

PRIMEIRA PARTE

DIREITO DO ESTADO E TEORIA DO
DIREITO

Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público: uma Nova Forma de Parceria?¹

Cristina Barcelos

INTRODUÇÃO. I PARTE: A NOÇÃO DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADO. A - O Estado Contemporâneo. B - O Estado Subsidiário e a sociedade civil: um terceiro setor? II PARTE: A LEI N.º 9.790/99 E A CRIAÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO. A - Aspectos legais: classificação, requisitos e qualificação. B - O acordo de colaboração entre Estado e Sociedade Civil e o Termo de parceria. CONCLUSÃO

INTRODUÇÃO

A idéia da relação público e privado há muito constitui objeto de investigação por parte daqueles que objetivam compreender e explicar as diversas espécies de relações que se desenvolvem no âmbito da sociedade, especialmente aquelas marcadas pela presença do Poder Público no desempenho de suas funções. A experiência nos mostra que aquelas esferas, antes aparentemente estanques, hoje cada vez mais se aproximam, se interpenetram e se complementam, para a consecução de fins, objetivos e metas que superam definições e delimitações clássicas até então estabelecidas sobre a estrutura do Estado e de suas instituições perante o corpo social. Com efeito, hoje se vê projetar uma nova esfera de atuação, denominada por alguns de terceiro setor, no qual oportuniza-se a conjugação de esforços – público e privado – à satisfação de interesses e necessidades voltadas ao bem estar de toda coletividade.

¹ Seminário apresentado no Curso de Pós-graduação em Direito, na disciplina de Teoria Geral do Direito Privado ministrada pela Prof. Dra. Véra Fradera.

Com vista a estas notas introdutórias, o presente trabalho se propõe a tecer algumas considerações a respeito da Lei n.º 9.790, de 23.03.1999, que introduziu em nosso ordenamento jurídico o instituto das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, como uma qualificação a pessoas jurídicas de direito privado que preencham determinados requisitos legais. Para tanto, proceder-se-á, num primeiro momento, à análise da relação público-privado nos moldes do Estado contemporâneo, a fim de contextualizar e introduzir a noção de um terceiro setor. Em seguida, far-se-á uma breve análise sobre os principais aspectos legais, tais como classificação, requisitos, qualificação do instituto em comento, para, ao final, tratar do acordo que formaliza a relação entre o Estado e a Sociedade Civil no empenho de atividades de interesse comum.

I PARTE : A NOÇÃO DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADO

A – O Estado Contemporâneo.

A questão relativa às funções ou atividades do Estado foi, e continua sendo, o objeto de estudo daqueles que objetivam precisar as tarefas que o mesmo pode e deve desenvolver para a satisfação das necessidades coletivas, assim como aquelas tarefas que a sociedade, no estágio atual da evolução, deve assumir, para a realização do bem estar comum.

Na doutrina, Georg Jellinek sublinha a necessidade de separar as funções em materiais e formais, isto é, distinguir as grandes direções da atividade do Estado e as de determinados grupos de órgãos², e ensina, ademais, que

Las funciones materiales del Estado nacen de la relación entre la actividad del mismo e sus fines. A causa de los fines jurídicos, tiene el Estado que dirigir su actividad a la implantación y protección del Derecho, actividad que separa de las demás funciones que se proponen la afirmación de su poder y el favorecimiento de la cultura. (JELLINEK, *Teoría General...*, p. 462)

Ao discorrer sobre a matéria, Jorge Miranda³ afirma que a função do Estado, nesse sentido de função como tarefa ou incumbência a ser realizada, traduz um determinado enlace entre a sociedade e o Estado, que corresponde a uma certa época histórica, a uma certa situação político-constitucional, a um certo regime ou a uma Constituição material.

² JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. Trad. Fernando de Los Rios. Buenos Aires: Editorial Albatros, p. 461.

³ MIRANDA, Jorge, *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 231..

Os fins do Estado são, nesse sentido, metas traçadas em nível constitucional, que variam no tempo e no espaço. A qualquer momento o Estado pode redefinir os seus fins em busca do atingimento de objetivos considerados, em dada época, prioritários para o bem estar geral da sociedade.

Assim, temos que no Estado Liberal Clássico, do século XVIII, o bem-estar comum, orientado pelos princípios burgueses da época, era atingido com a menor presença possível do Estado. Nesta perspectiva abstencionista, ao Estado incumbia, tão-somente, afirmar os direitos e as liberdades individuais e assegurar a ordem social interna. As necessidades da sociedade quanto à saúde, previdência, educação seriam eficientemente providas pela atividade privada⁴, de modo que, quanto menos o Estado intervisse, mais satisfatoriamente seriam elas resolvidas⁵.

No campo econômico, a expressão “laissez faire, laissez passer, lè monde va de lui-même” traduzia fielmente o pensamento liberal, razão pela qual a interferência do Estado na economia foi praticamente suprimida.

Com o decorrer do tempo e a evolução da sociedade, novas e intrincadas exigências de ordem econômica e social se fizeram sentir. Com efeito, a Revolução Industrial, na segunda metade do século XVIII, trouxe à tona questões que não mais podiam ser resolvidas a contento pela iniciativa privada. Gradativamente, passou-se a reclamar uma atuação positiva do Estado, no sentido de impedir abusos e suprir omissões em área como da saúde, economia, previdência.

A propósito, também, refere Almiro do Couto e Silva:

A revolução industrial e os movimentos sociais, a que deu origem, determinaram profundas alterações do Estado, que ampliou enormemente os seus serviços, sobretudo em razão da sua atividade de intervenção no domínio econômico e área social.

As linhas que separavam, de forma muito vincada, o Estado liberal da sociedade, começam a esfumar-se rapidamente, passando o Estado a desincumbir-se de tarefas que exercem uma função modeladora da própria sociedade, não apenas por meios coercitivos, por restrições à liberdade e à propriedade dos

⁴ ALVES, Francisco de Assis, *Fundações, Organizações Sociais, Agências Executivas, Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público e outras modalidades de prestação de serviço público*. São Paulo: LTr, 2000, p.33.

⁵ No mesmo sentido, Cáo Tácito afirma que “no Estado Liberal clássico os serviços administrativos são, em grande parte, negativos. O dever da autoridade é sobretudo, o de abstenção no sentido de não prejudicar a liberdade individual”. (in *Transformações do Direito Administrativo*. Revista de Direito Administrativo, v. 214, 1998, p.30).

indivíduos, senão que também e sobretudo propiciando benefícios e vantagens, como quando assegura assistência e previdência sociais, promove programas habitacionais, dá créditos a juros baixos ou concede outras de subsídio ou subvenção para estimular o desenvolvimento de determinados setores, empreende campanhas de alfabetização, de distribuição de merenda escolar, etc. Numa palavra, o Estado liberal assumia a feição de Estado social. (COUTO E SILVA, *Princípios...*, p. 51)

A partir desse momento, portanto, o Estado abandona sua posição de neutralidade e passa a intervir mais assiduamente na vida econômica e social, em concreto, através da legislação e dos serviços públicos, visando à corporificação da paz social⁶. É o Estado Social que se faz surgir – marcado pela profunda preocupação com o social –, e, com ele, a necessidade de se ampliar a máquina administrativa. Nas palavras de Francisco de Assis Alves, “em vez de liberdade, reclama, agora, o homem o pão de que necessita para sobreviver.”⁷

No quadro contemporâneo, voltamos a um período de retração de ingerência direta do Estado que, segundo Caio Tácito, ao mesmo tempo, se torna menor e se aprofunda, harmonizando o estímulo à dinâmica da iniciativa privada com a maior responsabilidade pública em áreas essenciais do bem estar-social⁸.

Para o historiador Sérgio da Costa Franco:

O fim do século 20 assistiu a uma ressurreição passageira da ideologia liberal, que ensejou rediscussão dos excessos do intervencionismo, revalorização da iniciativa privada e da liberdade econômica. E a síntese dialética do processo parece ser não o microestado abstencionista dos liberais clássicos, mas um “welfare state” moderado, em que o poder estatal não abdique de participar das atividades de intermediação, de regulação do crédito e de outras compatíveis com a sua dimensão e recursos, deixando à iniciativa privada a atuação no setor produtivo e na intermediação, com a eficiência e o dinamismo que lhe são inerentes. (FRANCO, *Responsabilidade...*p.19)

⁶ Assim, MENEZES, Paulo Lucena, apud, ALVES, op. cit., p.34.

⁷ Ibidem, p. 33.

⁸ TÁCITO, op. cit., p. 30.

É nesse cenário que o Estado, através de mecanismos próprios, tende a valorizar a participação popular na gestão e no controle das atividades prestadas, dando azo à participação democrática da sociedade. Seguindo esta tendência, o Direito Público passa a espelhar duas vertentes específicas, que se refletem nas Constituições do final do século passado: uma, a política de privatização, que inaugura um sistema peculiar de fiscalização e controle estatal de eficiência, através de Agências Reguladoras e Executivas; a outra, o fortalecimento das associações entre a iniciativa privada e o serviço público, o que é feito, fundamentalmente, pela técnica da descentralização⁹.

B – O Estado Subsidiário e a sociedade civil: um terceiro setor?

A definição dos desafios dos novos tempos, como visto, trouxe a inexorável necessidade de se reformular as funções de Estado e de se repensar a natureza de suas relações com a sociedade civil, assim entendida, por Norberto Bobbio, a esfera das relações sociais não reguladas pelo Estado¹⁰.

A partir da década de 70 do século passado, o Estado social, centralizador e burocrático, passou a sofrer, paulatinamente, transformações, em razão da expansão das comunicações e do processo de globalização, que acabaram lhe imprimindo uma nova feição. De um mega-Estado, antes considerado tutor único e absoluto da sociedade, passa-se à noção de Estado Subsidiário – também denominado por alguns de Estado participativo –, que restringe a sua atuação àquelas tarefas que a iniciativa particular não tem condições de realizar e bem. Elege ele um núcleo de serviços públicos essenciais e nele concentra os seus esforços para bem servir a comunidade. Com relação às demais áreas, atua como fomentador, controlador e coordenador da iniciativa privada¹¹.

O foco desloca-se, aqui, do interesse estritamente administrativo do Estado para o cidadão, que passa a ser considerado elemento essencial de uma renovada relação de poder, mais pluralista e substancialmente democrática¹². É a sociedade, agora, que passa a administrar, através de parcerias, isto é, de diversas modalidades de

⁹ Há descentralização quando a atividade administrativa ou o seu exercício é transferido do organismo central da Administração Pública (União, Estados, Municípios) para outra pessoa jurídica.

¹⁰ Norberto Bobbio define a sociedade civil nestes termos em face do Estado, entendendo este restritivamente como o conjunto dos aparatos que num sistema social organizado exercem o poder coativo. (in *Estado, Governo, Sociedade. Para uma teoria geral da política*, São Paulo, Paz e Terra, 1997, p. 33).

¹¹ Nesse sentido, Robert Ribeiro Bazzili em artigo intitulado “Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público: nova modalidade de parceria” (in *Revista do Tribunais*, v. 779, p. 82, set. 2000).

¹² MOREIRA NETO, Coordenação Gerencial na Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*, v. 214, p. 37.

relação de colaboração com o Estado, os interesses públicos que lhe são confiados pela ordem jurídica.

Abre-se espaço, assim, no mundo, para o chamado “terceiro setor”. Neste campo não bem delineado, que permeia o público e privado, denominado pela doutrina de *público não estatal*, entidades privadas, sem fins lucrativos, se potencializam e passam a atuar, no cenário político, produzindo bens ou promovendo a realização de serviços público, como verdadeiros entes intermédios¹³.

Rubens César Fernandes, com propriedade, sintetiza a noção de “terceiro setor” nas seguintes palavras: é “um conjunto de iniciativas particulares com um sentido público”¹⁴. É interessante notar que esta idéia de “terceiro setor” é obtida de forma indireta, a partir da negação de outros dois setores: o primeiro e o segundo, que tocam, respectivamente, o Estado e a iniciativa privada-empresa, ou em outras palavras, a esfera governamental e a lucrativa.

Assiste-se, pois, a uma expansão de iniciativas civis, sem fins lucrativos, em parceria com o Poder Público, que vão dando forma a diversas modalidades de relação de colaboração Estado – Sociedade¹⁵, e que caracterizam-se, basicamente, pela posição de equilíbrio entre os parceiros e colaboradores, e pela “necessária presença do Poder Público como supervisor da execução do programa compartilhado”¹⁶.

A tônica desses novos modelos não é, *a priori*, a privatização – que implica na transferência de patrimônio público a entidades privadas –, mas tão-somente o estabelecimento do que a doutrina denomina de gestão compartilhada, na qual o patrimônio continua sendo público, apenas o gerenciamento dos serviços que utilizam o patrimônio e recursos estatais passa a ser privado.

No Brasil, essa nova forma institucional, que possui natureza híbrida – constituição privada e finalidade pública –, tomou impulso de forma expressiva na última década do século passado¹⁷, notadamente, a partir da edição da EC n. 19/98. Como é sabido, esta foi responsável por promover a reforma da máquina estatal, a partir do desenvolvimento de específicos canais institucionais de participação na administração pública, quer seja na tomada de decisão, quer seja na execução de atividades, ou, ainda, no controle de resultados.

¹³ Nesse sentido, MOREIRA NETO, Coordenação gerencial..., p. 38.

¹⁴ *Ibidem*, p. 153.

¹⁵ Esse fenômeno foi por Massimo Severo Giannini designado de “administrações de direito privado sob direção pública” (SEVERO, apud, MOREIRA NETO. op. cit., p. 36).

¹⁶ MOREIRA NETO, op. cit., p. 49.

¹⁷ No curso da história, destacam-se algumas tentativas no sentido de promover um novo desenho do Estado Nacional, como, por exemplo, o Programa Nacional de Desburocratização (Decreto n. 83.740, de julho de 1979) e o Decreto n. 200 de ...

E, seguindo a tendência de colaboração na execução de atividades entre Estado e Sociedade, destaca-se a Lei n.º 9.790/99, que disciplina as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público e o Termo de Parceria, cujas características serão objeto de análise na segunda parte do estudo.

II PARTE: A LEI N.º 9.790/99 E A CRIAÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO

A – Aspectos legais: classificação, requisitos e qualificação.

Após uma breve análise a respeito do contexto político e social em que foi pensada e elaborada a Lei n. 9790/99, tem-se, agora, algumas considerações sobre características gerais das entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, ou, simplesmente, OSCIP¹⁸.

À guisa de introdução, válidos são alguns comentários a respeito da denominação utilizada pelo legislador para se referir à qualificação que fora introduzida em nosso ordenamento jurídico. No projeto original, apresentado pelo Poder Executivo Federal em 27 de julho de 1998, após uma ampla interlocução da Comunidade Solidária, presidida à época pela Sra. Ruth Cardoso, e o chamado terceiro setor, o título era identificado com uma pequena alteração: denominava-se “organização da sociedade civil de *caráter* público”.

Penso que essa opção do legislador pelo termo “*interesse*” foi acertada, pois, na verdade, a palavra “público”, na expressão, não se confunde nem se limita à “estatal”, que poderia sugerir, num primeiro momento, ao qualificar “categoria”. O termo “público”, com efeito, vem empregado num “sentido teleológico de toda a atividade que alcança, afeta ou interessa a todas ou à maioria e não no sentido de um determinado *regime jurídico*”¹⁹. Argumenta Paulo Modesto, fazendo referência a Norberto Bobbio, que é público, ainda neste sentido material, a atividade ou o produto da atividade que é tornada acessível, em oposição ao privado, assim entendido o que é destinado, reservado a poucos ou a um só, e inacessível à maioria²⁰.

A Lei n.º 9.970, de 23.03.1999, regulamentada pelo Decreto n. 3.100, de 20 de junho de 1999, seguindo a tendência de descentralização da atividade estatal e reconhecendo a necessidade de se estimular as ações no chamado terceiro setor,

¹⁸ Conforme dados do Ministério de Justiça, entre os anos de 1999 a 2002, foram deferidos 814 pedidos de qualificação como OSCIP e indeferidos 532, resultando um total de 1346 requerimentos (dados de maio de 2003).

¹⁹ MODESTO, Paulo, Reforma Administrativa e Marco Legal das Organizações Sociais no Brasil, Revista de Direito Administrativo, n. 210, p. 207.

²⁰ *Ibidem*, p. 207.

disciplinou a possibilidade de as pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, serem qualificadas pelo Poder Público como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público.

Não se trata aqui – esclarece-se desde logo – de uma nova modalidade de pessoa jurídica, mas tão-só de uma qualificação jurídica que é conferida, por ato formal e complexo do Poder Público, a determinadas pessoas jurídicas de direito privado, em vista do atendimento de requisitos gerais de finalidade e de regime de funcionamento previstos expressamente na Lei. Esses requisitos, que adiante veremos mais detalhadamente, são de adesão voluntária por parte das entidades privadas e estão dirigidos a assegurar, segundo Paulo Modesto, “a persecução efetiva e as garantias necessárias a uma relação de confiança e parceria” entre o ente privado e o Poder Público²¹.

Em termos gerais, as OSCIPs caracterizam-se por serem pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, que atuam em colaboração com Estado, na realização de atividades sociais que constituem justamente a esfera do “terceiro setor”. Por esta razão, a doutrina, com propriedade, denomina-as de entidades “pública não estatal”. “Pública”, não porque pertençam ao Estado, mas porque exercem serviço público ou, mais precisamente, atividades sobre as quais paira um interesse da sociedade em geral, sob o controle do Poder Público. E “não estatal” porque a idéia é que elas não pertençam ao Estado, nem se enquadrem entre as entidades da Administração Indireta²².

Seguindo a orientação da melhor doutrina a respeito da classificação das entidades na organização política e administrativa brasileira, podemos situar as OSCIPs, enquanto entidades que figuram no chamado terceiro setor, entre as entidades denominadas de paraestatais. Estas são, nas palavras do ilustre jurista Hely Lopes Meirelles, “pessoas jurídicas de Direito Privado que, por lei – no caso, por ato administrativo – são autorizadas a prestar serviços ou realizar atividades de interesse coletivo ou público, mas não exclusivos do Estado²³”. O que importa, pois, para classificar essas Organizações como paraestatais, é que, no exercício de suas atividades, elas observam, em geral, as normas de direito privado, e, parcialmente, os princípios e normas do regime jurídico publicístico, por disporem, não raras vezes, de recursos públicos e gozarem de benefícios fiscais²⁴.

²¹ MODESTO, Reforma Administrativa..., p. 199.

²² DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella, Contratos de Gestão. Contratualização do Controle Administrativo sobre a Administração Indireta e sobre as Organizações Sociais, Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, n.45-46, p. 186/187.

²³ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 65.

²⁴ Foi publicada, no dia 30 de agosto no Diário Oficial da União, a Medida Provisória que trata de isenção fiscal para OSCIPs que remuneram dirigentes (MP nº66, de 29/08/02, art.37). A partir de agora, as OSCIPs que optarem por remunerar seus dirigentes poderão ter isenção do Imposto de Renda e receber doações dedutíveis das empresas doadoras. Até a edição dessa MP, a entidade que remunerava seus dirigentes perdia tais benefícios, conforme determinações expressas nas Leis nº 9.532/97 e 9.249/95.

Vistas estas considerações preliminares – quanto à classificação da entidade com paraestatais e quanto ao regime –, põe-se a primeira questão: que entidades podem ser qualificadas como OSCIPs, ou melhor, que requisitos devem ser preenchidos para que uma pessoa jurídica de Direito Privado passe a ser denominada de OSCIP?

Primeiramente, como se viu, trata-se de uma pessoa jurídica de Direito Privado, sem fins lucrativos, criada pela iniciativa privada, em conformidade com as regras de nosso Código Civil – na parte que trata das associações e das fundações de direito privado –, de modo que se exclui dessa qualificação aquelas pessoas jurídicas que não são de interesse público, ou que se voltam para um círculo restrito de sócios ou, ainda, que estão (ou deveriam estar) abrangidas por outra legislação.

Para os efeitos da Lei, o § 1º, do art. 1º, indica o que se entende pela expressão “sem fins lucrativos”. Não exige aquela que a entidade seja deficitária, mas tão somente que não haja distribuição, entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados ou doadores, de 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.

Um segundo requisito a ser observado diz respeito ao campo de atuação de tais entidades. Conforme a Lei 9.790/99, podem ser qualificadas como OSCIPs as entidades de Direito Privado, sem fins lucrativos que, atendendo ao princípio da universalização dos serviços, tenham como objetivo social pelo menos uma das finalidades elencadas no art. 3º da referida Lei.

Da leitura deste artigo e seus incisos, percebe-se que a Lei contempla aqui uma gama de atividades que podem ser enquadradas na categoria dos serviços públicos não privativo, ou seja, atividades que somente são consideradas serviço público quando prestados pelo Poder Público, e não quando o feito pela iniciativa privada. É válido assinalar que, para algumas dessas atividades indicadas no art. 3º, a Constituição Federal de 1988 já previa a possibilidade de uma aproximação entre pessoas coletivas públicas e privadas, quando, por exemplo, trata de instituições de assistência social (arts. 195, § 7º, 204, I, e 199, § 1º); de terceiros e de pessoas jurídicas na área da saúde (arts. 197 e 199, § 1º), escolas comunitárias (art. 213), entre outras.

Além dessa previsão genérica a cerca das entidades que podem ser qualificadas com o novo título, a Lei especifica taxativamente em seu art. 2º – e aqui nós temos um terceiro requisito –, as entidades (ou formas de pessoas jurídicas) que não são passíveis de qualificação. Em sua maioria, são elas entidades privadas de fins comerciais ou não assistenciais, entidades públicas, ou, ainda, entidades privadas criadas pelo Poder Público. Temos, portanto, no art. 3º da Lei, o que Paulo Modesto denominou de “candidatos positivos”, ao passo que no art. 2º, aqueles a quem chamou de “candidatos negativos”.

Como quarto e último requisito, exige a Lei que o estatuto da pessoa jurídica de Direito Privado contenha normas de adequação da entidade à natureza jurídica de paraestatal, em especial, normas que disponham sobre as matérias enumeradas nos inc. I a VII de seu art. 4º. Dentre estes incisos, sublinho o primeiro que prescreve a necessária observância, por parte da entidade privada, dos princípios inerentes à Administração Pública, a saber: princípio da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da impessoalidade, da publicidade e da eficiência, todos eles fixados no art. 37, da Constituição Federal, com a redação dada pela EC n.º 19, de 04.06.1998, bem como ao princípio da economicidade, previsto no art. 70, do mesmo diploma.

Destaco, igualmente, os incisos III e VII, que explicitam a idéia que norteia a Lei, através da exigência de normas estatutárias que prevejam mecanismos adequados de controle social e de responsabilização das organizações, com o objetivo de garantir que os recursos de origem estatal administrados por essas OSCIPs sejam, de fato, destinados a fins públicos. Para tanto, tem-se a previsão de um controle interno através de um conselho fiscal ou órgão assemelhado (III), bem como a realização de auditorias externas e independentes (c), e prestação de contas de todos os recursos e bens de origem pública recebidos pela entidade parceira, ao Congresso Nacional (alíneas c e d, respectivamente, do inc. VII).

Nestas exigências estatutárias, é possível vislumbrar, segundo Roberto Ribeiro Bazilli²⁵, claramente, um fenômeno bastante peculiar: se de um lado, privatiza-se o serviço público, ao permitir a participação da sociedade civil na execução do mesmo; de outro, mas concomitantemente, publiciza-se, em parte, a pessoa jurídica de Direito Privado que o presta, a qual passa a atuar como verdadeiro ente intermédio, nem totalmente privada, nem totalmente pública.

Sobre essa relação de esferas público e privado, já se manifestou Norberto Bobbio: “de fato, o processo de publicização do privado é apenas uma das faces do processo de transformação das sociedades industriais mais avançadas. Ele é acompanhado e complicado por um processo inverso que se pode chamar de ‘privatização do público’(...). Os dois processos, de publicização do privado e de privatização do público, não são de fato incompatível, e realmente compenetraram-se um no outro.”²⁶

Observados, pois, os requisitos mencionados, a pessoa jurídica de direito privado encontra-se em condições de requerer junto ao Ministério da Justiça a qualificação em comento, por meio de uma petição escrita e instruída com os documentos indicados no art. 5º. A decisão a respeito do pedido está estritamente

²⁵ BAZILLI, Roberto Ribeiro. Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público: nova modalidade de parceria, Revista dos Tribunais, n.779, p. 86.

²⁶ BOBBIO, Norberto, Estado, Governo e Sociedade, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1987, p. 26/27.

vinculada à lei, não havendo aqui espaço para qualquer juízo de oportunidade e conveniência a respeito do deferimento ou não. Os critérios a serem considerados são tão-somente aqueles mencionados na Lei, e nada mais, sob pena de violar direito subjetivo da entidade privada.

Cumpra-se notar que a qualificação de uma pessoa jurídica de Direito Privado como OSCIP, enquanto título que visa distinguir aqueles que atuam em colaboração e parceria com o Estado, não é definitiva, persistindo somente enquanto perdurar os requisitos que a autorizam²⁷. Pode ela, a qualquer, ser cassada, judicial ou administrativamente, a pedido da própria entidade qualificada ou por iniciativa popular ou do representante do Ministério Público, sempre observado o devido processo legal.

Há na Lei 9790/99, ainda, o detalhamento de outros aspectos destas organizações (como, por exemplo, a questão das licitações e contratações – que perquire, fundamentalmente, sobre a utilização ou não de recurso público²⁸ –; a responsabilização das OSCIPs, etc), que, em razão do limite deste trabalho, deixarei de abordar.

Passa-se agora a análise de um dos assuntos mais importantes no tocante às OSCIPs, que diz respeito à formalização do acordo entre o Estado e a PJDP, sem fins lucrativos, de que ora se trata: o **termo de parceria**.

B - O acordo de colaboração entre Estado e Sociedade Civil e o Termo de Parceria.

A formalização do vínculo de cooperação entre o Poder Público e as entidades privadas qualificadas como OSCIPs, para o fomento e a execução de projetos de interesse público, se opera através de um instrumento que a Lei n. 9.970/99 denominou de Termo de Parceria (art. 9º).

O Termo de Parceria, advir-se de pronto, não advém automática e necessariamente da qualificação da entidade privada como OSCIP²⁹. Para que isto

²⁷ Caso a OSCIP deixe de preencher qualquer dos requisitos legais, deverá comunicar ao Ministério da Justiça, o que implicará na perda da qualificação (art. 4º, Portaria n. 361/99)

²⁸ De acordo com o art. 14 da Lei 9.790/99, quando as OSCIPs celebram um ou mais termo de parceria, devem apresentar ao órgão estatal parceiro, até 30 dias após a assinatura, um Regulamento de Aquisição de Bens e Contratações de Obras e Serviços da OSCIP, publicado na imprensa oficial do Município, Estado ou União, dependendo da abrangência do projeto. A razão deste Regulamento – cujo modelo hipotético é fornecido pelo Ministério da Justiça –, dependerá da abrangência deste projeto.

²⁹ Aqui, mister é esclarecer uma importante distinção, que, de uma simples leitura da Lei, pode não ser bem compreendida, e que os autores em geral não o fazem. A Lei 9.790/99 trata, como visto, de um título jurídico conferido a determinadas pessoas jurídicas de Direito Privado que preenchem os requisitos legais – a qualificação como OSCIP. Esta qualificação, no entanto,

corra, é necessário que o Poder Público manifeste sua intenção de estabelecer este vínculo de parceria, no qual se dará o fornecimento de recursos públicos àquela, nos termos previstos em Lei (art. 9º do Decreto 3.100/99).

Esse importante instrumento de ação do Poder Público, sob a forma de parceria com a iniciativa privada, conforme noticia Maria Sylvia Di Pietro³⁰, foi idealizado no direito francês, sob o nome de contrato de gestão, como meio de controle administrativo ou tutela sobre as empresas estatais, a partir de um programa de qualidade. Antes disso, inclusive, o contrato de gestão já era utilizado como meio de vincular a programas governamentais determinadas empresas privadas que recebiam algum tipo de auxílio por parte do Estado.

Com efeito, esse termo de parceria, em que se institui a colaboração entre as partes e suas condições, isto é, direitos, responsabilidades e obrigações dos seus signatários, não é propriamente um contrato, em que existe prestações recíprocas envolvidas e interesses antagônicos a serem compostos contratualmente entre o administrador da entidade e o poder Público³¹. No caso em análise, há, em verdade, essencialmente um acordo baseado no consenso entre as partes, em que se programa uma atuação conjunta a partir do estabelecimento de objetivos, metas, resultados, indicadores de desempenho e mecanismos de desembolso, com o propósito de alcançar resultados de interesse comum. Daí a opção do legislador, por utilizar Termo de Parceria e não Contrato de Gestão, como previsto na Lei das Organizações Sociais (Lei n.º 9.637/98)³².

A assinatura desse Termo de Parceria deve ser precedida de uma consulta, pelo órgão estatal, ao Conselho de Política Pública da área de atuação do projeto, caso ele exista (art. 10, parágrafo 1º, Decreto 3.100/99, e art. 10 do Decreto 3.100/99), o qual emitirá parecer e dará sugestões se necessário. Essa exigência legal se justifica porque é da responsabilidade do órgão estatal proceder na averiguação, com

não implica automática e necessariamente a formalização do Termo de Parceria, que agora se propõe a analisar. Para firmar o Termo de Parceria, e, com isso ter a possibilidade de receber recursos públicos para a realização de projetos, o órgão estatal tem que manifestar interesse em promover a parceria com OSCIPs, oportunidade que terá, então, para indicar as áreas nas quais deseja firmar o vínculo de colaboração e os requisitos técnicos e operacionais para tanto, podendo, inclusive, realizar concursos para a seleção de projetos. A própria OSCIP pode, igualmente, propor a parceria, apresentando seu projeto ao órgão estatal. Neste caso, o órgão governamental irá avaliar a relevância pública do projeto e sua conveniência em relação a seus programas e políticas públicas, tanto quanto os benefícios para o público alvo.

³⁰ DI PIETRO, Contrato ..., p. 175

³¹ MOREIRA NETO, Coordenação ..., p. 44

³² Lembre-se que a Lei n. 9.637/98, ao dispor sobre a qualificação de entidades como Organizações Sociais, estabelece que a formação do vínculo de parceria destas com o ente estatal seja feita por instrumento firmado entre as partes denominado contrato de gestão (art. 5º), o que foi objeto de severas críticas por doutrina, por entender incorreto o termo utilizado.

antecedência, da idoneidade, regularidade, competência e adequação da OSCIP, com quem firmará o vínculo de colaboração, aos propósitos do Termo de Parceria, já que, por força deste, serão aportados recursos públicos a um ente privado.

Neste Termo de Parceria, portanto, devem estar previstas, necessariamente, as cláusulas estabelecidas no § 2º, do art. 10, da Lei, que permitem a supervisão e fiscalização do reto cumprimento do programa de trabalho³³, inicialmente proposto pela OSCIP, por um sistema de controle da administração Pública, formado por auditorias internas (por exemplo, a Secretaria Federal de Controle no Governo Federal) e externa (Tribunais de Contas). Sem dúvidas, o cumprimento destas cláusulas viabiliza a transparência do acordo e, com isso, lhe confere maior legitimidade.

CONCLUSÃO

Em vista das considerações expostas, ao meu ver, é possível responder positivamente a pergunta que intitulou o presente trabalho: sim, as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público constituem uma nova modalidade de parceria, que visa integrar a sociedade na vida do Estado, a partir de uma gestão coordenada de atividades sobre as quais paira interesses gerais.

Ademais, diante da dificuldade de definir com precisão o significado de interesse público constante na qualificação introduzida pela Lei n.º 9.790/99 (*Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público*), fica aqui a singela contribuição de que, para bem compreender o novel instituto, impõe-se a combinação de duas categorias de critérios: uma relativa à finalidade — não deve a entidade ter fins lucrativos, mas desenvolver determinados tipos de atividades de interesse geral da sociedade (arts. 1º e 3º) e a outra condizente ao regime de funcionamento — dispondo em seus estatutos e engendrando nas suas ações preceitos da esfera pública que tornam visíveis a transparência e responsabilização pelos atos praticados.

³³ O programa de trabalho mencionado é o projeto detalhado que a OSCIP se compromete a desenvolver, devendo conter o objeto da proposta, as metas a serem alcançadas, os indicadores de avaliação de desempenho, o cronograma de execução e de desembolso, previsão de receitas e despesas, além de outras informações pertinentes, como justificativa, metodologia de trabalho etc. O programa de trabalho é parte integrante do Termo de Parceria, devendo necessariamente expressar os quesitos determinados pela Lei 9.790/99.

BIBLIOGRAFIA

- ALVES, Francisco de Assis. *Fundações, Organizações Sociais, Agências Executivas, Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público e outras modalidades de prestação de serviço pública*. São Paulo: LTr, 2000.
- BAZILLI, Roberto Ribeiro. Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público: nova modalidade de parceria. *Revista dos Tribunais*, v. 779, set., 2000.
- BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade. Para uma teoria geral da política*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.
- BORGES, José Alfredo. Conceitos básicos da teoria da descentralização administrativa no direito brasileiro. *Revista Forense*, v. 279.
- COUTO E SILVA, Almiro. Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo. *Revista de Direito Público*, v. 84.
- DI PIETRO, Maria Sylvia. Reforma do Estado. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, v. 18.
- _____, Contratos de Gestão, Contratualização do Controle Administrativo sobre a Administração Indireta e sobre as Organizações Sociais. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, v. 45/46, jan./dez., 1996.
- FRANCO, Sérgio da Costa. Responsabilidade Social. *Zero Hora*, Porto Alegre, 23 maio 2004. p.19.
- JEGER, Ernesto. Parcerias público-privado. *Revista do Serviço Público*.v. 20, n. 1, ano 47, jan./abril, 1996.
- JELLINEK, Georg. *Teoria General del Estado*. Trad. Fernando de Los Rios. Buenos Aires: Editorial Albatros, p. 461.
- MEIRELLES, Hely Lopes Meirelles. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- MODESTO, Paulo. Reforma Administrativa e Marco Legal Das Organizações Sociais no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, v. 210, out./dez.1997.
- _____, Reforma do Marco Legal do Terceiro Setor. *Revista Trimestral de Direito Público*, v. 24.
- _____, As categorias de interesse na Constituição de 1988, *Revista Forense*, v. 307.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Organizações Sociais de Colaboração (Descentralização Social e Administração Pública Não-Estatal). *Revista de Direito Administrativo*, v. 210.
- _____, Coordenação Gerencial na Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*. v. 214, out./dez., 1998.
- MUSTAFA, Andréa. O Estado e as Organizações da Sociedade Civil. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. v. 95, 2000.
- PONTES FILHO, Valmir. Qualificação de Pessoas Jurídicas de Direito Privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Caráter Público. *Revista Trimestral de Direito Público*. v. 25, 1999.
- SUNFELD, Carlos Ari. Reforma do Estado. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n.18.
- TÁCITO, Caio. Transformações do Direito Administrativo. *Revista de Direito Administrativo*. v. 214, out./dez., 1998.