na lei, do devido processo legal substantivo, que foi e é tão importante para o controle das agências no Direito Americano”

Prossegue Ferreira da Rocha:

a imunidade pura e simples dos atos discricionários ao controle jurisdicional não é mais aceita como solução” , motivo pelo qual a doutrina desenvolveu técnicas de controle do exercício do poder discricionário, assunto, que infelizmente, não será possível abordarmos no curso deste trabalho. (2003, p.105).

Por seu turno, a jurisprudência, aos poucos, começa a examinar mais de perto os requisitos de conveniência e de oportunidade dos atos da Administração Públicaⁱⁱⁱ.

Às organizações sociais poderão ser destinados bens públicos e recursos orçamentários com dispensa de licitação (Lei n. 9.637/98, art. 12 - BRASIL, 2010)À OS poderá ser cedido também servidor, com ônus para o órgão de origem, sem incorporação aos vencimentos ou à remuneração de origem do servidor cedido,

qualquer vantagem pecuniária que vier a ser paga pela organização social (Lei n. 9.637/98, art. 14, *caput* e § 1º) (BRASIL, 2010)..

Não será permitido o pagamento de vantagem pecuniária permanente por organização social a servidor cedido com recursos provenientes do contrato de gestão, ressalvada a hipótese de adicional relativo ao exercício de função temporária de direção e assessoria (Lei n. 9.637/98, art. 14, § 2º) (BRASIL, 2010).

O servidor cedido perceberá as vantagens do cargo a que fizer juz no órgão de origem, quando ocupante de cargo de primeiro ou de segundo escalão na organização social (Lei n. 9.637/98, art. 14, § 3º) (BRASIL, 2010).

Tais privilégios também causam perplexidade na melhor doutrina conforme veremos mais adiante.

O recebimento do título de organização social permite e possibilita a celebração do contrato de gestão com a Administração. A celebração do contrato de gestão é, sem dúvida, a razão de existir da organização social, é por meio dele, que o Estado entrega à organização social os recursos orçamentários, bens públicos e servidores para que a organização social possa cumprir os seus objetivos sociais e é desta forma que o Estado incentiva a denominada iniciativa privada de interesse público (ROCHA, 2003, p. 120).

2.4 Contrato de gestão

Deve constar, no mínimo, do contrato de gestão celebrado entre a Administração e a O.S: a) especificação do programa de trabalho proposto pela organização social, a estipulação de metas a serem atingidas e os respectivos prazos de execução. Ou seja, é necessário elaborar um plano de ação com detalhamento dos serviços a serem prestados, dos objetivos e do prazo de duração do contrato, com vistas à facilitar o controle pelo Estado do exato cumprimento das metas propostas conforme prevê o artigo. 37, *caput* e inc. XXI, da C.F (BRASIL, 2011d). e art. 7º da Lei n. 9.637/98 (BRASIL, 2010).

Ferreira da Rocha alerta (2003, p. 123) que no contrato de gestão deverá ser especificado se a atuação da organização social será genérica e gratuita ou, ao

contrário, seletiva e onerosa, já que a lei nada dispõe a respeito. Assim, é passível de discussão se as organizações sociais devem prestar os serviços a todos e gratuitamente.

O contrato de gestão deverá também especificar o método que será utilizado para avaliar se os serviços prestados cumpriram satisfatoriamente os objetivos propostos, de acordo com o artigo 7º, I da Lei 9.637/98 (BRASIL, 2010).

Por fim deve trazer informações sobre os recursos orçamentários, os bens públicos que serão destinados, bem como os servidores que serão cedidos para o cumprimento do programa de trabalho proposto (Lei n. 9.637/98, art. 12, *caput* e parágrafos) – (BRASIL, 2010).

Além das cláusulas acima mencionadas, a lei exige a presença de outras como as que: a) estipulem limites para despesa com remuneração e vantagens e estabeleçam critérios para concedê-las aos dirigentes e empregados das organizações sociais (art. 7º ,II), b)estabeleçam mecanismos de controle e fiscalização, como a apresentação de relatório pormenorizado das atividades executadas ao término de cada exercício.

A execução do contrato de gestão foi disciplinada pela Lei 9.637/98 (BRASIL, 2010), no artigo 8º , que estabelece a fiscalização por órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade fomentada.

A entidade qualificada apresentará ao órgão ou entidade do Poder Público supervisor signatário do contrato, ao término de cada exercício ou a qualquer momento, conforme recomende o interesse público, relatório pertinente à execução do contrato, contendo comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados, acompanhado da prestação de contas correspondente ao exercício financeiro, conforme artigo 8º, §1º da Lei n. 9.637/98. (BRASIL, 2010).

Os resultados atingidos com a execução do contrato de gestão devem ser analisados, periodicamente, por comissão de avaliação, indicada pela autoridade supervisora da área correspondente, composta por especialistas de notória capacidade e adequada qualificação.A comissão deve encaminhar à autoridade supervisora relatório conclusivo sobre a avaliação feita, como previsto no art. 8º, §2º da Lei estudada (BRASIL, 2010).

A fiscalização do contrato de gestão pelo Poder Público, está disciplinada nos artigos. 9º e 10 da Lei 9.637/98.

Os responsáveis pela fiscalização da execução do contrato de gestão, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou bens de origem pública por organização social, deverão dar ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária, com fulcro no artigo 9º da Lei n. 9.637/98. (BRASIL, 2010).

O artigo 10 da Lei em comento nos contempla que, caso haja fundados indícios de malversação de bens ou recursos de origem pública, os responsáveis pela fiscalização representarão ao Ministério Público, à Advocacia-Geral da União ou à Procuradoria da entidade para que requeira ao juízo competente a decretação da indisponibilidade dos bens da entidade e o seqüestro dos bens dos seus dirigentes, bem como de agente público ou terceiro, que possam ter enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público (BRASIL, 2010).

O Tribunal de Contas da União firmou o entendimento (decisão n. 592/98, Rel. Min. Benjamim Zymle) no sentido de que as contas anuais das O.S. são julgadas por ele, em cumprimento ao parágrafo único do artigo 70, da Constituição Federal abaixo transcrito (ROCHA, 2003, 131):

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

Ferreira da Rocha entende (2003, p. 131-132) que o cidadão pode utilizar-se da ação popular, prevista na Constituição Federal, artigo 5º. inciso LXXIII, para invalidar atos causadores de lesão ao patrimônio público decorrentes de contrato administrativo firmado com O.S. em razão da amplitude assegurada por este remédio constitucional.

O cumprimento das obrigações contratuais com as O.S. por parte da Administração, consiste no desembolso de recursos financeiros, outorga de bens, mediante permissão de uso, cessão de funcionários que concordem com isso, com base nos artigos 12 a 14 da Lei n. 9.637/98, sendo que o descumprimento das disposições contidas no contrato de gestão pela OS, terá como consequência

desqualificação da entidade como organização social como prevê o artigo. 16 *caput*, da mesma Lei. (BRASIL, 2010)

Ferreira da Rocha (2003, p. 148) salienta que “não é o descumprimento de qualquer cláusula que autoriza a desqualificação da entidade como organização social, mas o inadimplemento culposo ou doloso que tenha acarretado a resolução do contrato de gestão.”

A desqualificação será precedida de processo administrativo, assegurado o direito de ampla defesa, respondendo os dirigentes da organização social, individual e solidariamente, pelos danos ou prejuízos decorrentes de sua ação ou omissão. Acarretará a reversão dos bens permitidos e dos valores entregues à OS sem prejuízo de outras sanções cabíveis (Lei n. 9.637/98, art. 16, §§1º e 2º). ..

2.5 A responsabilidade da Administração por atos da organização social.

Por fim, analisemos ainda que brevemente a questão da responsabilidade da Administração Pública por atos da organização social.

Entende Ferreira da Rocha (2003, p. 166) que os fatos relacionados às atividades das organizações sociais que podem dar ensejo à responsabilização do Estado, são “o ato praticado por agente público cedido à organização social e a omissão da Administração Pública em fiscalizar as atividades da organização social”.

Segundo o autor;

O Estado responderia objetivamente por prejuízos causados a terceiros pelas organizações sociais quando aqueles decorressem de atos ou omissões praticados por agentes do Estado que foram cedidos às organizações sociais. O Estado responderia subjetivamente por prejuízos causados a terceiros por maus serviços prestados pelas organizações sociais quando demonstrado que omissão em fiscalizar as organizações sociais contribuiu para a ocorrência dos danos (2003, p. 166).

A responsabilidade do Estado, em regra, seria subsidiária, isto é, o Estado somente pode ser chamado a concorrer com o ressarcimento dos prejuízos depois de esgotado o patrimônio das organizações sociais. Rocha entende que não há porque responsabilizar o Estado diretamente por tais danos, uma vez que as

organizações sociais são alheias à sua estrutura orgânica central; não integram sequer a Administração indireta; não prestam serviços públicos, e são pessoas de direito privado (2003, p.166).

Tendo em vista que o Estado apóia estas entidades com recursos financeiros e outras espécies de bens e até com servidores, podendo também responder subsidiariamente por danos causados por estas pessoas jurídicas, é bastante salutar e recomendável, a preocupação contida nos dispositivos das Lei n. 9.637 e 9.790 que tratam da fiscalização e do controle de metas a serem alcançadas, preceitos que contrastam com aqueles totalmente desconexos do nosso regime jurídico de direito administrativo, como por exemplo, a discricionariedade da autoridade para conceder ou não a qualificação como OS a uma determinada entidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É inegável a necessidade de se modernizar o Estado e, neste sentido são muito louváveis as n. Leis 9.637/98 (BRASIL, 2010) e n.9.790/99 (BRASIL, 2011I) na medida em que deixam muito claro a preocupação com a eficiência e controle de resultados ao determinarem que, nos contratos de gestão e nos termos de parceria devem ser estabelecidas metas a serem atingidas, bem como regras a serem seguidas para avaliar e fiscalizar se tais pactos estão sendo cumpridos adequadamente.

Entretanto são muitas, e fundadas, as preocupações dos juristas com relação a estes ajustes, principalmente os contratos de gestão.

Já vimos que a discricionariedade do ato que concede a qualificação como OS à entidade causou perplexidade na doutrina. Ferreira da Rocha (2003, p.) pois o Autor entende que este dispositivo é inconstitucional, ferindo o princípio da isonomia, uma vez que, como já salientado no capítulo anterior, não tem lógica conceder o título a uma entidade e negar a outra, tendo as duas pessoas jurídicas atendidos todos os requisitos da Lei.

Mas as críticas não param por aqui.

A Lei 9.637/98, além de disciplinar a qualificação de entidades como organizações sociais, criou o denominado Programa Nacional de Publicização e determinou a extinção de duas entidades públicas (Laboratório Nacional de Luz Sincroton e Fundação Roquete Pinto) e a absorção de suas atividades por organizações sociais (artigos 20 e 21).

Di Pietro (2002, p. 215 - 216) salientam conteúdo de imoralidade contido nesta lei, além dos riscos para o patrimônio e para os direitos do cidadão, pois ao determinar a adoção destas providências:

(...) fica muito nítida a intenção do legislador de instituir um mecanismo de fugir ao regime jurídico de direito público a que se submete a Administração Pública. O fato de a organização social absorver atividade exercida por ente estatal e utilizar o patrimônio público e os servidores públicos antes a serviço desse mesmo ente, que resulta extinto, não deixa dúvidas de que, sob a roupagem de entidade privada, o real objetivo é o de mascarar uma situação que, sob todos os aspectos, estaria sujeita ao direito público. É mesma atividade que vai ser exercida pelos mesmos servidores públicos e com utilização do mesmo patrimônio. Por outras palavras, a idéia é que os próprios servidores da entidade a ser extinta constituam uma pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, e se habilitem como organizações sociais, para exercerem a mesma atividade que antes exerciam e utilizem o mesmo patrimônio, porém sem a submissão àquilo que se costuma chamar de “amarras” da Administração Pública.

(...) Trata-se de entidades constituídas ad hoc, ou seja, com o objetivo único de se habilitarem como organizações sociais e continuarem a fazer o que faziam antes, porém com nova roupagem. São entidades fantasmas, porque não possuem patrimônio próprio, sede própria, vida própria. Elas viverão exclusivamente por conta do contrato de gestão com o poder público.

Os doutrinadores, com razão, defendem que os contratos de gestão firmados com as OS devem obedecer as regras da Lei n. 8.666/93 (BRASIL, 2011n), dentre as quais destacamos as contidas nos artigos a saber:

- a) Exigência de licitação para escolha da entidade;
- b) Demonstração de qualificação técnica e idoneidade financeira para administrar o patrimônio público;
- c) Prestação de garantia tal como exigida nos contratos administrativos em geral, exigência essa mais aguda na organização social, pelo fato dela administrar patrimônio público.

Di Pietro (2002, p. 216) defende também que deve exigir-se comprovação de que a entidade já existe, tem sede própria, patrimônio, capital, entre outros requisitos exigidos para que uma pessoa jurídica se constitua validamente; bem como que sejam impostas limitações salariais quando os salários dos empregados forem pagos com recursos provenientes do Estado.

Bandeira de Mello (2010, p. 239/240) critica o fato das Organizações Sociais poderem firmar contratos com o Poder Público sem licitação e chama a atenção também para o que chama de gritantes inconstitucionalidades veiculadas na Lei 9.637/98 (BRASIL, 2010), tais como o recebimento de bens, recursos orçamentários e servidores do Poder Público.

Já para Paulo Modesto (1997, p. 210):

As organizações sociais representam uma nova estratégia de estimular parcerias de entidades privadas sem fins lucrativos com o Poder Público em serviços sociais livres à ação privada, fomentando a participação cidadã voluntária na esfera pública. Não podem ser superestimadas nem subestimadas como respostas consequentes à crise do aparelho do Estado no âmbito da prestação dos serviços sociais. O Estado com elas não se despede da responsabilidade de assegurar e garantir os direitos sociais básicos. O Estado continuará regulador e promotor de serviços sociais, contando porém com mecanismos de parceria renovados, ampliando a sua capacidade de direta e indiretamente assegurar a fruição dos direitos sociais fundamentais. .

Deste modo, conclui-se que o processo de evolução das parcerias que acabamos de estudar está longe de ser concluído, e como em todos os setores da sociedade e do governo, é dever de todos, notadamente dos juristas, estarem sempre atentos, a fim de inibir e denunciar desmandos e arbitrariedades sempre prontos a florescer.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)**. Disponível em [www.planalto.gov.br/legislação/legislação histórica/constituições anteriores/ constituição 1946](http://www.planalto.gov.br/legislação/legislação_histórica/constituições_anteriores/constituição_1946). Acesso em 1º maio, 2011.(a)

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em [www.planalto.gov.br/legislação/legislação histórica/constituições anteriores/ constituição 1967](http://www.planalto.gov.br/legislação/legislação_histórica/constituições_anteriores/constituição_1967). Acesso em 1º maio, 2011 (b)

_____. **Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969**. Disponível em [www.planalto.gov.br/legislação/legislação histórica/constituições anteriores/ constituição 1967-EMC n. 01-69](http://www.planalto.gov.br/legislação/legislação_histórica/constituições_anteriores/constituição_1967-EMC_n.01-69). Acesso em 1º maio, 2011.(c)

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em www.planalto.gov.br/legislação/constituição. Acesso em 1º maio, 2011. (d)

_____. **Lei n. 91, de 28 de agosto de 1.935**. Determina regras pelas quais são as sociedades declaradas de utilidade pública. www.planalto.gov.br/legislação/legislação-1/leis-ordinárias/anterior-a-1960. Acesso em 9 de maio de 2011.(e)

_____. **Decreto n. 50.517, de 02 de maio de 1961**. Regulamenta a Lei n. 91, de 28 de agosto de 1935, que dispõe sobre a declaração de utilidade pública. www.planalto.gov.br/legislação/legislação-1/decretos1/1969-1960. Acesso em 08 de abril de 2011.(f)

_____. **Lei n. 4.320, de 17 de março de 1964**. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

www.planalto.gov.br/legislação/legislação-1/leis-ordinárias/1980-a-1960. Acesso em 08 de abril de 2011.(g)

_____. **Decreto n. 93.872, de 23, de dezembro de 1986.** Dispõe sobre a unificação dos recursos de caixa do Tesouro Nacional, atualiza e consolida a legislação pertinente e dá outras providências. www.planalto.gov.br/legislação/legislação-1/decretos1/1982. Acesso em 08 de abril de 2011. (h)

_____. **Decreto n. 6.170, de 25 de julho de 2007.** Dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, e dá outras providências. Acesso em 08 de abril de 2011. (i)

_____. **Lei n. 8.031 de 12, de abril de 1990.** Cria o Programa Nacional de Desestatização, e dá outras providências. www.planalto.gov.br/legislação/legislação-1/leis-ordinárias/1990. Acesso em 08 de abril de 2011. (j)

_____. **Lei n. 9.637, de 15 de maio de 1998.** Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. . www.planalto.gov.br/legislação/legislação-1/leis-ordinárias/1990. Acesso em 26.10.2010.

_____. **Lei n. 9.790, de 23 de março de 1999.** Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências. www.planalto.gov.br/legislação/legislação-1/leis-ordinárias/1990. Acesso em 08 de abril de 2011. (l)

_____. **Decreto n. 3.100, de 30 de junho de 1.999.** *Regulamenta a Lei no 9.790, de 23 de março de 1999, que dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências.* www.planalto.gov.br/legislação/legislação-1/decretos1/1999. Acesso em 08 de abril de 2011. (m)

_____. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.** *Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.* Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm. Acesso em 08 de abril de 2011 (n).

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 13ª edição. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2001.

_____. **Parcerias na Administração Pública – Concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. 4ª Edição Revista e Atualizada, São Paulo: Editora Atlas S/A – 2002.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 23ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 28ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MODESTO, Paulo. **Reforma Administrativa e Marco Legal das Organizações Sociais no Brasil – As Dúvidas dos Juristas sobre o Modelo das Organizações Sociais**. Revista de Direito Administrativo n. 210, Rio de Janeiro, out/dez 1997, p. 195-212.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília: 1995 (documento disponível em www.bresser.org.br)

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **O Terceiro Setor**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

NOTAS

ⁱ A Constituição Federal de 1967, art. 20, III, *c: vedou à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir imposto patrimônio, renda ou serviços das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei. Desde então, os requisitos para a concessão de imunidade de impostos estão previstos no Código Tributário Nacional, de 20.10.1966.*

Entretanto esta imunidade foi suprimida pela Emenda Constitucional n. 1/1969 e reinstituída com redação idêntica a da Constituição de 1967, na atual Constituição (05.10.1988), art. 10, VI, *c*

ⁱⁱ É importante anotar que as entidades que iremos estudar, ao lado das já tradicionais entidades de utilidade pública, integram o denominado “Terceiro Setor” (Ferreira da Rocha, 2003).

ⁱⁱⁱ Superior Tribunal de Justiça:

REsp 429570/GO RECURSO ESPECIAL 2002/0046110-8 Relator(a) Ministra ELIANA CALMON (1114), Órgão Julgador, T2 - SEGUNDA TURMA, Data da Publicação/Fonte, DJ 22/03/2004 p. 277):

“ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL AÇÃO CIVIL PÚBLICA OBRAS DE RECUPERAÇÃO EM PROL DO MEIO AMBIENTE ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO.

1. Na atualidade, a Administração pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo.
2. Comprovado tecnicamente ser imprescindível, para o meio ambiente, a realização de obras de recuperação do solo, tem o Ministério Público legitimidade para exigí-la.
3. O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade.
4. Outorga de tutela específica para que a Administração destine do orçamento verba própria para cumpri-la.
5. Recurso especial provido.