

AS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO - OSCIP - E O TERCEIRO SETOR

Tatiana Maria Ometto Casale (*)

1. Introdução. 2. Das organizações legais para o desenvolvimento do Terceiro Setor. 2.1. Das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIP. 3. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Indiscutivelmente, não há como dissociar, numa democracia, o *Estado* da própria *Sociedade* que o constitui, sendo estes, componentes indissolúveis de um todo complexo, cujo grau de interação apresenta-se como ponto vital para a construção e sedimentação de um país mais digno, próspero e justo.

Cuidando de questão de relevância ímpar para o desenvolvimento de um país, não é por mero acaso que, sobretudo nesta última década, a discussão acerca de qual o papel a ser desempenhado pelo Estado na vida contemporânea, bem assim sua atuação na economia, tornou-se uma constante, não somente no plano nacional, dado o modelo superado de desenvolvimento paternalista adotado pelos Governos brasileiros até o final do século passado, mas também em plano mundial, tornando-se cada vez mais premente sua redefinição e adaptação à nova realidade, haja vista a falência da ideologia estatista como sustentáculo da atuação dos atores políticos nos tempos atuais.

Neste quadro de transformações, não apenas mostrou-se, no Brasil, inadiável equacionar a questão da reforma administrativa do Estado, a qual, edificada sobre uma base burocrática, avança hodiernamente rumo a um modelo “gerencial” de administração descentralizada, voltada a um controle de resultados para corresponder de modo mais eficiente às necessidades da coletividade, como ainda, diante da nova equação *Estado-Sociedade* que vem se desenhando nos últimos tempos, com a implementação de um novo modelo de sociedade, imperativo se faz reconhecer o empoderamento da Sociedade Civil, a qual surge como uma esfera relativamente autônoma, ao lado do Estado e do Mercado, da atual realidade social, com o conseqüente crescimento do chamado “Terceiro Setor”, representativo do chamado “Capital Social”.

Partindo-se da atual concepção de que o público deixa de ser necessariamente monopólio do Estado, tem-se que a atuação pública da Sociedade Civil (componente da emergente esfera pública não-estatal), como veículo tanto para a detecção de problemas, como para a identificação de oportunidades e vantagens no âmbito da colaboração, concretiza-se na capacidade de mobilizar recursos, angariar iniciativas, promover parcerias voltadas ao desenvolvimento humano e social sustentável, de sorte a, progressivamente, se consolidar e legitimar como sujeito político e ator social, desvinculando-se da tutela estatal.

2. DAS ORGANIZAÇÕES LEGAIS PARA O DESENVOLVIMENTO DO TERCEIRO SETOR

Neste novo contexto, surge a Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999, regulamentada pelo Decreto nº 3.100, de 30 de junho de 1999, representativa da disposição política de investir no aperfeiçoamento do arcabouço legal do Terceiro Setor, entendido este como o conjunto de entidades de natureza privada que visam prover ao interesse público (esclareça-se, desde que não vinculado às funções essenciais à definição das leis - Núcleo Estratégico ou Governo, constituído pela cúpula dos três Poderes - e das atividades exclusivas de Estado), tendente a tornar viável uma alteração do enfoque das políticas públicas governamentais até então de praxe para políticas públicas de **parceria** entre o Estado e a Sociedade Civil, em níveis indistintos, onde as organizações civis passariam a atuar não exclusivamente na sua execução, mas desde a sua elaboração, passando por seu monitoramento, avaliação e, por fim, também por sua fiscalização.

Com efeito, até a promulgação do diploma legal supra citado, o Estado somente reconhecia três finalidades para as organizações do Terceiro Setor: saúde, educação e assistência social, sendo certo que, nesta diretriz, constituía-se, de forma relevante, uma primeira categoria de pessoas jurídicas do Terceiro Setor, as chamadas “**Organizações Sociais**”, instituídas pela Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, sem olvidar que a origem histórica das relações de integração do Estado com pessoas jurídicas de direito privado está nas chamadas “**Paraestatais**”, entidades relacionadas a determinadas categorias profissionais, auto-administradas por seus membros e financiadas por contribuições sociais compulsórias.

A qualificação de uma pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, como organização social sujeita-se à aprovação discricionária pelo Poder Executivo, a qual deverá ter suas atividades dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, gozando, para o exercício de tais atividades, de benefícios de fomento, efetivado através de **contrato de gestão**, podendo envolver a transferência de recursos orçamentários e bens públicos, e até a cessão especial de servidores públicos, com ônus para a origem, o que denota, apesar da natureza privada da entidade assim qualificada, a incidência de atuação do Poder Público, que interage com ela não somente na elaboração do contrato de gestão, mas sobretudo no seu gerenciamento e controle de suas atividades.

2.1. Das organizações da sociedade civil de interesse público - OSCIP

Na esteira das Organizações Sociais, dispoño sobre o disciplinamento jurídico de uma nova categoria de entidades a integrarem o Terceiro Setor, com objeto social mais amplo que o anterior, a Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999, cuidou da qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como “**Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIP**”.

Diferentemente das organizações sociais, a qualificação de uma pessoa jurídica de direito privado como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIP, trata-se de ato vinculado a ser emitido pelo Ministério da Justiça, restrito às pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, não vinculadas ao Poder Público ou a organismos do Estado, cujos objetivos sociais tenham pelo menos uma das seguintes finalidades (Lei nº 9.790/99, art. 3º):

- a) promoção da assistência social;
- b) promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico;
- c) promoção gratuita da educação, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei;
- d) promoção gratuita da saúde, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei;
- e) promoção da segurança alimentar e nutricional;
- f) defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável;
- g) promoção do voluntariado;
- h) promoção do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza;
- i) experimentação, não lucrativa, de novos modelos sócio-produtivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito;
- j) promoção de direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar;
- l) promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais;
- m) estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos que digam respeito às atividades mencionadas neste artigo.

Para fins de fomento e implementação de suas atividades, as quais deverão dar-se, segundo o parágrafo único do artigo 3º da Lei em comento, *“mediante a execução direta de projetos, programas, planos de ações correlatas, por meio da doação de recursos físicos, humanos e financeiros, ou ainda pela prestação de serviços intermediários de apoio a outras organizações sem fins lucrativos e a órgãos do setor público que atuem em áreas afins”*, o instrumento eleito à formação do vínculo de cooperação entre o Poder Público e as entidades qualificadas como OSCIP foi o **Termo de Parceria**, cuja regulamentação para a sua realização é fornecida pela própria Lei e pelo Decreto nº 3.100, de 30 de junho de 1999.

Com o advento da lei em referência, portanto, inovou-se a ordem jurídica, de sorte a introduzir o instrumento do Termo de Parceria como meio hábil à efetivação de ajustes de cooperação com os governos no novo cenário social emergente, com características e procedimentos simplificados quando afrontados com os do Convênio, até então usualmente utilizado, evidenciando-

se a tendência à otimização da eficácia e eficiência das políticas públicas com a participação direta da Sociedade Civil.

Neste sentido, cumpre destacar que referido termo de parceria apresenta-se como uma opção ao instituto do Convênio, por certo não o excluindo, o qual encontra-se disciplinado, juntamente com os demais acordos e ajustes, pelo artigo 116 da Lei federal de Licitações e Contratos, Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Confira-se a redação do indigitado preceptivo:

“Art. 116 - Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração.

§1º - A celebração de convênio, acordo ou ajuste pelos órgãos ou entidades da Administração Pública depende de prévia aprovação de competente plano de trabalho proposto pela organização interessada, o qual deverá conter, no mínimo, as seguintes informações:

I - identificação do objeto a ser executado;

II - metas a serem atingidas;

III - etapas ou fases de execução;

IV - plano de aplicação dos recursos financeiros;

V - cronograma de desembolso;

VI - previsão de início e fim da execução do objeto, bem assim da conclusão das etapas ou fases programadas;

(...)”.

Da exegese das disposições supra, verifica-se que os princípios basilares que regem as contratações públicas deverão obrigatoriamente ser observados nos convênios, cujas cláusulas deverão atender às determinações legais.

Nos convênios administrativos, os partícipes estão voltados à consecução de um determinado e específico objetivo, visando à satisfação de um mesmo e idêntico interesse público, distinguindo-se, assim, dos contratos administrativos, pautados em interesses contrapostos.

A natureza dos convênios, desta feita, é de cooperação entre os partícipes, com aproveitamento conjunto e simultâneo dos bens e recursos humanos.

Na definição do mestre em direito administrativo, digno de permanecer na memória, HELY LOPES MEIRELLES¹, os convênios são *“acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, para realização de objetivos de interesse comum dos partícipes. Convênio é acordo, mas não é contrato. No contrato, as partes têm interesses diversos e opostos; no convênio, os partícipes têm interesses comuns e coincidentes.”*

¹ *Direito administrativo brasileiro*, 22.ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p.358.

Verificada a aplicação da Lei federal de Licitações e Contratos, no que couber, aos convênios, nos termos do artigo 116 antes transcrito e estabelecidas as diferenciações existentes entre estes e os contratos, segundo anotado, importa relevar a necessidade, ou não, de que a celebração de tais instrumentos seja precedida de procedimento licitatório.

Consoante antes assinalado, os conveniados ou partícipes, nessa modalidade de ajuste, **agregam esforços mútuos mirando sempre um mesmo objetivo**. Tal fato pode verificar-se sob distintas formas, como p.e., com a utilização de recursos humanos, de conhecimentos técnicos, culturais e administrativos, uso de equipamentos, dentre outros.

Destarte, quando da celebração de convênio não se constatar o cumprimento de obrigações por uma das partes em correspondência às de outra, característica esta peculiar, sim, aos contratos, não se mostrará viável a licitação, sendo tal assertiva roborada pelo artigo 2º, *caput* e parágrafo único da Lei federal de Licitações e Contratos. Confira-se:

“Art. 2º - As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.

Parágrafo único - Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontade para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.”

Da interpretação do *caput* do preceptivo transcrito, verifica-se que os convênios não se enquadram nas espécies elencadas de ajustes, assim como também não estão compreendidos na definição dada a contratos pelo legislador ordinário, contida no parágrafo único do artigo em referência.

Entretanto, se do ajuste, qualquer que seja a definição dada, houver a estipulação de obrigações recíprocas, de forma a inferir-se a formação de interesses contrapostos, sugerindo, dessa feita, uma relação de natureza contratual, a licitação, como regra geral, será, por óbvio, manifestamente compulsória, sob pena de ilegalidade.

Na medida em que o termo de parceria configura opção similar ao convênio, tudo o que foi sobre este alhures esplanado acaba por aplicar-se ao termo de parceria, sobretudo quanto à desnecessidade da realização de procedimento licitatório para a escolha da OSCIP, com o escopo da implementação de determinado projeto de interesse público.

Cumpra, contudo, ressaltar que o artigo 23 do Decreto nº 3.100/99, que regulamenta a Lei nº 9.790/99, disciplina que a escolha pelo órgão estatal da respectiva OSCIP, viabilizando a efetivação de Termo de Parceria, **poderá** ser feita por intermédio de publicação de edital de concursos de projetos, cujas diretrizes encontram-se disciplinadas no artigo 24 e seguintes do decreto em comento.

Considerando-se que a Lei que disciplina a qualificação dessas pessoas jurídicas não faz qualquer menção à necessidade de licitação para esse fim, a disposição contida no Decreto supra, é, na realidade, uma **faculdade** de que

dispõe a Administração na escolha de determinada OSCIP, utilizando-se, se assim lhe convier, de regular procedimento licitatório na modalidade concurso, hipótese disciplinada pelo artigo 24, § 4º da Lei federal nº 8.666/93.

A *contrario sensu*, se a norma faculta a realização de licitação, na modalidade de concurso, permite também, a critério da Administração, a celebração de termo de parceria sem a realização de certame licitatório, o que, praticamente, simplifica, em muito, a efetivação de parcerias Estado/Sociedade Civil.

3. CONCLUSÃO

De tudo o que se coloca, entretanto, por apresentar-se como uma ruptura, no mais das vezes contraditória, ao sistema vigente, o qual apresenta-se com índole predominantemente estatista, inevitavelmente acaba por esbarrar em dificuldades inerentes a sua própria condição inovatória, demandando, por apenas representar o início de todo um processo, empenho e, sobretudo, vontade política, de maneira a propiciar a efetiva adesão ao novo sistema que passa a ser disponibilizado.

Não há como se conceber a parceria, tal como proposta através das OSCIP, como algo absoluto em si mesmo, como algo totalmente regulamentado e findo em si mesmo. Na realidade, representa apenas o início de um processo deveras complexo, de aspectos os mais diversos, cuja implementação depende, substancialmente, de todo um trabalho de mudança de mentalidade.

(*) A autora é Procuradora da Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo e especialista em direito processual civil pela Università Statale di Milano - Itália.