UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

ESTADO E REGULAÇÃO DO TERCEIRO SETOR:
um estudo sobre o modelo brasileiro de OSCIP e o modelo português de IPSS

Theresa Christine de Albuquerque Nóbrega

Recife/PE
2009

THERESA CHRISTINE DE ALBUQUERQUE NÓBREGA

ESTADO E REGULAÇÃO DO TERCEIRO SETOR:
um estudo sobre o modelo brasileiro de OSCIP e o modelo português de IPSS

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas / Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

Área de Concentração: Direito Público

Linha de Pesquisa: Estado, Poder Regulador e Tributação

Orientador: Prof. Dr. Raymundo Juliano do Rêgo Feitosa
Co-orientadora: Profª. Dra. Maria João Estorninho (Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa)

Recife/PE
2009

Nóbrega, Theresa Christine de Albuquerque

Estado e regulação do terceiro setor: um estudo sobre o modelo brasileiro de OSCIP e o modelo português de IPSS / Theresa Christine de Albuquerque Nóbrega. – Recife : O Autor, 2009.

387 folhas.

Tese (doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2009.

Inclui bibliografia e anexos.

1. Estado - Terceiro setor - Regulação - Parcerias - OSCIP - Brasil. 2. Organização da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIP. 3. Associações sem fins lucrativos. 4. Direito administrativo - Contrato - Regulação do Estado. 5. Sociedade civil - Brasil. 6. Concessão de serviços públicos - Análise - Brasil. 7. Organizações não-governamentais. 8. Serviços públicos - Regulação - Portugal. 9. Portugal - Regulação - Administração Pública - Instituições Particulares de Solidariedade Social - IPSS. 10. Serviços públicos - Privatização - Portugal. 1. Título.

342(81) CDU (2.ed.) UFPE

342.8106 CDD (22.ed.) BSCCJ2009-013

(Theresa Christine de Albuquerque Nóbrega)

(ESTADO E REGULAÇÃO DO TERCEIRO SETOR: Um estudo sobre o modelo brasileiro de OSCIP e o modelo português de IPSS)

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco PPGD/UFPE, como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor.

Área de concentração : Direito Público

Orientador: Dr. Raymundo Juliano Rego Feitosa

A banca examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidencia do primeiro, submeteu a candidata à defesa, em nível de Doutorado, e o julgou nos seguintes termos: MENÇÃO GERAL: APROVADA

Professor Dr. **Aurélio Agostinho da Bôaviagem** (Presidente – UFPE).
Julgamento: APROVADA Assinatura:

Professora Dr. **Edílson Pereira Nobre Júnior** (1° Examinador externo - UFRN)
Julgamento: APROVADA Assinatura:

Professora Drª. **Luciana de Medeiros Fernandes** (2ª Examinadora externa - DAMAS)
Julgamento: Aprovada Assinatura:

Professor Dr. **João Paulo Fernandes de Souza Allain Teixeira** (3° Examinador interno - UFPE)
Julgamento: APROVADO Assinatura:

Professor Dr. **Marcos Antônio Rios da Nóbrega** (4° Examinador interno - UFPE)
Julgamento: APROVADO Assinatura:

Recife, 26 de março de 2009.

Coordenador Prof.° Drº. Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti

À Silvina,
Que partiu sem ler esta tese, mas não deixou de ler a minha alma.

Hoje estive com minha mãe, na altura do final da tarde – estava na biblioteca quando ela se chegou, conduzindo o estremecimento do meu espírito. Talvez jamais me sinta só (...)
Do que partilhamos há sempre fartura, tanto assim, que da pobreza, não conheço nem a face. Com os sentidos aguçados, sou sempre rica de si, nos traços exuberantes de nossa interseção.
Francisco Buarque de Holanda não concebeu um tempo da delicadeza para a emoção da mãe que parte, mas sugeriu que a partida do filho não regenera a parte da mãe, que se desagrega pela dor. Talvez os filhos também não possam reconstituir o que se perdeu.
Decerto uma lacuna na obra do compositor, que invejo pela mãe longeva – uma justificativa para a falta da canção (...)

Lisboa, 31 de março de 2008.

“AGRADICATÓRIA”

Para Bruno,

Abro essa nota sobre um mecenato de sentimento
Diverso das moedas de mero patrocínio
Devo registrar aqui o valor da emoção
Para quem serviu por zelo
Em cada olhar de fomento
Palavras veladas no sorriso sereno

Na disponibilidade mais presente
Amparar só por devoção
No incentivo do silêncio mais calado
Balbuciar o estritamente necessário
Confortar com travesseiros de nuvens
Caminhar com as mãos estendidas

Pagar o preço de viver cada dia
Encontrar os suspiros de dúvida
E tentar disparar as respostas
Viver as tormentas
Aturar a separação da carne
E, no oceano, encontrar a fronteira dos corações aflitos

Renunciar com desprendimento
Soltar o espírito para os dias de fúria
Carregar um amortecedor de ternura
Suportar os hiatos de criatividade
E ofertar a mais absoluta fé no outro

A imersão em sua plenitude
É uma entrega sem preço
Transcende as bossas enfeitiçadas de amor eterno
Surpreende nos gestos
Aguça o universo do inusitado

Quando um homem quebra os teus copos
Mas supõe compartilhar o que jamais saiu da sua guarda
Legitima as suas improváveis mudanças
Se apodera do seu espaço
E amplia o seu chão

Talvez esteja em pecado pela alusão sutil
Absolutamente desprovida de precisão
Não será passível de portar os contornos da delicadeza
Nem haverá verbete com densidade para exaurir o sentido do que não foi dito
Por isso não se basta em si.

AGRADECIMENTOS

No tempo dessa gestação, vivi o que está além da perspectiva do amadurecimento acadêmico. Diante de impulso fascinante dos céus, passei por diversos ritos de passagem, e encontrei os limites de uma genuína ruptura. Chorei até secar e sorri de transbordar. Não posso deixar de dirigir meus agradecimentos àqueles que partilharam dessa vivência.

A CAPES, meus agradecimentos pelo financiamento da pesquisa realizada em Lisboa.

Meu orientador, Professor Doutor Raymundo Juliano do Rêgo Feitosa, foi o tutor sereno, sempre confiante, presente com sua generosidade e fé no meu trabalho.

A professora Doutora Maria João Estorninho aceitou minha co-orientação, com espírito desprendido, paciência para escutar, precisão nas considerações, e um constante olhar de ternura.

A Doutora Maria José Abreu, secretária do Programa de Pós-Graduação da Universidade Clássica de Lisboa, foi amiga, irmã e mãe na jornada d'além-mar.

Carminha e Josi, na secretaria do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, vivenciaram a trajetória do trabalho, com todos os esforços sempre a postos, torcendo, amparando, e segurando as tormentas.

O professor Doutor Francisco Queiroz Bezerra Cavalcanti deita aqui contribuição marcante – referências fundamentais para a bibliografia, incentivo constante e inspiração.

Meu pai sempre reivindicou minha humildade – em cada suspiro ofegante, me remeteu a reflexão sobre o valor do imperfeito, uma forma graciosa de lapidar sua filha mais "assilvinada."

RESUMO

NÓBREGA, Theresa Christine de Albuquerque. **Estado e regulação do terceiro setor**: um estudo sobre o modelo brasileiro de OSCIP e o modelo português de IPSS. 2009. 387 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas/FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2009.

Trata-se de estudo sobre a regulação dos contratos firmados entre Estado e Terceiro Setor, para a promoção conjunta de ações sociais. A pesquisa se ocupa especificamente do Termo de Parceria, contrato que potencializa as relações entre Poder Público e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público- OSCIP. A ênfase do trabalho recai sobre a observação do conjunto de instrumentos de controle à disposição do parceiro público, pois as ONGs, contratadas pelo Estado, recebem fomento do governo para a realização de um projeto social, que em tese, se conjuga com a política pública do Poder Executivo. Alguns pontos frágeis da regulação das OSCIPs evidenciam aspectos da inatividade do Estado, como agente regulador da iniciativa privada. Nesse ponto, a investigação se desloca para Portugal, tendo em vista a realização de estudo análogo, realizado junto as Instituições Particulares de Solidariedade Social – IPSS, que também contratam com a Administração Pública para a promoção dos mesmos fins. Dessa forma, a regulação portuguesa pode fornecer elementos para fortalecer a pesquisa realizada no Brasil.

Palavras-chave: Regulação. Terceiro Setor. Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP). Instituições Particulares de Solidariedade Social (IPSS).

ABSTRACT

NÓBREGA, Theresa Christine de Albuquerque. **State and regulation of the nonprofit sector**: a research about the brasilian standard OSCIP and the portuguese standard IPSS. 2009. 387 f. Doctoral Thesis (PhD of Law) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas/FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2009.

This is a study about the regulation of contracts arranged between the State and the nonprofit sector in order to provide effective social practices. This research focus specifically on the partnership term. Basically, it consists on a contract that strengthens relations between the state and the "OSCIP". Yet, this research emphasizes the analysis of all tools of control available for the public partner, considering that the NGOs hired by the State receive support from the government to accomplish a social project that, in theory, is attached to the governmental project. Some weak points of the "OSCIPs" regulation demonstrate aspects about the ineffectivity of the State as an agent responsible for regulating private iniciative. At this point, our investigation extends to Portugal aiming to fulfill a similar study which was achieved with "IPSS". The latter also hired NGOs with the State to achieve the same purposes. This way, the Portuguese regulation can provide elements to strengthen the current research completed in Brazil.

Keywords: Regulation. Nonprofit Sector. OSCIP. IPSS

SUMÁRIO

UMA NOTA DE APRESENTAÇÃO 11

CAPÍTULO 1 - SOBRE O TERCEIRO SETOR..... 19
1.1 ACEPÇÕES CONCEITUAIS..... 24
1.2 FORMAS DE CERTIFICAÇÃO CONFERIDAS PELO ESTADO AO TERCEIRO SETOR..... 33
1.2.1 **Certificado de utilidade pública**..... 40
1.2.2 **Certificado de fins filantrópicos**..... 45
1.2.3 **Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social**. 49
1.3 FONTES DE FINANCIAMENTO DO TERCEIRO SETOR..... 54

CAPÍTULO 2 - A ORGANIZAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO..... 66
2.1 A SUBSIDIARIEDADE COMO FONTE DE LEGITIMAÇÃO IDEOLÓGICA DO TÍTULO..... 71
2.2 A INSPIRAÇÃO DO PROCESSO LEGISLATIVO..... 74
2.3 REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DO TÍTULO..... 79
2.3.1 **Instituições privadas habilitadas à certificação**..... 82
2.4 O FINANCIAMENTO DAS OSCIPs..... 84
2.5 O REGIME DE PARCERIA..... 91
2.6 O DEBATE SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DA OSCIP..... 99
2.6.1 **A posição paraestatal da OSCIP**..... 102
2.6.2 **Reflexões sobre o possível desvio de finalidade**..... 105
2.6.3 **A fuga para o privado e a legalização do neopatrimonialismo**..... 107

CAPÍTULO 3 - O TERMO DE PARCERIA..... 110
3.1 A CONTRATUALIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO TENDÊNCIA..... 113
3.2 POSSÍVEIS PARADIGMAS PARA A CONSTRUÇÃO DOGMÁTICA DO TERMO DE PARCERIA..... 118
3.2.1 **O convênio**..... 119
3.2.2 **O contrato de gestão**..... 125
3.2.3 **O contrato administrativo**..... 130
3.3 UMA REFLEXÃO SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DO TERMO DE PARCERIA..... 135
3.3.1 **A delimitação da fuga para o privado no fomento estatal das OSCIPs**..... 138
3.3.2 **Como fica o serviço "público" social**..... 141
3.3.3 **O possível boicote ao direito público subjetivo do cidadão**. 145
3.4 UMA ÚLTIMA PALAVRA SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DO TERMO DE PARCERIA..... 150

CAPÍTULO 4 - A INATIVIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA TUTELA DAS OSCIPs..... 153
4.1 A FOTOGRAFIA LEGAL DO CONTROLE DAS OSCIPs..... 153
4.2 O APELO DEMOCRÁTICO NA ASSOCIAÇÃO ENTRE ESTADO E OSCIPs..... 162
4.2.1 **A parceria como estratégia de defesa do Estado**..... 167
4.2.2 **Sobre a promessa de democratização das políticas sociais compartilhadas**..... 172
4.2.3 **O conselho de política pública como espelho da democratização**..... 176
4.3 A REGULAÇÃO DO TERMO DE PARCERIA..... 181
4.3.1 **A seleção da OSCIP para parceria com o Poder Público**..... 182
4.3.1.1 Licitação e inatividade da Administração Pública..... 185
4.3.1.1.1 *As deficiências da regulação na celebração do termo de parceria*..... 187
4.3.2 **A tutela do contrato**..... 190
4.3.2.1 O controle prévio..... 193
4.3.2.2 O acompanhamento do contrato..... 197
4.3.2.2.1 *Breves considerações sobre a supervisão ministerial*..... 199
4.3.2.2.2 *A cultura da supervisão ministerial no controle das OSCIPs*.. 202
4.3.2.2.3 *Possíveis conseqüências da evasão material de fiscalização dos termos de parceria*..... 207
4.3.2.3 Expediente de correção decorrente da inadimplência contratual..... 217
4.4 O BALANÇO DA INATIVIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA..... 223
4.4.1 **Prejudicialidade da função reguladora**..... 225
4.4.2 **Prejudicialidade da tutela do procedimento**..... 232
4.4.3 **Prejudicialidade na efetividade material da função pública** 235

CAPÍTULO 5 - UM OLHAR EM PORTUGAL..... 237
5.1 UMA ABORDAGEM DAS INSTITUIÇÕES PARTICULARES QUE SERVEM AO ESTADO..... 241
5.1.1 **As Instituições Particulares de Solidariedade Social**..... 243
5.2 UMA ABORDAGEM DOS CONTRATOS QUE O PODER PÚBLICO FIRMA COM OS PARTICULARES..... 249
5.2.1 **Os acordos para a promoção da seguridade social**..... 254
5.3 A AÇÃO SOCIAL DIANTE DO TERCEIRO SETOR NA CÂMARA MUNICIPAL DE LISBOA..... 259
5.3.1 **O contrato-programa**..... 263
5.4 A REGULAÇÃO PORTUGUESA DIANTE DO DIREITO BRASILEIRO..... 267

CONSIDERAÇÕES FINAIS..... 277

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... 283

ANEXOS..... 300
Anexo 1 - Legislação brasileira..... 301
Anexo 2 - Legislação portuguesa..... 316
Anexo 3 - Relatório parcial de pesquisa empírica..... 337
Anexo 4 – Entrevistas..... 344

UMA NOTA DE APRESENTAÇÃO

Cá estamos na Calçada dos Barbadinhos, iniciando as reflexões sobre o estudo que pretendemos reduzir a termo, com uma problemática onde as indagações preliminares se apresentam nas parcerias do Estado com o terceiro setor, no que tange à atuação das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs).

O foco da pesquisa foi determinado por questionamentos realizados durante o curso de Mestrado, quando a reforma do Estado no Brasil culminava numa vasta produção legislativa voltada para corporificar instrumentos de gestão pública derivados de um projeto intitulado Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado.

A essa altura, estávamos no início dos anos 2000, vivenciando as primeiras consequências das grandes privatizações no setor econômico, e parte considerável da sociedade, alheia à discussão mais pontual sobre o Programa Nacional de Desestatização, acalentava-se com o despontar de um maior potencial de universalidade na cobertura dos serviços de energia e de telefonia.

Nessa época, já estava concluída a etapa mais contundente das privatizações na ordem econômica brasileira, mas a reforma do Estado, nos moldes traçados pelo Ministério da Administração e Reforma do Estado do governo de Fernando Henrique Cardoso, não estava finda, e o momento era propício para uma reflexão sobre o futuro dos serviços públicos sociais, pois o legislador acabara de produzir normas viabilizando a atuação do Terceiro Setor na gestão desses interesses.

Decerto a observação desse cenário implicaria a pesquisa ora desenvolvida, partindo da necessidade de investigar a possibilidade de um movimento político de privatização no setor de serviços não exclusivos[1], onde se apresentam saúde, educação, assistência, pesquisa, desporto, dentre outras atividades de cunho social.

Contudo, já faz dez anos que a norma autoriza o Poder Público a redefinir sua estratégia de gestão dos serviços públicos sociais e não se apresenta no palco dos acontecimentos pretéritos um esquema de privatização *estricto senso*, onde o Estado se

[1] A expressão serviços não exclusivos é apontada no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, que observa serem os serviços sociais atividades que podem ser desenvolvidas pelo setor público ou pela iniciativa privada, daí porque a potestade não os exploraria com exclusividade. O projeto a que nos referimos é um documento político, por isso não pretendemos fazer juízo de valor sobre as opiniões por ele registradas, sobretudo, quando se refere aos serviços sociais como atividades atípicas do Estado, pois não concordamos com tal menção à atipicidade.

desfaz por completo da titularidade e/ou da execução dos serviços públicos ou de utilidade pública sob a sua guarda, nesse segmento.[2]

Se o debate não recai sobre o risco da privatização, o que justificaria uma pesquisa sobre a atuação do Terceiro Setor na prestação de serviços sociais nesse momento? De fato, no Brasil temos uma movimentação política diferente daquela que se dá na Venezuela, por isso nossos governantes tentam fazer as mudanças com menos alarde.

Nesse contexto, atendo à indagação, sugerindo o despontar de uma transformação quase silenciosa do *modus operandi* do Estado, pois seria prematuro concluir que chegamos ao fim da era da privatização, só porque as estatais não estão mais esperando a batida do martelo dos leilões[3].

De fato, as mudanças ainda estão seguindo seu curso, onde se procura o Estado se encontra a iniciativa privada de contrato empunhado, fazendo às vezes da potestade, por isso estamos longe da vivência de uma realidade estática e nos apoderamos da idéia de Javier Barnés pra observar as profundas mudanças a redesenhar o Direito Administrativo, numa perspectiva aparentemente distante da acomodação do cenário. [4]

---

[2] Hely Lopes Meirelles considera que os serviços sob a tutela do Estado são públicos quando a Administração reconhece sua essencialidade, mas podem ser de utilidade pública quando a Administração reconhece sua conveniência, nos seguintes termos: "No primeiro caso (serviço público), o serviço visa satisfazer necessidades gerais e essenciais da sociedade, para que ela possa subsistir e desenvolver-se como tal; na segunda hipótese (serviço de utilidade Pública), o serviço objetiva facilitar a vida do indivíduo na coletividade, pondo a sua disposição utilidades que lhe proporcionarão mais conforto e bem-estar." MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balesteiro Aleixo e José Emanuel Burle Filho. 32ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 331. A menção a essa classificação é fundamental, a legislação que dipõe sobre a atuação de terceiros na prestação de serviços sociais deriva do Plano Diretor da reforma do Aparelho do Estado, matriz da reforma administrativa alçada a partir dos anos 1995, que dispõe sobre serviços sociais, numa zona fora da área estratégica de atuação do Poder Público, como se a gestão dos interesses nesse segmento fosse apenas uma conveniência da Administração. Apesar de a Lei 7.783/1987 não vislumbrar a essencialidade de serviços sociais na área de educação e assistência, não é possível supor que o Estado possa dispor obrigações impostas pela Constituição Federal no título da Ordem Social.

[3] A alusão à perspectiva de desestatização faz menção à privatização de entidades estatais, vislumbrando a possibilidade de alienação do patrimônio público nas áreas onde o Estado produz bens e serviços para o mercado, mas essa forma de privatização é apenas uma das possibilidades de desestatização derivadas da reforma administrativa desencadeada pelo plano direto aludido na nota acima. Nesse contexto, é fundamental mencionar que a desestatização possui um campo de abrangência maior, atingindo, inclusive a ordem social. Marcus Juruena Vilela Souto observa o fenômeno nesse constexto, dispondo que "desestatização é a retirada da presença do Estado de atividades reservadas constitucionalmente à inicitiva privada (princípio da livre iniciativa) ou de setores em que ela possa atuar com maior eficiência (economicidade); é o gênero, do qual são espécies a privatização, a concessão, a permissão, a terceirização e a gestão associada de funções públicas." SOUTO, Marcus Juruena Villela. Desestatização, Privatização, Concessões e Terceirizações. 3ª Ed. Atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000, p. 9.

[4] Apresentando a tradução da obra de Eberhard Schmidt-Assmann, Javier Barnés sintetiza o cenário de profunda mudança do Direito Adminstrativo nas relações Estado-particular, com a seguinte alusão: *"Ciertamente, hablar de reforma y cambio en el Derecho administrativo es tan antiguo como el Derecho administrativo mismo.""Con todo, hay tiempos de reforma o ruptura y tiempos de consolidación. La*

Novas formas de pacto relacionam a Administração Pública com particulares, e contratualização do Direito Administrativo se perfaz como tendência em mútiplos segmentos de atuação da Administração Pública, pois no setor econômico a idéia de concessão se renova com as privatizações, e na área social há um apelo para a cooperação, que não deriva da situação particular de desenvolvimento da sociedade civil em cada Estado.[5]

O fenômeno referenciado é sorrateiro, não traz consigo a ostentação de uma reforma administrativa, mas acaba reordenando a forma de o Estado se manifestar enquanto Administração, não porque se apresenta como uma estratégia de ação política, mas porque, enquanto tendência, se projeta como matriz instrumental das principais transformações esculpidas pela administração pública nos últimos tempos.[6]

De fato, estamos vivenciando o império do contrato, não porque o Estado parta da utilização de um recurso novo, mas porque o referido instrumento assume formatos redefinidos com a abertura de novas concessões de serviço público, parcerias público-privadas e parcerias com o Terceiro Setor, dentre outros.

Na pesquisa que se apresenta adiante, focalizamos um instrumento contratual específico para determinar condições de aprofundamento da investigação capazes de dignificar uma tese de doutorado, por isso recortaremos o objeto, focalizando o termo de

---

etapa que nos ha tocado se singulariza por câmbios profundos em La sociedade y en el Estado." BARNÉS, Javier. Presentación De La Tradución. In SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. **La Teoría General Del Derecho Administrativo Como Sistema.** Madrid, Barcelona: Instituto Nacional de Administración Pública, Marcial Pons, 2003, p. XXII.

[5] A explosão global dos processos de cooperação entre sociais e Administração Pública, em diversas modalidades é referência na descrição da sistematização do Direito Administrativo do Professor Eberhard Schmidt-Assamann, que suscita possíveis adversidades relacionadas à concretização de direitos fundamentais da sociedade decorrentes da aliança entre os atores referidos. *"Es claro, desde luego, que, como consecuencia de estas nuevas relaciones o formas de trato con el poder público. Habrán de aflorar ciertas amenazas o peligros para los derechos fundamentales y las liberdades públicas . Asi-mismo surgirán problemas de carácter jurídico, a los habrá de enfrentyarse el fenómeno de la cooperación."* SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. **La Teoría General Del Derecho Administrativo Como Sistema.** Madrid, Barcelona: Instituto Nacional de Administración Pública, Marcial Pons, 2003, p. 24

[6] O fenômeno da contratualização na Administração Pública nos remete à reciclagem de pactos tradicionalmente firmados entre o Poder Público e diversos segmentos da iniciativa privada, e com a expressão "Direito das Parcerias", os acordos firmados e título de consórcios e convênios são reforçados com a intensificação da prática e a criação de novas modalidades. Essa leitura é ratificada por Diogo de Figueiredo Moreira Neto numa seção intitulada de: "A expansão do pacto no Direito Administrativo contemporâneo com a admissão de vários tipos de acordos como modalidades não-contratuais." MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações de Direito Público.** Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2006, p. 335. Em muitas hipóteses, a contratualização na Administração se revela nas discussões sobre a fuga do regime jurídico de Direito Público, ou nos debates sobre a inserção do Direito Privado na gestão do espaço, o que Paulo Otero referencia como uma "opção administrativa pelo Direito Privado." OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade.** 1ª Reimpressão. Lisboa: Almedina, 2003, p. 284.

parceria, como mecanismo que permite o vínculo entre o Estado e as Organizações da Sociedade Civil de interesse Público.

O recorte do objeto não se estabelece aleatoriamente, após a defesa da dissertação de mestrado em 2003, começa a iniciativa de estudo que amadurece no Centro de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal de Pernambuco, quando algumas disciplinas do Programa de Mestrado e Doutorado de Ciência Política, tais como Reforma Fiscal do Estado e Tópicos Avançados de Política, auxiliaram as primeiras incursões sobre as OSCIPs.

Nessa época, o governo do Estado de Pernambuco promoveu um simpósio chamando as entidades sem fins lucrativos a participar de conjunto de seminários e oficinas voltados para esclarecer como seria possível a tais instituições se qualificarem como OSCIPs, tendo em vista a realização de trabalhos em parceria com o Estado.

Prontamente foi possível verificar que a concessão do título de OSCIP a entidades do Terceiro Setor não tinha caráter meramente honorífico[7], pois o *site* do Ministério da Justiça já registrava mais de duas mil instituições tituladas desde que a Lei n. 9.790 havia sido editada em 1999.

Durante um ano e meio, o principal esforço foi desenvolvido no sentido de dar consistência ao projeto de doutorado que impulsionava uma investigação teórica, mas, sobretudo, empírica do objeto, por isso um árduo trabalho foi realizado para delimitar uma amostra de instituições, qualificadas como OSCIPs, com características capazes de nos colocar diante de um referencial expressivo de estudo.

Diante de uma lista de entidades qualificadas no segmento de assistência social, com endereços informados na cidade do Recife, um conjunto de entrevistas foram realizadas entre os anos de 2005 e 2006, quando as reflexões sobre o trabalho se aprofundam e culminam num conjunto de observações, onde as indagações se voltam para o termo de parceria.

Ora, supondo a natureza contratual do referido instrumento, chega então o tempo de olhar para o gênero da espécie estudada, na busca de uma abstração mais cuidadosa sobre o fenômeno macroscópico da pesquisa, e nesse ponto nos deparamos com a

[7] Ao dispor sobre a promoção da capitalização do Teceiro Setor, Joaquim Falcão observa que a Lei 9.790/99 pode abrir o leque de rceitas das ONGs qualificadas como OSCIPs, vislumbrando múltiplas fontes de financiamento, que são reforçadas junto ao Poder Público pelos acordos decorrentes de termos de parcerias. FALCÃO, Joaquim. **Democracia, Direito e Terceiro Setor.** 2ª Ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006, 160.

contratualização da Administração Pública, como tendência internacional desprovida de qualquer bairrismo provinciano.

A meditação continua e passa a transitar além das fronteiras do direito administrativo, quando encontramos o contrato como um dos principais instrumentos de regulação do Estado, que, há pouco mais de duzentos anos, têm tentado se submeter ao direito, amparados pela democracia, com as mais diversas fachadas.

Desde então, vamos observar ora a implantação, ora apenas a influência de paradigmas de atuação liberal, de bem-estar, de ordem reguladora ou de formas intermediárias de apresentação desses modelos, mas o protótipo ideal descrito pela teoria do Estado ainda é o fundamento de todas as iniciativas de reforma, mesmo que as mudanças não sejam assim consideradas.

A reflexão que propomos não se constitui como um estudo de efetividade dos serviços sociais, inseridos no plano de atuação das entidades do Terceiro Setor com as quais o Estado pactua, pois uma tese de doutorado é uma pesquisa sempre individual e, por isso limitada pelo tempo, pelo espaço, pelos recursos financeiros do pesquisador, dentre outros quesitos.

Por isso, na redefinição das metas do projeto de doutorado, nos propomos a observar se a regulação dos serviços sociais, na pauta do fomento estatal às OSCIPs, favorece o Poder Público, como regulador da ordem social, na concretização do seu papel de dirigente, tutor e orientador da iniciativa privada, diante das condições que se apresentam com a acomodação e abrandamento da crise fiscal do Estado, com o fim do século XX.

Partimos da premissa de que num tempo, onde a iniciativa privada não é um recurso desprezível, o Poder Público vai se relacionar com seguimentos do Mercado e do Terceiro Setor em investidas relacionadas à gestão de suas atribuições, por isso a introdução de novas formas de relacionamento, entre setor público e setor privado tencionam a construção de um formato de Estado Regulador, suavizado pela derrocada do discurso neoliberal, extremado pelos precursores norte-americanos e ingleses das reformas iniciadas nos anos 1970.

O Estado Regulador, nessa perspectiva de transição, não tem uma moldura uniforme, mas algumas tendências parecem ser universais, e se potencializam em ferramentas de gestão pública difundidas em parte considerável da América e da Europa. Nesse sentido, podemos vislumbrar que as relações, travadas entre Estado e iniciativa privada, parecem ganhar densidade com a expansão de antigos fenômenos, como as

delegações de serviço público, e a regulação de novos instrumentos de associação, nas parcerias público-privadas e parcerias com o Terceiro Setor.

O foco dessa pesquisa recorta um aspecto dessas relações público-privadas, onde o Estado parece aperfeiçoar seu relacionamento com o setor privado, se valendo de novas ferramentas para capturar o trabalho de instituições do Mercado e do Terceiro Setor, sem supor a redução da Administração Pública, e a transferência da tutela sob a produção de políticas públicas, nos vários segmentos de intervenção social e econômica.

O redimensionamento do Estado Regulador não é um fenômeno universal nos países da Europa e da América, mas esse arranjo estatal moderado, nem tanto neoliberal, nem tanto de providência social, pode apresentar performances de conteúdo análogo, o que verificamos quando observamos traços da legislação, da cultura política e da regulação do fomento dirigido ao Terceiro Setor no Brasil, e em Portugal.

Os dados coletados sobre o fomento estatal das organizações não governamentais, para a promoção de políticas sociais, nos dão notícia de um Estado que procura e se deixa procurar por instituições sem fins lucrativos, passíveis de serem fomentadas, para robustecer a malha de serviços sociais, produzidos diretamente pela Administração Pública.

Tanto no Brasil como em Portugal, a sociedade civil organizada apresenta uma postura que favorece essa interface de aliança entre os segmentos, sobretudo, porque o Terceiro Setor enxerga o Estado como um patrono generoso, por isso o fomento público é buscado com avidez, pelas ONGs, que podem pleitear incentivos, via subsídios fiscais, mesmo quando não atuam em parceria com o Poder Público.

Essa voracidade por fomento das entidades do Terceiro Setor inclina o Poder Público a tentar aproveitar o trabalho das organizações não governamentais, em parcerias, que podem se estabelebecer com diversos de níveis intensidade. Nessa perspectiva, o contrato se constitui como instrumento de regulação, que instrumentaliza as alianças, evidenciando a expansão do fenômeno da contratualização na Administração Pública.

O contrato vai servindo de eixo para o Poder Público maximizar as relações entres entes públicos, entres este e a iniciativa privada. No que diz respeito ao engamento dos atores públicos e peivados, a perspectiva é a ampliação do objeto do contrato, que vai além do mero fornecimento de bens, serviços e obras, pois as alianças de mútuos benefícios, que se expandem a passos largos, mobilizam recursos para vários acordos, onde se inserem os termos de parceria, mas também as parcerias público-

privadas, os acordos de cooperação, os protocolos de colaboração, os contratos de gestão, os contratos-programa e tantos outros pactos.

Importa então vislumbrar que mesmo diante do prognóstico positivo de James Austin[8] sobre essas relações de reciprocidade entre segmentos do Estado, do Mercado e do Terceiro Setor, há sempre um risco inserido no contato do Poder Público com a iniciativa privada, pois independentemente dos fins da pessoa jurídica de privado, subsiste sempre uma perspectiva de captura nociva ao interesse público.

Por isso, a intervenção do Estado na ordem econômica e social pontecializada pela contratualização das suas relações com a iniciativa privada apresenta uma performance dual, pois o contrato, nos moldes aludidos, representa uma tendência e um risco, sobretudo, se realçarmos a corrupção, como fenômeno perene, abragente e inerente à administração pública.

Se o Poder Público e a iniciativa privada vão se relacionar com uma ênfase cada vez mais pronunciada, é necessário supor que a falta de uma regulação adequada pode estimular o contorno patrimonialista do desenho da administração pública, com uma nova roupagem, possivelmente mais discreta, mas não menos incisiva no assalto sofrido pela sociedade civil, no que tange aos direitos pontencialmente usurpados pelo cano de escape da corrupção.

Tanto em Portugal como no Brasil, vamos nos deparar com uma engrenagem Estado-Terceiro Setor que parece estar caminhando numa plataforma ainda experimental. Por isso a idéia de estudar os contratos firmados com IPSSs e OSCIPs, nos países aludidos não nos inclina a uma comparação estrita dos modelos de associação dos atores, mas favorece a observação das tendências de regulação.

Ao nos voltarmos para o eixo dessa tese, estabelecido na relação travada entre Poder Público e OSCIPs, por meio do termo de parceria, é possível observar inicialmente que a regulação do contrato pode apresentar pontos de prejudicialidade. É diante dessa premissa que lançamos a investigação.

Para tanto, vamos fotografarr o Terceiro Setor no Brasil, observando o tipo relacionamento travado com Estado, a partir da concessão dos certificados, que reconhecem a sua orientação para público.

Em seguida, observaremos o título de OSCIP, nas peculiaridades que indicam a perspectiva de ampliação do relacionamento entre Administração Pública e

[8] AUSTIN, James E. **Parcerias: fundamentos e benefícios para o terceiro setor.** Tradução de Lenke Peres. São Paulo: Futura, 2001, p. 17-22.

Organizações não Governamentais, em função do possível compartilhamento de políticas públicas sociais entre esses segmentos.

Para verificar as condições que potencializam a associação entre Estado e OSCIPs, vamos inferir os elementos do contrato, que vincula os signatários, observando os traços do termo de parceria, como modelo contratual *sui generes*, diante da tendência de contratualização na Administração Pública.

Uma seção específica será aberta para evidenciar os questionamentos sobre o modelo de regulação dos termos de parceria, vislumbrando a possível inatividade da Administração Pública na fragilidade dos instrumentos de controle relacionados ao contrato.

Para ratificar as tendências de regulação apresentadas nessa abordagem, vamos apresentar aso nuances do aparato de regulação, estabelecido para os acordos firmados com Instituituições Particulares de Solidariedade Social – IPPS – em Portugal.

Nos termos desse roteiro há uma tese elementar, que serve como eixo da investigação, mas há pequenas teses de apoio levantadas no curso de cada capítulo, evidenciando pontos de aprofundamento abortados nesse estudo, para resguardar a clareza da matriz epistemológica desse estudo.

Diante disso, o objeto da pesquisa nos remete à regulação do termo de parceria, por isso a contratualização na Administração Pública é a estrada, as OSCIPs são nosso ponto de partida, e as IPSSs são a linha de chegada, nesse percurso, que agora se descortina.

CAPÍTULO 1 - SOBRE O TERCEIRO SETOR

O debate proposto na seção começa com a investigação do segmento que o Estado se propõe a contratar para desenvolver serviços, por isso começamos esta abordagem fazendo considerações sobre o Terceiro Setor, tendo em vista não só a apresentação de conceitos e características do objeto de estudo, mas também vislumbrando aspectos legais que mostram como o Estado, especificamente no Brasil, tem se relacionado com essa esfera do setor privado.

A priori, é necessário esclarecer a origem da expressão "terceiro setor," pois tal designação surge recentemente para indicar um espaço há muito tempo ocupado pela sociedade, já que há registro secular de iniciativas institucionalizadas ou não da sociedade civil na realização de atividades comunitárias.[9]

No Brasil, os estudos sobre Terceiro Setor só utilizam essa locução a partir dos anos 1990, com as primeiras publicações propostas no sentido de enfrentar o tema. Contudo a matéria já estava na pauta de muitos cientistas sociais que se ocupavam da mesma categoria no estudo das "organizações não governamentais"[10]

As organizações não governamentais, popularmente conhecidas como ONGs, são instituições criadas por núcleos da sociedade para a realização de uma finalidade pública, que, via de regra, implica uma prestação de caráter social. Nesse sentido, é o

---

[9] O registro secular do terceiro setor nos reporta à influência da religião sobre o segmento, que se expande, pois tanto a igreja católica na defesa da solidariedade social, como o protestantismo, ao evocar a responsabilidade individual do cristão, ensejam o desenvolvimento embrionário dos entes desse setor. No Brasil, As Santas Casas de Misericórdia portuguesas revelam essa interface religosa da origem do Terceirto Setor, mas José Eduardo Sabo Paes registra que o regime militar inaugurado em 1964 acaba sendo uma fonte de impulso para o desenvolvimento do nosso Terceiro Setor, ao mencionar que: "a partir da década de 70, houve uma expansão significativa de associações civis, movimentos sociais, sindicatos, grupos ambientalistas e de defesa das minorias – foi quando surgiu pela primeira vez, no cenário brasileiro, grande número de ONGs. A diversificação, pluralidade, e articulação desses grupos ficaram bastante evidenciadas durante os trabalhos da Assembléia Constituinte de 1988." PAES, José Edurado Sabo. **Fundações e Entidades de Interesse Social: Aspectos Jurídicos, admistrativos, Contábeis e tributários.** 2ª Ed., revista ampliada e atualizada. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p.63.

[10] Simone de Castro Tavares Coelho revela bastante rigor na parte introdutória de seu estudo comparado sobre Terceiro Setor, pois, ao questionar de que trata o recurso, a pesquisadora propõe a construção de uma teia de informação muito sistemática sobre a organização da sociedade civil, via voluntariado e movimentos sociais, tendo em vista determinar o espaço onde se encontram as organizações não governamentais e consequentemente a emergência da expressão terceiro setor a partir da observação desse espaço. Nesse estudo aponta-se o surgimento da expressão terceiro setor no Brasil com as publicações de Rubem César Fernandes e Leilah Landim no início dos anos 1990. C.f. COELHO, Simone de Castro Tavares. **Terceiro Setor: Um estudo comparado entre Brasil e Estados Unidos.** 2ª Ed. São Paulo: SENAC, 2002, p.61.

fim do ente é característica imprescindível para o gozo de *status* que a legislação determina para a regulação do Terceiro Setor.[11]

No plano internacional, a locução terceiro setor começa a se dissipar no final dos anos 1970, quando uma crise fiscal de caráter internacional atinge as economias ocidentais, desencadeando focos de reforma do Estado, sobretudo, na Grã-Bretanha, na Nova Zelândia, na Austrália e nos Estados Unidos, pioneiros da elaboração dos primeiros projetos de reestruturação de suas Administrações.[12]

Quando as primeiras reformas estatais começam a ser implementadas, a essência do plano é reduzir os custos da máquina, por isso muitas investidas são realizadas pelo Estado para providenciar a assunção de algumas de suas atividades pela iniciativa privada, pois reduzir as tarefas implicava o enxugamento das instituições públicas e consequentemente se apresenta a redução orçamentária.[13]

---

[11] Pode-se observar que a expressão "organização não governamental" foi utilizada preliminarmente para designar as instituições da sociedade civil organizadas, cujos fins estariam voltados para o interesse público, mas, apesar de essa designação não ter perdido seu significado ao longo do tempo, passa a locução "terceiro setor" a ser usada para o reconhecimento do mesmo grupo, por isso as expressões são sinônimas, na medida em que o surgimento da segunda terminologia não aniquila o significado da primeira.

[12] "Os países em que a Reforma Gerencial foi mais profunda foram a Grã-Bretanha, a Nova Zelândia e a Austrália, onde ocorre a partir dos anos 80. Nos Estados Unidos, a reforma irá ocorrer nessa década principalmente no nível local – é esta a reforma que o livro do Osborne e Gaebler, *Reiventando o governo* (1992), descreverá de forma tão expressiva. No nível federal, terá início em 1993, quando o Presidente Bill Clinton indica o vice-presidente Al Gore para liderar o programa *National Performance Review,* com base nos princípios descritos ou propostos por Osborne e Gaebler. Em outros países Europeus e na América latina, principalmente no Brasil, a Reforma Gerencial também começa a avançar." PEREIRA. Luiz Carlos Bresser. **Reforma do Estado para a Cidadania: a reforma gerencial brasileira reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional.** São Paulo: Ed. 34; Brasília: ENAP, 1998, p.51. As reformas do Estado disparadas na América Latina no final do século apresentam uma peculiaridade, pois a derrocada dos regimes autoritários é um impulso dos acontecimentos, já que, segundo Cavarozzi, quando os governos autoritários deixam de ofertar benefícios consistentes, ou descumprem suas metas, a tomada de decisão perde legitimidade, provocando uma crise de baixo para cima. CAVAROZZI, Marcelo. **Más Allá de las transaciones a la democracia em América Latina.** In: *Revista de Estudios Políticos.* Madrid, n. 74, 1991, p.99.

[13] Nuria Cunill Grau faz alusão à crise fiscal, observando a motivação para as reformas nos anos 1980, ao vislumbrar que: "os problemas principais, nesse momento, na América latina, são, sem sombra de dúvida, a crise fiscal, em um contexto internacional dominado pelo deslocamento dos mecanismos financeiros e comerciais e o próprio processo de globalização, dois processos que revelam com toda intensidade o esgotamento da MEC e, em particular, tornam crítico o modo de intervenção do Estado na economia, um modo de intervenção que, de qualquer maneira, sempre fora constitucionalmente frágil." GRAU, Nuria Cunil**l. Repensando o Público através da sociedade: novas formas de gestão pública e representação social.** Tradução Carolina Andrade. Rio de Janeiro: Revan; Brasília: ENAP, 1998, p. 193. Nessa referência, a menção à MEC, diz respeito à "matriz estadocêntrica (...). Por essa matriz , faz-se a regulação estatal da economia, e ela, além disso, supõe um tipo de relacionamento distorcido entre Estado e sociedade e um padrão típico de tomada de decisões e de resoluções de conflitos encontrável na maioria dos países latino-americanos, não obstante a diversidade de regimes políticos." GRAU, Nuria Cunil**l. Repensando o Público através da sociedade: novas formas de gestão pública e representação social.** Tradução Carolina Andrade. Rio de Janeiro: Revan; Brasília: ENAP, 1998, p. 187. A racionalização orçamentária proposta pelo Plano Diretor do Aparelho da Reforma do Estado supõe mudanças institucionais na Administração Pública, sobretudo na condução de uma ordem econômica e social que suscita a atuação de entes privados, mas o projeto de ajuste fiscal não é uma política consolidada, e o

As mudanças são drásticas, e o Poder Público, ao legitimar as reformas com bons argumentos, leva a evitar efeitos penosos das transformações administrativas na política, por isso ergue-se a bandeira da livre iniciativa de quebrar monopólios do setor público na exploração de atividade econômica, pois as vantagens da atuação do mercado precisam ser convincentes.[14]

Contudo, a tarefa de reformar o Estado alcança também o setor abrangido pelos serviços sociais, tais como educação, saúde, assistência, pesquisa, tecnologia, desporto, dentre outros, e legitimar a atuação da iniciativa privada é uma empreitada complicada, principalmente se consideramos que o modelo de bem-estar social é, no mínimo, eixo das influências que propõem um verdadeiro imperativo de atuação nessa área tão delicada.[15]

---

alerta proposto por Marcus André Melo sobre a gestão populista do interesse público parece bem pronunciada no Brasil, "ou seja, os governantes não poderiam dizer não" para não pôr em risco sua sobrevivência política." MELO, Marcus André. Reforma do Estado e Mudança Institucional: a agenda de pesquisas nos anos 80 e 90. In: MELO, Marcus André**. Reforma do Estado e Mudança Institucional no Brasil.** Recife: Massangana, 1999, p. 22.

[14] A interpretação do princípio da livre iniativa no contexto dessa reforma nos remete a um resgate parcial do ideal liberal aludido por André de Laubadère no seguinte trecho: "o direito, ligado a predominância, na época do liberalismo económico clássico, de uma concepção muito exigente deste último, foi que as actividades industriais e comerciais estão reservadas à iniciativa privada e que as intervenções das colectividades locais neste domínio, falseando o jogo da livre concorrência, lhes são em princípio proibidas." LAUBADÈRE, André de. **Direito Público Económico.** Coimbra: Almedina, 1985, p. 265. Ratificando essa exegese que dispõe sobre o papel subsidiário do Estado na produção de bens e serviços para o mercado, Marcus Juruena Vilela Souto registra que "do princípio constitucional da livre iniciativa, que, aliás, é *fundamento* da República Federativa do Brasil (CF, art. 1º, IV) , cabe extrair-se, ainda, a lição de que, definida uma atividade econômica como *relevante,* deve ela *antes* de ser exercida pelo próprio Poder Público, ser oferecida à iniciativa privada, para que demonstre seu interesse em executá-la dentro dos parâmetros almejados pela sociedade e materializados no planejamento." SOUTO, Marcus Juruena Villela. **Direito Administrativo da Economia.** 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003, p.23.

[15] No dos anos 1970, parte dos Estados da Europa conseguiram efetivar o modelo de bem-estar social alçado como alternativa com o fim da segunda guerra mundial, mas, mesmo nos países do ocidente onde a implementação não se deu por completo, é possível observar as influência do protótipo com a multiplicação de instituições públicas implicadas numa rede de proteção social que capturava as expectativas da sociedade independentemente do grau de eficiência da prestação. Nesse sentido, Marinús Pires de Lima revela que na Europa há mais do que uma expectitativa em torno de construção de um welfare state, pois a engrenagem do paradigma social europeu é, de per si, a construção de um modelo político peculiar, baseado na democracia, na liberdade e no bem-estar. LIMA, Marinús Pires de. **A Europa Social: questões e desafios.** Análise Social. Lisboa:Instituto de Ciências Sociais, vol. XXVIII, n. 123/124, 1993, p.1. A crise do Estado de providência e seu impacto sobre a prestação de serviço público social é matéria discutida amplamente pela doutrina espanhola, onde a ordem constitucional que propõe a construção de um típico Estado de bem-estar social também sofrerá diante da crise econômica que se maximiza nos anos 1980. Na Espanha, o limiar entre a produção da Constituição e o sobressalto da crise nos remete de relance à realidade brasileira, pois a Constituição editada em 1978 padece diante de um cenário de reforma identificado no início dos anos 1980. Já no Brasil, a Constituição promulgada em 1988 se vê violentada pelas reformas no início dos anos 1990. Quanto ao impacto da crise econômica sobre a prestação de serviços público Jose Manuel Castells Arteche adverte especificamente para o problema da legitimação política do Estado, colocada em cheque pelas transformações decorrentes da crise no seguinte trecho: "*Situación que al repercutir en el sistema de ingresos y gastos del Estado, incidia de forma mediata pero inexorable en la prestación de los servicios públicos. Es por ello que se ha planteado una denominada crisis del Estado fiscal, denotadora de la impotencia del mismo para afrontar las exigencias*

O Estado, ao propor que a iniciativa privada também gerisse serviços sociais, teria que vestir esse segmento numa roupa nova, capaz de dissipar aquela impressão de que no setor privado o único interesse que conduz a gestão é o lucro, por isso as tarefas vislumbradas na ordem social das Constituições necessitavam de um polo de administração alheio a essa perspectiva.

É nesse contexto que se produz o gancho terminológico coberto pelas virtudes[16] de que as reformas careciam, por isso a iniciativa privada seria recortada em dois conjuntos, o primeiro, formado pelas instituições do mercado, onde o objetivo se concentraria no lucro, e o segundo, composto por todos os organismos voltados para trabalhos de cooperação comunitária, sem interesse financeiro.[17]

Partindo dessa divisão, chegamos à fórmula elaborada pelos intelectuais que produziram o argumento da reforma, vislumbrando uma espécie de repartição de tarefas que antes se concentravam na atuação da Administração Pública, mas que passariam a ser enfrentadas por três segmentos: o 1º setor, qual seja, o Estado; o 2º setor, nas mãos do mercado, e o 3º setor, formado pelo conjunto das organizações da sociedade civil sem fins lucrativos.[18]

O Terceiro Setor já existia como complexo organizacional, mas a expressão que passa a identificar tal segmento da iniciativa privada passa, a partir daí, a despertar o interesse de vários núcleos de pesquisa das ciências sociais, que se ocupam então de

---

populares, siendo los gastos sociales el precio que el Estado tiene que pagar por el consenso y la legitimación política." ARTECHE, Jose Manuel Castells. **Cuestones finiseculares de las Administraciones Publicas.** Madrid: Editorial Civitas, 1991, p. 160.

[16] A virtude a que aludimos deriva de uma premissa bastante sedimentada na literatura, que se ocupa dos vários temas vinculados ao debate sobre o Terceiro Setor, por isso é muito frequente a menção de honrosa às organizações não governamentais, como se sua credibilidade fosse um caráter inerente. Nessa perspectiva, apesar de discordarmos respeitosamente das matérias que enaltecem ONGs e das expressões sinônimas utilizadas a seguir, fazemos o seguinte registro, a título ilustrativo: "O Terceiro Setor recebe várias denominações, sendo as mais usuais Setor Solidário, Setor Coletivo e Setor Independente. É, por excelência, um setor solidário, onde alguns velam por muitos, onde o individual dá lugar ao coletivo, e recebe a denominação de Setor Independente por se mostrar eqüidistante do Poder Estatal e do poder Econômico, gerador de riquezas. " RAFAEL, Edson José. **Fundações e direito.** São Paulo: Companhia Melhoramentos, 1997, p. 5.

[17] É importante ressaltar que os interesses comunitários a que nos referimos tanto se verificam na atuação de entes que trabalham, tendo em vista a concretização de um sistema de mútua ajuda, como também se verificam na atuação de organizações cujas iniciativas se destinam à concretização de objetivos gerais.

[18] O Terceiro Setor no contexto elucidado nos remete à observação de um conjunto abrangente, relativamente confuso e cheio de significado político, o que é possível verificar no questionamento de Carlos Montaño na indagação sobre o que há atrás do chamado "terceiro setor", a crítica se protrai no *déficit* de clareza comentado pelo cientista social nos seguintes termos: "*el término 'tercer sector' carece de rigor teórico – no es preciso en la caracterización del espacio que ocupa y confunde más do que aclara y es desarticulador de lo social, presuponiendo la existencia de un primer y e un segundo sector – dividiendo la realidad social en tres esferas autónomas: el Estado, el mercado y la 'sociedadecivil'"*. Cf. MONTAÑO, Carlos. **Tercer Sector y Cuestión Social: Crítica al patrón emergente de intervención social.** 2ª Ed. Tradução: Ramiro Dulcich y Kátia Marro. São Paulo: Cortês, 2005, p.231.

vários problemas nos âmbitos sociológico, político, econômico, contábil, administrativo e jurídico.

As pesquisas se multiplicaram, e o Terceiro Setor já fornece às ciências sociais uma problemática dotada de autonomia que impulsiona as publicações, que chegam a receber bancas reservadas de livrarias, inclusive com a edição de periódicos regulares, bem como a realização de seminários e cursos de pós-graduação voltados para a formação de profissionais voltados para trabalhar com foco nessa área.

Decerto, o estudo que propomos tem cortes que restrigem muito o foco de observação do Terceiro Setor, pois, na seção a seguir, recortaremos dessa grande teia de engrenagens sociais apenas as organizações dotadas de personalidade jurídica, cujos objetivos estatutários revelem a vocação para objetivos de caráter geral, e, dessa primeira delimitação, excluímos os entes da sociedade civil, desprovidos e sua institucionalização, bem como aqueles cuja ação corporativa não se proponha a atuar em prol do interesse público.

O recorte não se estagna nesse contexto, pois, no estudo das instituições privadas, constituídas com objetivo de satisfazer interesses coletivos, no Brasil, vamos olhar diretamente para as entidades portadoras do título de Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, o que exclui instituições do Terceiro Setor qualificadas com outros títulos mencionados ainda neste capítulo.

Mas as limitações deste estudo são muito mais profundas, se observamos que, do ponto de vista da teoria das organizações, não é possível fazer menção ao Terceiro Setor como um conjunto de organismos providos de uma identidade universal, pois há um jogo de interfaces culturais, sociais, políticas, econômicas, religiosas, que delinea a sociedade civil em formas de organização específicas em cada país e, às vezes, em distintas regiões num mesmo Estado.[19]

Não podemos recusar a idéia de que essa investigação passa pelo Terceiro Setor, sem mergulhar nas profundas discussões contemporâneas sobre esse tema, mas, apesar da luz própria que direciona os estudos sobre esse segmento, quase infinito de possibilidades de ação civil, julgamos ser o mote perfeitamente legítimo para vislumbrar

[19] No sentido de ratificar esse entendimento, registramos que :"*The effectiveness of such forms o action shoud not be meansurable and non-measurable effects. Institutional change, new elites and cultural innovation can be measured and are the most visible effects of collective action. But there are also less visible outcomes of collective action which can be detected only at the cultural level. The reversal of cultural codes is a challenge which addresses forms of power hidden in the allegedly neutral rationality of administrative apparatuses "*. MELUCCI, Alberto. The New Social Movements Revisited: Reflections on a Sociological Misunderstanding. In. MAHEU, Louis (Org.). **Social Movements and Social Classes.** London: SAGE, 1995, p. 114.

um dos caminhos de desconstrução do ideal de Administração Pública, em Estados supostados subjugados pela democracia e pelo Direito.

Contudo, nas próximas seções deste capítulo, apresentaremos uma abordagem que tende a ser meramente descritiva, pois o conhecimento do objeto é apenas um ponto de suporte para a análise que nos remeterá à contratualização da Administração Pública, por isso nesta seção vamos priorizar a lapidação do conceito, a observação dos títulos jurídicos que o Estado pode conferir e o tipo de relacionamento que o Poder Público vem alinhavando nas organizações que integram esse conjunto.

1.1 ACEPÇÕES CONCEITUAIS

No que diz respeito ao conceito de Terceiro Setor, vamos nos deparar com dois enfrentamentos específicos, observando a finalidade a que se propõe o ente e a verificação ou não de sua personificação.

José Eduardo Sabo Paes, jurista referenciado pela maioria dos documentos doutrinários que remetem ao Terceiro Setor, dispõe que o segmento compreende: "o conjunto de organismos, organizações ou instituições dotadas de autonomia e administração própria que apresentam como função e objeto principal atuar voluntariamente junto à sociedade civil visando ao seu aperfeiçoamento."[20]

Na abstração do conceito mencionado, desponta o debate de nossa primeira indagação sobre a finalidade perquirida pelo Terceiro Setor, pois há, no mínimo, dois tipos de instituições sem fins lucrativos que produzem benefício para a sociedade civil, se observamos que alguns entes são criados para oferecer bens e serviços a seus associados, enquanto em outras organizações o atendimento se dá irrestritamente à comunidade de modo geral.

Em função dessa categorização das organizações sem fins lucrativos, observamos que é frequente a construção de conceitos que comportam ambas as espécies institucionais, na medida em que o Terceiro Setor passa, em caráter residual, a concentrar todos os organismos que estão fora do Estado e do Mercado. A citação de Augusto Franco se propõe a especificar o conjunto organizacional inserido nesse contexto, onde estão:

---

[20] PAES, José Edurado Sabo. **Fundações e Entidades de Interesse Social: Aspectos Jurídicos, admistrativos, Contábeis e tributários.** 2ª Ed., revista ampliada e atualizada. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p.68.

> As entidades beneficentes e assistenciais; as entidades culturais, científicas e educacionais; as entidades recreativas e esportivas; as fundações privadas (inclusive as empresariais) e as organizações não-governamentais. Incluem-se também no Terceiro Setor as entidades beneficentes, assistenciais, culturais, científicas, educacionais, recreativas e esportivas, vinculadas a religiões, igrejas ou assemelhadas (seitas, sociedades, congregações, irmandades, ou ordens de caráter filosófico ou teosófico – como as maçonarias, teosofias, a rosa-cruzes etc.). Incluem-se ainda no Terceiro Setor as organizações de caráter corporativo e as entidades representativas patronais e profissionais (como os sindicatos, as federações, as confederações e as centrais de empregados e empregadores, as associações de classe e de categoria profissional estabelecidas por base territorial, por unidade produtiva ou por ramo de atividade). Da mesma forma, incluem-se no Terceiro Setor as associações de benefício mútuo (caixas, fundos) ou de defesa de interesses setoriais não-difusos (como associação de mutuários, de moradores, de usuários de determinados serviços, de consumidores de determinados produtos etc.). Incluem-se, igualmente, aquelas organizações de defesa ou promoção de interesses e direitos gerais difusos e comuns (como as associações de defesa dos direitos dos consumidores, os grupos que lutam pelo respeito aos direitos humanos etc.). Fazem parte também do Terceiro Setor todas as associações voluntárias estruturadas na forma de redes, articulações e movimentos sociais, que lutam por objetivos de inclusão social e de cidadania no seu sentido mais amplo. Por ultimo, embora possa parecer inusitado, incluem-se no Terceiro Setor as organizações religiosas e assemelhadas e as organizações políticas de caráter partidário.[21]

Decerto é possível reconhecer a propagação de uma via de mão dupla na determinação do conceito proposto para o Terceiro Setor, que ora se enquadra num sentido lato, abrangendo todas as entidades sem fins lucrativos independentemente dos beneficiários visados, ora assume um caráter estrito abarcando apenas as organizações que se dedicam ao interesse geral, sem visar a interessados específicos.

Talvez seja possível justificar essa dualidade se considerarmos que a re-emergência[22] do Terceiro Setor em meados do século XX é marcada por diversas dessemelhanças nos países centrais, periféricos e semiperiféricos, onde o segmento,

---

[21] FRANCO, Augusto de. A reforma do Estado e o terceiro setor. In: PEREIRA, Luiz Carlos; WILHEIM, Jorge; SOLA, Loudes (orgs.). **Sociedade e Estado em Transformação.** São Paulo: Ed. UNESP, 2001. 283-4.

[22] A expressão re-emergência é utilizada para registrar a assunção de uma nova forma de relacionamento entre o Estado e o Terceiro Setor, pois, no início do século, a legislação coloca o Estado diante de uma forma discreta de reconhecimento que implica uma perspectiva futura de fomento, mas é só a partir do final da segunda guerra mundial que os Estados de capitalismo tardio vão observar uma postura mais ativa de luta do Terceiro Setor pelas causas de apoio à social democracia. Nos países de capitalismo tardio, as lutas do Terceiro Setor ganham visibilidade com o despontar de regimes ditatoriais, mas, em ambos os espaços estatais, é a partir do final dos anos 1970 que o Terceiro Setor é chamado a participar da gestão de atividades sociais atribuídas historicamente ao Poder Público.

passa à condição de recurso de suprimento ou de apoio a políticas públicas sociais em função do cenário de crise fiscal que se apresenta. [23]

Contudo, neste estudo, que potencializa o relacionamento do Estado com o Terceiro Setor, só é possível reconhecer os conceitos que observam o sentido estrito do segmento, recortando as instituições com finalidade voltada para servir ao público em geral, pois, a partir do início do século XX, o Estado passa a determinar a natureza de suas relações com tal segmento concedendo títulos jurídicos apenas aos entes que provam sua dedicação ao interesse público.

Nesse sentido, o Terceiro Setor se liberta do seu conceito residual, onde estão todas as pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos, e se torna um segmento mais específico, onde encontramos o setor público não estatal, ou seja, organizações concebidas pela sociedade civil para a promoção de interesses gerais, que trabalham num espaço público, sem integrarem a estrutura institucional do Estado.[24]

As instituições inseridas no setor público não estatal se reconhecem formalmente nos estatutos das organizações comprometidas com a realização das atividades sociais mais diversas, pois o que as caracteriza não é o objetivo social específico, já que as

---

[23] Boaventura de Sousa Santos, num exame minucioso do Terceiro Setor, como segmento ativo de prestação de serviços à sociedade, no contexto da reforma a que aludimos, remete-se a realidades diferentes enfrentadas pelo Terceiro Setor, não só em função do grau de desenvolvimento dos países, mas levando em consideração um conjunto de heterogeneidades que se distribuem no âmbito do império anglo-saxão e da Europa Continental e, ao justificar os motivos que desencadeiam esse novo papel assumido pelo Terceiro Setor, o jurista, comenta que, em países periféricos como o Brasil, as pressões internacionais determinaram o verdadeiro processo de indução nessa revalorização do Terceiro Setor. Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa. **A reinvenção solidária e participativa do estado.** Coimbra: Oficina do CES, n. 134, 1999, p. 16.

[24] É evidente que estamos diante de uma descrição do setor público não estatal que atende às implicações românticas do projeto de reforma do Estado, que, aqui no Brasil, verifica-se expresso num documento político que precisa tecer uma rede capaz de legitimar os argumentos da mudança, por isso o conceito apresentado é a expressão de um paradigma ideal talvez distante de nossa realidade. Numa fonte doutrinária de suporte à reforma do Estado, essa acepção estrita do conceito de Terceiro Setor pode ser verificada nos seguintes termos: "O setor produtivo público não-estatal é também conhecido por 'terceirosetor,' 'setor não-governamental' ou 'setor sem fins lucrativos'" PEREIRA, Luiz Carlos Bresser & GRAU, Nuria Cunill. Entre o Estado e o mercado: o público não-estatal. In PEREIRA, Luiz Carlos Bresser & GRAU, Nuria Cunill (orgs.). **O Público Não-Estatal na Reforma do Estado.** Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999, p. 16. Esse contexto estrito de observação do Terceiro Setor sob o enfoque da Reforma do Estado dos anos 1990 é elucidado por Maria Tereza Dias ao registrar que: "O movimento da reforma administrativa gerencial apropriou-se da idéia de *redescoberta da sociedade civil,* rebatizando-a, dentro de uma nova clasificação de setores do Estado, de *setor público não-estatal.*" DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Terceiro Setor e Estado: Legitimidade e Regulação: Por um novo marco jurídico.** Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 96. E, para ratificar a perspectiva idealizada de construção conceitual, Marco Aurélio Nogueira deduz que: "O discurso reformista privilegiou unilateralmente a importância da sociedade civil no contexto e na dinâmica da reforma do Estado. Tratou de valorizar precisamente sua contribuição para a gestão e a implementação de políticas. Assim concebida, a sociedade civil conteria um incontornável vetor antiestatal: seria um espaço diferente do Estado, não seria necessariamente hostil a ele, mas seguramente 'estranho' a ele, um ambiente imune a regulações ou a parâmetros institucionais públicos." NOGUEIRA, Marco Aurélio. **Um Estado para a sociedade civil: temas éticos e políticos da gestão democrática.** 2ª Ed. São Paulo: Cortez, 2005, p. 59.

mesmas são discriminadas pelo foco da destinação de suas políticas que devem alcançar a sociedade como um todo.

Apesar da possibilidade de reconhecimento do setor público não estatal do ponto de vista formal, o que já registramos ser possível na observação dos estatutos das instituições, não podemos deixar de elucidar que as dificuldades do ponto de vista da identificação do segmento em seu âmbito material são por vezes verificadas no tecido social, político e cultural das engrenagens institucionais que estão nas raízes do Terceiro Setor.[25]

A discussão se apóia nos distúrbios do referido tecido social quando nos reportamos aos atores da sociedade civil engajados nas Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, pois, ao construir uma teoria do fracasso filantrópico, Lester Salamon e Helmut Anheier observam fragilidades do Terceiro Setor, por vezes observadas nas economias capitalistas periféricas, que reduzem o potencial das instituições sem fins lucrativos em suas relações com o Estado. [26]

Por hora, nos ocuparemos do Terceiro Setor observando o conceito nessa perspectiva estrita, considerando que o Estado só tem reconhecido para fins de fomento e parceria as instituições sem fins lucrativos cuja finalidade se dirige ao interesse geral, sem discriminar beneficiários.

A construção de um conceito para o Terceiro Setor afastado desse sentido amplo e residual nos remete a reflexões teóricas anteriores à reforma gerencial do Estado no

---

[25] Eloísa Helena propõe uma reflexão acerca dos fins visados pelo setor público não estatal, duvidando da vocação de nosso público não estatal brasileiro, com uma alusão pontual à obra Raízes do Brasil de Sergio Buarque de Holanda, que constrói na personagem do "homem cordial" as características deturpadas de nossa formação política nos seguintes termos: "Com respeito ao nosso objetivo de examinar alguns aspectos da constituição do *espaço público não-estatal* no Brasil, podemos nos perguntar como o conceito de *homem cordial* manifestou-se nessa área. A cordialidade constitui-se, nas diversas camadas sociais, em um instrumento de proteção dos grupamentos sociais em relação ao Estado, figurando no espaço público, distante e agente de coerção. As organizações de serviços sociais, as associações, as entidades corporativas e sociais que se constituíram no Brasil apresentam-se como expressão de uma sociedade fortemente marcada pelo atributo da cordialidade, no processo de organização do *espaço público não-estatal."* Cf. CABRAL, Eloísa Helena de Souza. **Terceiro Setor: gestão e controle social.** São Paulo: Saraiva, 2007, p. 105.

[26] Não podemos deixar de mencionar a teoria do fracasso filantrópico na designação dos arquétipos desfigurados do Terceiro Setor, que Salamon e Anheier sugerem em quatro tipos de falhas ou limitações:a) insuficiência filantrópica – as organizações do Terceiro Setor não são capazes de providenciar recursos suficientes para responder a todas as necessidades; b) Particularismo filantrópico – os atores dessas organizações têm tendência a focalizar seus interesses em subcategorias de problemas/situações (particularismo étnico, religioso, comunitário); c) Paternalismo filantrópico – a definição das necessidades é feita pelos atores que dispõem de mais recursos para afetar o bem coletivo, o que distorce as necessidades reais; d) Amadorismo filantrópico – o trabalho voluntário pode revelar-se insuficiente ou ineficaz face a problemas que pedem intervenção profissional. SALAMON, Lester & ANHEIER, Hemult, et al. **The emerging sector revisited. A Sumary.** Baltimore: The Jonhs Hopkins University, 1998, p.63-71.

Brasil, pois no final dos anos 1980 e início dos 1990, Lester Salamon e Helmut Anheier discutem os processos de evolução do Terceiro Setor na sociedade norte-americana, focalizando suas semelhanças com o mercado na busca de uma atuação com independência do Estado. [27]

Esses estudos vão amadurecer no conjunto de uma década, culminando nos resultados de uma pesquisa comparativa de caráter internacional realizada pelo *Institute for Police Studies da Johns Hopkins University,* que será de fundamental importância para a análise de seis características que podem ser decisivas na construção do conceito de Terceiro Setor que pretendemos apresentar.

Com o registro das conclusões da pesquisa, Lester Salamon dispõe então de seis determinantes que caracterizam o Terceiro Setor, destacando que as organizações desse segmento são, por sua própria natureza:

a. **Estruturadas,** na medida em que recebem um registro que lhes garante caráter institucional, por isso revestidas de uma forma jurídica, é possível determinar quais os responsáveis pelo ente, qual o seu objeto e como destina seus recursos.
b. **Privadas,** porque são constituídas fora da estrutura dos órgãos e entidades do governo, apesar de poderem receber recursos públicos.
c. **Não distribuidoras de Lucros,** pois mesmo que de sua atuação resulte superávit financeiro, as instituições sem fins lucrativos não podem distribuir lucros com seus dirigentes ou com quaisquer pessoas que tenham realizado investimentos em favor do ente.
d. **Autogovernadas,** devido a sua capacidade de autodeterminação, já que cada instituição tem direito de determinar seus próprios mecanismos de gestão, inclusive na definição de seus mecanismos de controle, resguardado o respeito aos ritos ordinários a que se submetem as pessoas jurídicas no que tange a expedientes trabalhistas, contábeis e fiscais.
e. **Voluntárias,** vez que, via de regra, devido à natureza de seus compromissos, é possível vislumbrar abertura para a participação comunitária implicada em sua atuação, apesar de tal requisito ter caráter obrigatório para seu funcionamento.

[27] SALAMON, Lester. The Voluntary sector and the future of the welfare state. **Nonprofit and Voluntary Sector Quartely.** V. 18. p.1, 1989 e ANHEIER, Hemult K. Temes in internacional research on the nonprofit sector. **Nonprofit and Voluntary Sector Quartely,** n. 19, 1990, p 4.

f. **Finalidade Pública,** já que as organizações do Terceiro Setor, retiradas daquela zona residual, fora do Estado e do Mercado, trabalham na busca de objetivos de caráter coletivo, visando ao interesse público, mesmo que não consigam atuar com uma cobertura universal da sociedade.[28]

Com a disposição dessas características, podemos, então, ensaiar um conceito para o Terceiro Setor de caráter não residual, que nos remete à parcela das instituições sem fins lucrativos onde estão as organizações não governamentais – ONGs, supondo que, nesse contexto, o Terceiro Setor é o conjunto de pessoas jurídicas de direito privado, constituídas sob qualquer forma definida pela legislação civil em vigor, que formalizem em seus estatutos o compromisso de não distribuir lucros, mantendo uma administração independente, aberta à atuação do voluntariado e voltada à concretização de objetivos coletivos de interesse público.[29]

No mesmo sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro se refere ao Terceiro Setor, ao dispor que se trata das "pessoas privadas que exercem função típica (embora não exclusiva do estado) como as de amparo aos hipossuficientes, de assistência social, de formação profissional"[30]

Acompanhando a administrativista, observamos a leitura de Fernando Borges Mânica que conceitua o Terceiro Setor como o "conjunto de pessoas jurídicas de direito privado, constituídas de acordo com a legislação civil sob a forma de associações ou fundações as quais desenvolvam atividades de defesa e promoção de quaisquer direitos previstos pela a Constituição ou prestem serviço de interesse público"[31]

Nas considerações de Eduardo Szazi, o Terceiro Setor se verifica no "conjunto de agentes privados com fins públicos, cujos programas visavam atender interesses sociais

---

[28] SALAMON, Lester. **America's nonprofit sector: a primer.** Nova York: Foudation Center, 1999, p. 10.

[29] Nesse conceito não residual de Terceiro Setor, encontramos um grupo de organizações cujos traços distintintivos marcantes são seu nível de institucionalização e seu objeto de ação lato, mas, mesmo no conjunto delimitado, há sempre muitas dessemelhanças entre os entes, pois o tencionamento dos atores da coletividade engajados, os objetivos perseguidos, o caldo de cultura, por isso, de acordo com Chris Pickvance, os movimentos sociais à mobilização de atores social na vida pública da coltividade não são um fenômeno restrito às formas de organização do poder local nos Estados, pois o Terceiro Setor é um eixo de balanceamento da democracia capitalista e da transição do socialismo. Cf. PICKVANCE, Chris. Space, Power and Collective Action: Convergence or Divergence. In: MAHEU, Louis (Org.). **Social Movements and Social Classes.** London: SAGE, 1995, p. 114.

[30] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Direito Administrativo**. 21ª Ed, 2ª reimpressão. São Paulo: Atlas, 2000, p. 465.

[31] MÂNICA, Fernando Borges. **Terceiro Setor e Imunidade Tributária**. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p.65.

básicos e combater a exclusão social e, mais recentemente, proteger o patrimônio ecológico brasileiro."[32]

Sílvio Luiz da Rocha faz a seguinte alusão: "os entes que integram o Terceiro Setor são entes privados, não vinculados à organização centralizada ou descentralizada da Administração Pública, mas que não almejam, entretanto, entre os seus objetivos sociais, o lucro e que prestam serviços em áreas de relevante interesse social e público."[33]

Ao fechar a discussão conceitual, observando a finalidade das organizações do Terceiro Setor, vislumbramos a questão da personificação, focalizando a possibilidade de o Estado se relacionar com entes desse segmento, concedendo títulos jurídicos para incentivar ou partilhar políticas públicas com ou sem o suprimento de requisito formal concernente ao registro necessário para a aquisição da personalidade jurídica.

Diante dos requisitos que serviram de ponto de partida para a construção do conceito que se enquadra na perspectiva deste estudo, não seria necessário levantar a discussão relativa à construção de um paradigma formal de existência para os organismos do Terceiro Setor, mas preferimos pecar por excesso.

Nessa perspectiva, não podemos deixar de verificar que, observando o Terceiro Setor numa dimensão *lato senso*, encontramos nos organismos referenciados, há pouco, por Augusto Franco uma diversidade de entes, onde é possível identificar a possível ausência de personalidade jurídica no que diz respeito a seitas, irmandades, movimentos sociais etc.[34]

Contudo, para consagrar a justificativa do recorte conceitual desta pesquisa é necessário recordar que o Terceiro Setor só pode se relacionar com Estado na produção de políticas públicas, qualquer que seja o regime, se suas organizações estiverem revestidas de personalidade jurídica, pois o Poder Público tem um relacionamento com tais entes que demanda a realização de um contrato.

Como as partes de um contrato, independentemente de qual seja sua natureza[35], precisam ser sujeitos com capacidade para contrair direitos e obrigações em nome

---

[32] SZAZI, Eduardo. **Terceiro Setor: regulação no Brasil.** São Paulo: Peirópolis, 2003, p. 22.
[33] ROCHA, Sílvio Luís. **Terceiro Setor.** São Paulo: Malheiros, 2003, p.13.
[34] FRANCO, Augusto de. A reforma do Estado e o terceiro setor. In: PEREIRA, Luiz Carlos; WILHEIM, Jorge; SOLA, Loudes (orgs.). **Sociedade e Estado em Transformação.** São Paulo: UNESP, 2001. 28
[35] Trataremos das espécies contratuais disponíveis para a contratação do Terceiro Setor numa seção específica, mas por hora cabe registrar que são várias as possibilidades e que as principais categorias nesse contexto são o contrato de gestão e o termo de parceria.

próprio, então as instituições do Terceiro Setor capazes de assumir compromissos com a potestade devem necessariamente se revestir de personalidade jurídica.[36]

Para observar as formas de revestimento jurídico que desencadeiam a personificação das organizações do Terceiro Setor, é necessário observar que o artigo 44 do Código Civil de 2002 propõe que as pessoas jurídicas de direito privado podem se configurar como sociedades, associações e fundações, mas nem todas essas formas de registro podem vestir o segmento aludido.

No Código Civil de 2002, o conceito de sociedade se apresenta no artigo 981: "Celebram contrato de sociedade as pessoas que se obrigam reciprocamente a contribuir, com bens e serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados."

Prontamente, é possível perceber que as entidades do Terceiro Setor não se revestirão da forma jurídica de sociedade, pois há duas incompatibilidades observadas, primeiro no que diz respeito ao objeto, depois no que tange a seu fim, se consideramos que esses entes, via de regra, desenvolvem atividades sociais[37], cuja finalidade não pode ser lucrativa.

Para determinar a forma jurídica apropriada para a personificação das instituições do Terceiro Setor, vamos observar que o legislador nos coloca diante de duas possibilidades de registro, pois uma instituição sem fins lucrativos voltada para atividade de caráter não econômico poderá assumir a forma de associação ou de fundação de direito privado.

O Código Civil de 1916 não mencionava estritamente os fins a que podiam se servir as associações e as fundações, mas o Código Civil de 2002 faz menção expressa à finalidade das fundações, estabelecendo que as pessoas jurídicas de direito privado, criadas com tal natureza, após a edição da legislação em vigor, dedicar-se-ão a objetivos religiosos, morais, culturais ou de assistência.

---

[36] A personalidade está verificada no ser humano e também nas instituições dotadas de capacidade para exercer direitos e contrair obrigações de acordo com o Direito Civil Brasileiro. Por isso, o Terceiro Setor deve ser considerado no grupo dos organismos institucionalizados, entidades personificadas pelo exaurimento das solenidades legais próprias para tal.

[37] É importante destacar que a atuação de algumas instituições do Terceiro Setor acabam por desencadear a gestão de interesses econômicos de seus beneficiários, pois, em alguns projetos sociais, sobretudo, naqueles voltados para o desenvolvimento sustentável, é possível verificar instituições que trabalham com hipossuficientes, apoiando a formação de cooperativas, concedendo crédito e organizando a produção das mais diversas atividades de mercado, mas o caráter social do trabalho não se descaracteriza com a concretização de objetivos econômico de seus assistidos.

Apesar da restrição determinada por lei, é possível supor que a maioria das entidades do Terceiro Setor optará pela forma de associação, independentemente da finalidade que venha a desempenhar, pois as formalidades para registro e manutenção, de uma fundação, são mais densas, solicitam o crivo do Ministério Público e implicam a promoção de interesse difuso.[38]

De acordo com o artigo 53 do Código Civil de 2002, as associações são pessoas jurídicas de direito privado que se dedicam preferencialmente ao desenvolvimento de atividades ligadas à defesa de um ideal comum de seus associados fundadores, por isso tendem ao desenvolvimento de atividades morais, pias, literárias, artísticas, dentre outras.[39]

Apesar de as associações se dedicarem a objetivo diverso daquele buscado pelas sociedades, não se proíbe que as primeiras se dediquem eventualmente ao exercício de atividade econômica[40], contanto que essa atuação não descaracterize sua atividade, que pode se dirigir à concretização de objetivos que revertem em favor de seus associados ou de toda a comunidade.

Para a constituição de uma associação, o artigo 54, do Código Civil de 2002, apresenta os seguintes requisitos:

> a. A denominação, os fins e a sede da associação;
> b. Os requisitos para a admissão, demissão e exclusão de associados;
> c. Os direitos e deveres dos associados;
> d. As fontes de recurso para a sua manutenção;
> e. O modo de constituição e funcionamento dos órgãos deliberativos e administrativos;
> f. As condições para a alteração das disposições estatutárias e para a dissolução.

---

[38] A publicação da ABONG – Associação Brasileira de Organizações Não Governamentais, vislumbra que a restrição relacionada às finalidades das fundações pode ser considerada um retrocesso, mas impedirá as instituições criadas, após a edição do Código Civil de 2002, de cumprirem os fins determinados por seus instituidores dada a amplitude e imprecisão dos objetos sociais dispostos pela norma. CICONELLO, Alexandre & MORAES, Marcela. **O Novo Código Civil e o Estatuto Social das ONGs.** http://www2.abong.org.br/final/caderno2.php?cdm=11516. Consulta em 02/07/2007. Além das formalidades que envolvem a atuação do Ministério Público, é necessário registrar a ressalva da ABONG sobre a perspectiva de massificação das associações, qual seja: "Por necessitar de um fundo patrimonial expressivo para sua constituição, poucas ONGs são constituídas como fundações; a maior parte opta por constituir uma associação civil" ABONG – Associação Brasileira de Organizações Não Governamentais. **Por que e como constituir uma ONG.** www2.abong.org.br/final/caderno2.php?cdm=11535. Consulta em 02/07/2007.

[39] PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil.** 19º Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. 1, p. 215.

[40] A título exemplificativo, podemos vislumbrar a realização de uma feira de artesanato por uma associação voltada para o desenvolvimento de uma comunidade carente, ou a cobrança de ingresso na apresentação de uma peça realizada por uma associação teatral.

No que diz respeito às fundações, é possível verificar que a motivação de sua constituição muda, mas os objetivos institucionais nos remetem ao modelo anterior, pois o artigo 62 do Código Civil de 2002 prevê que uma fundação só pode se dedicar à realização de finalidade religiosa, moral, cultural ou assistencial.

A criação de uma fundação parte do desejo de uma pessoa física de empregar um conjunto de recursos na realização de um objetivo que geralmente repercute em favor da sociedade, por isso a fundação pode ser definida como "um complexo de bens que assume a forma de pessoa jurídica para a realização de um fim de interesse público de modo permanente e estável."[41]

Aspectos referentes à constituição e ao controle das fundações tornam essas instituições mais escassas do que as associações, na medida em que sua criação só pode se dar por escritura pública ou testamento, sendo obrigatória sua fiscalização pelo Ministério Público.[42] Por isso podemos destacar que a maior parte das entidades do Terceiro Setor se revestirá do caráter de associação civil.

A criação de uma associação civil implica um desdobramento do exercício de direito fundamental previsto na Constituição Federal de 1988, que confere a todos o direito de se reunirem[43], contanto que o objetivo seja lícito, mas, uma vez constituída a entidade, seus direitos e deveres poderão variar, caso a instituição venha a conquistar distintos títulos jurídicos que o Estado pode lhes conferir de acordo com a legislação brasileira.

1.2 FORMAS DE CERTIFICAÇÃO CONFERIDAS PELO ESTADO AO TERCEIRO SETOR

Com o advento da lei n. 9.790/1999, os juristas que se ocupavam da reforma gerencial do Estado no Brasil passaram a dissertar sobre o marco regulatório do Terceiro Setor, porque a referida norma desferia, na ementa, a ousadia de supor que ali estava o

---

[41] AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução.** 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.287.

[42] No que diz respeito à regulação dos modelos de pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos, é possível afirmar que as associações civis são mais difundidas do que fundações privadas porque as formalidades para constituição e funcionamento destas possuem uma regulação mais rebuscada no âmbito do direito civil brasileiro. Por isso, a grande maioria dos entes do Terceiro Setor se personifica com o registro do estatuto da associação civil, mesmo que o agrupamento dos associados fundadores seja apenas um rigor cumprido do ponto de vista formal.

[43] A Constituição Federal de 1988, no inciso XVI de seu art. 5º, dispõe o seguinte: "todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente."

primeiro registro de regulação do segmento da sociedade civil concernente à atuação de instituições públicas de caráter não estatal.[44]

Em seção anterior, vislumbramos que a expressão terceiro setor é um chavão político para reintitular as organizações não governamentais da sociedade civil, cuja atuação já se apresentava secular, por isso podemos elucidar que o marco regulatório do Terceiro Setor, como ficou conhecida a lei 9.790/1999, é apenas um instrumento de reordenação da regulação desse segmento.

Essas considerações são extremamente necessárias para o estudo do relacionamento entre o Estado e o Terceiro Setor, pois as observações que serão apontadas nos remetem ao momento em que as organizações não governamentais ganham *status* jurídico, determinado pelo Direito Civil do início do século XX.

Contudo, nosso principal interesse não é verificar o momento em que os grupos da sociedade civil organizada podem existir revestidos da capacidade jurídica, mas é interessante frisar que a possibilidade de personificação dessas organizações é o primeiro passo para a eclosão de um processo de regulação que coloca o Estado em contato com o Terceiro Setor.

Nesse contexto, estamos nos reportando à ruptura da separação entre as partes, que, no Brasil, deve ter durado mais de trezentos anos, se considerarmos o despontar dos trabalhos conduzidos pela Companhia de Jesus, uma congregação religiosa que fará importante trabalho de catequização dos índios, além de outros ligados a confrarias, irmandades, inicialmente restritas à atuação da igreja católica, mas posteriormente encorpadas pela atuação de outras igrejas e associações de imigrantes e movimentos paralelos de grupos de interesse, como abolicionistas e maçons.[45]

---

[44] Joaquim Falcão desconstrói a ementa da Lei 9.790/99, abstraindo uma visão relativa do marco regulatório do Terceiro Setor decorrente da edição dessa norma, ao vislumbrar que a regulação não se esgota num único diploma legal, evidenciando a dificuldade relacionada à legitimação do conteúdo das leis, em função da necessária participação de distintos atores na elaboração do projeto, sem falar nas adversidades formais relacionadas com percurso do processo legislativo. Na mesma oportunidade, aproveita para registrar a falta de um consenso político sobre os rumos do Terceiro Setor no Brasil e dispõe sobre a ausência de uma base de dados consolidada sobre aspectos fáticos e operacionais dos entes desse segmento, em nosso país. A análise é apropriada para uma reflexão sobre Lei das OSCIPs, pois, nessa perspectiva, é possível supor que a Lei 9.790/99 não é o primeiro diploma legal a dipor sobre existência, fomento, contratualização e compartilhamento de políticas públicas entre Estado e Terceiro Setor. FALCÃO, Joaquim. **Democracia, direito e terceiro setor.** 2ª Ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 146-152.

[45] A base de formação religiosa do terceiro setor é amplamente noticiada por Rubem Cesar Fernandes, Simone de Castro Tavares, Maria Tereza Fonseca Dias e José Eduardo Sabo Paes, respectivamento nas seguintes fontes: FERNANDES, Rubem Cesar. **Privado porém público: o terceiro setor na América Latina.** 2ª Ed. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994, p.33-42; COELHO, Simone de castro Tavares. **Terceiro Setor: um estudo comparado entre Brasil e Estados Unidos.** 2ª Ed. São Paulo: SENAC, 2002, p31; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Terceiro Setor e Estado: legitimidade e regulação: por um**

A história nos dá notícia de que as primeiras organizações privadas sem fins lucrativos a desenvolver atividades de interesse coletivo tinham origem religiosa e eram preliminarmente católicas, o que se observa no caso da já citada confraria de Manoel da Nóbrega e das Santas Casas de Misericórdia.[46]

A fundação do Terceiro Setor no Brasil não nos remete apenas a sua base religiosa, nem aos escassos "movimentos sociais" de atuação paralela à igreja, pois, no início do século, é possível verificar um cenário de mudança com o desenvolvimento de centros urbanos que proporcionam, à parcela mais sofrida da sociedade, alguma consciência associativa, com a fundação de pequenas associações de auto-ajuda de trabalhadores urbanos.[47]

A sociedade brasileira não possui uma tradição associativista nos moldes da ética protestante[48], pelo contrário, as influências de nossa formação social, política e

---

novo marco jurídico. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 118-128; PAES, José Eduardo Sabo. **Fundações e Entidades de Interesse Social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários.** 2ª Ed., revista, ampliada e atualizada. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 59-61.

[46] Em Portugal, o Gabinete de Relações Públicas/ Audiovisuais publicou, junto com a Secretaria Geral da Santa Casa de Misericórdia em Lisboa, um resumo histórico esclarecendo aspectos curiosos da fundação das misericórdias portuguesas. Nesse documento, a origem das misericórdias portuguesas é atribuída à modificação do compromisso da primeira confraria, datado de 1516, quando um grupo de confrades se reuniu em torno da causa de retirar da forca os corpos que lá ficavam, porque naquela época a gravidade dos crimes cometidos pelos enforcados inibia o sepultamento de cristãos que ficavam, após a morte, pendurados até a corda apodrecer. Esse gesto era tido como um ato de misericórdia, razão pela qual, o amadurecimento das atividades da confraria deu origem à santa casa de misericórdia em 1618. É possível observar que o trabalho da confraria resultou na construção de reputação e tradição que foram incorporados às santas casas, cujas atribuições foram ampliadas, como se verifica nessa passagem: "Aos conselheiros eram distribuídos cargos de escrivão, mordomo de capela, visitadores de hospitais e das casas onde houvesse doentes pobres, das cadeias, de todos e quaisquer necessitados, em especial pobres envergonhados, de arrecadadores de esmolas, rendas, foros, testamentos, etc. Independentemente dos conselheiros, havia irmãos pedidores de pão e mordomos, cuidando da remissão de cativos, de compras e pagamentos vários. A confraria possuía capelães, médico e distribuía medicamentos aos pobres. Tinha uma capainha para chamar os irmãos e um pendão ou painel, onde estava pintada, dos dois lados, a imagem de Nª Sª da Misericórdia." PORTUGAL- Gabinete de Relações Públicas/Audiovisuais & LISBOA – Santa Casa de Misericórdia de Lisboa. **Misericódia de Lisboa – O compromisso da confraria.** Lisboa, 1994, p. 4.

[47] Fernando Borges Mânica registra a criação de associações privadas de trabalhadores de perfil tipicamente previdenciário, pois, num primeiro momento do século XX, "a ausência de uma legislação trabalhista tornou comum a criação de associações de auto-ajuda, com objetivo de prover assistência aos trabalhadores em caso de acidente, desemprego ou morte". Mânica. Fernando Borges. Pnorama Histórico-Legislativo do Terceiro Setor no Brasil: Do conceito de Terceiro Setor à Lei das OSCIP. In: OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. (Coord.); CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de & VIOLIM, Tarso Cabral. (Orgs.). **Direito do Terceiro Setor: Atualidades e Perspectivas.** Curitiba: Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Paraná, 2006, p.27.

[48] Nos Estados Unidos da América, as inclinações da sociedade para o associativismo podem derivar de uma ética cristã presente na cultura religiosa verificada na seguinte passagem: "O Cristianismo nos diz que é preciso preferir os outros a si mesmo para ganhar o céu; mas diz também que é preciso fazer o bem a seus semelhantes pelo amor de Deus. É essa uma expressão magnífica; o homem penetra por sua inteligência no pensamento divino; vê que o objetivo de Deus é a ordem; associa-se livremente a esse grande desígnio; e, embora sacrificando seus interesses particulares a essa ordem admirável de todas as coisas, não espera outras recompensas senão o prazer de contemplá-la." TOCQUEVILLE, Alexis de. **Da Democracia na América.** Tradução de José Lívio Dantas. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 1998, p.

cultural nos remetem à valorização da vida privada, numa postura que se movimentou no sentido contrário do espírito de luta de grupos sociais europeus, mais acostumados a observar o conflito como caminho para evolução na busca de melhores condições de vida.[49]

Nosso paradigma, o "homem cordial"[50], de Sergio Buarque de Holanda, tende ao conformismo e via de regra se comporta de forma egoísta, olhando para si como se estivesse diante do centro do universo, mas um dia o impacto de uma força muito contundente mobilizou nossa sociedade civil a se organizar, e é necessário vislumbrar esse fato para mostrar o tipo de tecido social com o qual o Estado se propôs relacionar no século XX.

O surgimento das organizações não governamentais com a configuração verificada na atualidade tem pontos de partida distintos no Brasil e na Europa, pois, no velho continente, o massacre da população decorrente da segunda guerra mundial é o elemento que serve de força motriz para a constituição das ONGs de luta pelos direitos difusos em meados do século XX, já nos anos 1950.[51]

---

246. Com outra conotação, Jonh Stuart Mill ratifica o peso da religião: "Tanto mais que a religião, o mais poderoso dos elementos formadores do sentimento moral, tem sido, quase sempre, governada ou pela ambição da hierarquia que procura controlar todos os aspectos da conduta humana, ou pelo espírito puritano." MILL, Jonh Stuart. **Da Liberdade.** Tradução de Alberto da Rocha Barros. Petrópolis: Vozes, 1991, p. 57.

[49] A apatia política da sociedade brasileira é desvendada por Gilberto Freyre na leitura feita sobre a desagregação de uma identidade nacional provocada por "uma sociedade agrária na estrutura, escravocrata na técnica de exploração econômica, híbrida de índio – e mais tarde de negro – na sua composição." Para aludir à falta de tradição do público, que direciona o sentido da vida das pessoas para a valorização do espaço privado de suas relações, Casa Grande e Senzala faz alusão à força motriz de formação da sociedade, sugerindo que o impulso dos acontecimentos se estabelecia "menos pela ação oficial do que pelo braço e pela espada do particular." FREYRE, Gilberto. **Casa Grande & Senzala.** Rio de Janeiro, São Paulo: Record, 2000, p.79.

[50] O homem cordial, absorto no seio da organização privada das relações de família, está sempre protegido e pronto a sucumbir diante dessa ordem estreita de interesses, o que Sérgio Buarque de Holanda decifra com riqueza de detalhes, propondo o seguinte: "por meio de semelhante padronização das formas exteriores da cordialidade, que não precisam ser legítimas para se manifestarem, revela-se um decisivo triunfo do espírito sobre a vida. Armado dessa máscara, o indivíduo consegue manter sua supremacia ante o social." HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil.** 16ª Ed**.** Rio de Janeiro: Livraria José Olympio, 1983, p.107-8.

[51] O desenvolvimento do Terceiro Setor pode ter suas raízes religiosas confirmadas na caridade cristã, e pode se pautar numa cultura política fundamentalmentamente associativa na dimensão descrita por Alexi de Tocqueville, mas, decerto, nos períodos de crise, os movimentos da sociedade civil se fortalecem, por isso o fim da segunda guerra mundial impulsiona os trabalhos de reconstrução na Europa e o nascimento de uma entidade emblemática, qual seja a Organização das Nações Unidas. No Brasil, os contornos de outro cenário direciona a expansão de nosso Terceiro Setor para os anos 1970, numa perspectiva onde "essa evolução na consciência do Terceiro Setor foi reflexo de uma evolução própria da sociedade brasileira, que durante o período da Ditadura Militar (1964-1985) teve que se mobilizar para combater o autoritarismo e o arbítrio reinantes naquele momento da vida brasileira." PAES, José Eduardo Sabo. **Fundações e Entidades de Interesse Social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários.** 2ª Ed., revista, ampliada e atualizada. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 62-3. Maria Tereza Dias ratifica esse entendimento, com a seguinte alusão: "o setor sem fins lucrativos brasileiro, em que pese

No Brasil, as ONGs se aproximam do formato das instituições europeias com o enfraquecimento da ditadura militar no final dos anos 1970, ocasião em os grupos de luta política contra o regime repressor tendem a direcionar sua atuação para a defesa de direitos difusos, mas o crescimento de nosso Terceiro Setor não se dá nos moldes da explosão desse seguimento nos Estados Unidos, onde o associativismo é uma tendência decorrente da formação política da sociedade que independe de catástrofes.[52]

Apesar da apresentação desse quadro, onde nossa sociedade civil organizada é inserida numa zona de baixa maturidade, pode-se vislumbrar a preocupação do legislador pátrio na definição de normas voltadas para determinar um limiar de relacionamento entre o Estado e as instituições de nosso setor público não estatal desde os anos 1930.[53]

A verificação do relacionamento entre Poder Público e organizações não governamentais tem início antes de as ONGs serem consideradas entes do Terceiro Setor, e a forma de engajamento entre as partes, via de regra, se verifica na concessão de

---

já existir desde as sociedades montepias (século XVI), começa a apresentar novos padrões de articulação durante o período do regime militar (1964-1985) e da constituição das comunidades eclesiais." DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Terceiro Setor e Estado: legitimidade e regulação: por um novo marco jurídico.** Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 123.

[52] A formação política da sociedade nos Estados Unidos é responsável pelos contornos observados num Terceiro Setor muito peculiar, que prima pela autonomia, baseada na auto-sustentabilidade. Por isso as ONGs norte-americanas vão acabar capturando financiamento junto à iniciativa privada e a fundos internacionais de organismos supranacionais. Nesse contexto, observa-se que as *Non-Profit Organizations*, de nossos vizinhos da América do Norte, acabam crescendo de forma meteórica e se firmando como um segmento que, tal qual o mercado, gera crescimento econômico e emprego. A evolução qualitativa e quantitativa do Third Sector ou Voluntary Sector nos Estados Unidos é matéria descrita por Howard Aldrich. Vale a pena apresentar um pequeno extrato dos dados, que transcrevemos:*"Appoximately 1.2 million organizations filed for tax-exempt status in 1994, up from about 1 million in 1990, as shown in Table 1. Religious and charitable organizations topped the list, followed by social welfare and fraternal benefit societies. The number of tax-exempt organizations grew by 20 percent between 1990 and 1994, spurred by a 22 percent increase in religious and charitable organizations.* ALDRICH, Howard. **Organizations Evolving.** London, Thousand Oaks, New Delhi: SAGE Publications, 1999, p. 350.

[53] Em 1930, as instituições religiosas ainda dominavam o espaço onde se inseria o Terceiro Setor brasileiro, mas, a partir dos anos 1970, um espaço público não estatal derivado de movimentos da sociedade civil, a institucionalização de boa parte das organizações dessa natureza dependerá da redemocratização nos anos 1980, pois muitos desses entes atuavam clandestinamente contra o regime autoritário vigente na época. A institucionlização dos grupos de ação coletiva é um passo importante na sedimentação de um espaço público não estatal, cujo compromisso de balanceamento da ordem social é muito significativo. Alberto Melucci propõe que: *"The main function of public spaces, then, is to make the questions raised by the movements visible and collective. They enable movements to avoid being institutionalized as such and, conversely, ensure that society as a whole is able to assume responsibility for (that is, institutionally process) the issues, demands and conflicts concerning the goals and meaning of social action raised by the movements"*. MELUCCI, Alberto. The New Social Movements Revisited: Reflections on a Sociological Misunderstanding. In: MAHEU, Louis (Org.). **Social Movements and Social Classes.** London: SAGE, 1995, p. 115.

títulos jurídicos conferidos pelo Estado às instituições sem fins lucrativos do setor público não estatal.[54]

O Estado coloca à disposição do Terceiro Setor títulos diversos que possibilitam o gozo de distintos benefícios, mas não é só isso, pois a natureza do certificado recebido pelas ONGs pode desencadear repercussão prática muito consistente na atuação das instituições sem fins lucrativos, pela abertura de uma fonte pública de financiamento[55] ou pela aproximação das partes para colaboração em projetos comuns.

Quando a legislação instituiu o título de utilidade pública em 1935, tal certificado tinha uma conotação meramente honorífica, pois sua concessão representava uma espécie de reconhecimento da finalidade pública galgada pela instituição sem fins lucrativos, como se Estado entregasse à entidade uma honraria, tal qual uma medalha ou um troféu.[56]

Ainda não estamos diante do momento no qual as partes aludidas travam verdadeiro relacionamento, pois, da concessão do título em caráter de distinção, não surgem para as partes, direitos e obrigações recíprocos, mas, a partir de 1959, a legislação brasileira permitirá que as instituição portadoras do título de utilidade pública recebam benefícios fiscais do Estado, quando se inaugura um tempo que progride cada vez mais para o estreitamento dessas relações.

Não podemos registrar aqui que o afunilamento do engate seja de per si uma forma de progresso, mas, de fato, é possível observar que, a partir desse marco, desponta o início de um processo de regulação do Terceiro Setor pontuado por uma postura mais específica do Estado, qual seja, a de agente de fomento.

---

[54] Verificaremos na sequência dessa seção que os títulos jurídicos que o Estado concede às entidades do Terceiro Setor, são acessórios que não descaracterizam o *status* jurídico outorgado pela legislação a esse segmento no momento em que o registro lhes confere personalidade e, por conseguinte, capacidade jurídica. Por isso algumas ONGs optarão por não reivindicar quaisquer títulos e não perderão, com isso, as condições necessárias para cumprir seus objetivos estatutários.

[55] O financiamento a que nos referimos pode ser direto ou indireto, na medida em que as entidades do Terceiro Setor podem receber benefícios fiscais ou doações do Poder Público.

[56] Fazendo alusão à Lei 91/35, que instituiu o título de Utilidade Pública e ao Decreto 50.517/61, que a regulamenta, Tarso Cabral Violin, ratifica o caráter inicialmente honorífico do certificado mencionado, registrando o seguinte: "Note-se que não é a legislação supremencionada que concede maiores direitos às entidades qualificadas, a não ser o de utilizar símbolos e menção do título, mas sim outras leis específicas." Sabemos que a Lei 3.577/59 estabelece a primeira forma de fomento, de gozo vinculado à titulação das entidades de utilidade pública, mas as alterações mais significativas do regime jurídico, determinado por tal certificado, dão notícia de uma legislação mais recente. A Lei 4.320/64 dispõe sobre auxílios, subvenções e doações da União; a Lei 8.212/91 registra a possibilidade de isenção da cota patronal para INSS, e a Lei 9.249/95 disciplina condições diferenciadas para o recebimento de doações de empresas privadas. VIOLIN, Tarso Cabral. **Terceiro Setor e as parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica.** Belo Horizonte: Fórum, 2006, p.197.

É possível observar, na doutrina de alguns juristas, o fomento como atividade administrativa autônoma, ou seja, o dever de incentivar a iniciativa privada como um imperativo da Administração Pública contemporânea, quando essa tarefa figura ao lado das obrigações clássicas relacionadas com o exercício do poder de polícia, a prestação de serviço público e a intervenção do Estado no domínio econômico.[57]

Sem descaracterizar a relevância do fomento estatal às iniciativas privadas de utilidade pública, verifica-se mais adiante que o tempo e as relações entre Estado e Terceiro Setor dão supostamente um salto de qualidade, pois, no final dos anos 1990, a Lei 9790/1999 descreve os requisitos necessários para uma nova forma de relacionamento chamada de parceria.[58]

Com esse novo viés, o legislador sugere a possibilidade de uma aproximação significativa entre Estado e Terceiro Setor com a instituição de uma figura contratual que pode vincular os sujeitos a um acordo de colaboração direcionado supostamente para a concretização de um projeto comum.

O contrato a que nos referimos é o termo de parceria, e a grande inovação desferida pela norma, intitulada marco legal do Terceiro Setor, é a possibilidade de o Terceiro Setor ser chamado a assumir um papel de destaque na produção de políticas públicas sociais, que historicamente foram conduzidas unilateralmente pelo Estado.[59]

---

[57] De acordo com o artigo 174 da Constituição Federal de 1988, o fomento é uma forma de intervenção do Estado na ordem econômica, que marca a atuação do Poder Público como agente regulador da economia, mas há vozes que vislumbram o fomento como uma função administrativa autônoma paralela ao poder de polícia e ao serviço público. Nessa perspectiva Marcus Juruena Villela Souto registra que o fomento é a atividade "através da qual o Estado atual procura, por todos os meios ao seu alcance, pôr a disposição do maior número de indivíduos os instrumentos do desenvolvimento econômico e do progresso sociocultural, adotando medidas capazes de incentivar a iniciativa privada de interesse coletivo nesses campos." SOUTO, Marcus Juruena Villela. **Direito Administrativo da Economia.** 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003, p. 39. José dos Santos Carvalho Filho considera que o fomento é uma das formas de atuação do Estado na economia, mas não indica o fomento como função administrativa independente, pois considera que o incentivo é uma faceta do Estado Regulador, por isso o fomento seria apenas uma manifestação da Administração Pública na gestão da ordem econômica. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 13ª Ed. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 706.

[58] O fomento estabelecido por meio de parceria revela um regime de colaboração que nos remete ao fenômeno da subsidiariedade estatal, verificada não só no domínio econômico, mas também na ordem social, diante das idéias estabelecidas pela proposta de reforma do Estado adotada em meados de 1995. Apesar de a contratualização do direito administrativo se estabelecer como um fenômeno contemporâneo, Cassagne nos remete à relação entre fomento e subsidiariedade, desde o século XVIII, vislumbrando a equação na qual o Estado, diante de uma situação de insipiência, deve estimular a realização das atividades descobertas, ao invés de realizá-las por sua própria conta. CASSAGNE, Juan Carlos. **Questiones de derecho administrativo.** Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1987, p. 158.

[59] Tania Keinert consegue sintetizar o papel do terceiro setor na produção de políticas públicas sociais, fazendo alusão à publicização evocada pelos reformadores em meados dos anos 1990, observando que a ampliação do conceito de público exige novos formatos organizacionais que garantam efetivamente a *publicização* do *modus operanti* do Estado, das organizações da sociedade civil e, até mesmo, das próprias empresas, já que, como se disse, o *público* precisa tornar-se um *valor compartilhado* mais do que uma localização institucional. Nesse sentido, mesmo que à primeira vista pareça que a administração pública

O quadro apresentado neste momento nos coloca diante de um cenário de muitas mudanças nas relações entre o Estado e o Terceiro Setor, pois mudam as perspectivas de relacionamento entre as partes durante o século XX, na medida em que a regulação do segmento abre os caminhos para diversificação dos títulos que o Poder Público pode conferir às ONGs e acaba por estabelecer formas de relacionamento distintas, que vão do fomento à parceria.

Como a passagem desse tempo de mudanças carrega consigo muitas nuances, vamos nos ocupar das transformações que marcaram o relacionamento entre Estado e Terceiro Setor, observando as variáveis das engrenagens de fomento e parceria a partir das observações específicas lançadas para a descrição dos títulos e certificações disciplinados pela legislação brasileira, durante o período narrado.

1.2.1 **Certificado de utilidade pública**

No Brasil, o avento do Código Civil de 1916 permite condições para que a sociedade civil se organize, quando disciplina as formas de registro das pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos, mas só poderemos observar a primeira iniciativa de regulação do Terceiro Setor quase vinte anos depois da vigência da aludida norma.

As associações e fundações privadas previstas pelo Código Civil de 1916 não precisavam, para a obtenção de seus registros, demonstrar que seus objetivos se voltavam à concretização do interesse público, por isso apenas uma parcela das instituições, assim, personificadas integravam o grupo das organizações não governamentais, ou seja, o grupo de entidades do Terceiro Setor.

Mas é possível supor que parte das associações e fundações privadas constituídas àquela época se dedicavam à coletividade, ou seja, não dirigiam sua atenção para beneficiários específicos, e é devido a sua natureza pública que o Estado, no Brasil, influenciado pela Constituição Federal de 1934, vai acenar, desferindo o primeiro gesto de apoio ao Terceiro Setor.

A Lei n. 91 de 28 de agosto de 1935, regulamentada pelo Decreto n. 50.517 de 2 de maio de 1961 passa a dispor sobre a concessão do título de utilidade pública, a ser

---

tenha perdido sua relevância em função dessa ampliação, ocorre exatamente o contrário – torna-se estratégica para *espaço público* num contexto institucional bem *mais complexo*. KEINERT, Tania Margarete Mezzomo. **Administração Pública no Brasil: crises e mudanças de paradigmas.** São Paulo: Annablume: FAPESP, 2007, p. 92.

concedido pelo Ministro da Justiça, que exerce tal função mediante delegação de competência do Presidente da República.[60]

A lei que regula a concessão do título de utilidade pública prevê que as sociedades civis, associações e fundações constituídas no Brasil, cujo fim exclusivo é o de servir desinteressadamente à coletividade, poderão receber sua certificação por meio de requerimento ou em virtude da atuação *de ofício* do Estado, cumpridas as exigências formais determinadas pela lei n. 91/35 e, posteriormente, pelo art. 2º do Decreto 50.517/61, comprovando o seguinte:

> a) que se constitui no Brasil;
> b) que tem personalidade jurídica;
> c) que esteve em efetivo e contínuo funcionamento, nos três meses imediatamente anteriores, com exata observação de seus estatutos;
> d) que não são remunerados, por qualquer forma, cargos de diretoria e que não distribui lucros, bonificações ou vantagens a dirigentes, mantenedores e associados, sob nenhuma forma ou pretexto;
> e) que, comprovadamente, mediante apresentação de relatórios circunstanciados nos três anos de exercício anteriores à formulação do pedido, promove a educação ou exerce atividades de pesquisas científicas, de cultura, inclusive artísticas, ou filantrópicas, estas de caráter geral ou indeterminado, predominantemente;
> f) que seus diretores possuam folha corrida e moralidade comprovada;
> g) que se obriga a publicar, anualmente, a demonstração de receita e despesa realizadas no período anterior, desde que completada com subvenção por parte da União, nesse mesmo período.

Apesar de observamos que a alínea "g" do artigo 2º do decreto regulamentar faz menção à possibilidade de a entidade de utilidade pública receber dinheiro dos cofres públicos, temos que levar em consideração que o regulamento demora mais de vinte e cinco anos para ser elaborado, por isso, resta verificada divergência pontual entre a norma que dispõe sobre o título e o decreto que a regulamenta, pois o art. 3º da lei 91/ 35 registrava o seguinte comando:

---

[60] O despontar do título de utilidade pública na legislação brasileira pode ter se desencadeado como reflexo da legislação européia que sempre influenciou a construção dos institutos jurídicos de nosso ordenamento jurídico. No início do século XX, o direito administrativo brasileiro encontrava na França seu principal expoente, e é justamente nesse período, a partir de 1901, que as instituições francesas, constituídas com personalidade jurídica de direito privado e voltadas para empreendimentos coletivos, passam a poder gozar do titulo de utilidade pública. A literatura nos dá notícia da distinção entes públicos e entes de utilidade pública, sugerindo implicitamente que, num determinado momento, é difícil diferenciar Poder Público de iniciativa privada, talvez porque instituições dos dois setores se ocupassem da promoção de fins idênticos ou análogos, o que podemos vislumbrar na seguinte passagem: *"En effet, la jurisprudence relative à cette détermination et à la distinction entre Etablissement public et Etablissement d'utilité publique date de plus d'um siècle A cette époque, les deux termes étaient le plus souvent employés l'um pour l'autre, et ce n'est que progressivement qu'est apparue la distinction qui a fait dês établissements publics étaient des personnes publiques"*. LÉVY , Denis. Réflexions sur la notion d'utilité publique. In: AYOUB, Eliane et al. **Service Public et Libertes: Mélanges offerts au Professeur Robert-Édouard Charlier.** Paris: Émile-Paul, 1981, p.198.

> Nenhum favor do Estado decorrerá do título de utilidade pública, salvo a garantia de uso exclusivo, pela sociedade, associação ou fundação, de emblemas, flâmulas, bandeiras ou distintivos próprios, devidamente registrados no Ministério da Justiça, e a da menção do título concedido.

Da apreciação do texto, resultam a natureza do título e as condições do relacionamento entre o Estado e o Terceiro Setor preliminarmente, pois se verifica prontamente que a certificação nos moldes da legislação em vigor na década de 1930, representava apenas a determinação explícita do reconhecimento da potestade no que diz respeito aos serviços prestados pela instituição titulada.

Como a lei não permitia o gozo de quaisquer benefícios desferidos pelo Poder Público à entidade de utilidade pública, concluímos que o caráter honorífico do certificado tinha pouca valia para o Terceiro Setor, por isso a tendência, nesses tempos de regulação preliminar, seria o esvaziamento do relacionamento entre as partes Estado e organizações não governamentais.[61]

A situação só vem a se modificar em 1959 quando a Lei 3.577/59[62] passa a prever os benefícios que o Estado pode conceder às entidades de utilidade pública, quando podemos sugerir o despontar de uma nova fase de relacionamento para as partes na medida em que o Poder Público passa a condição de agente de fomento.[63]

---

[61] Ao observarmos o caráter honorífico do Título de Utilidade Pública, estamos registrando que a certificação da instituição sem fins lucrativos é uma honraria, a priori, desprovida de perspectivas específicas de auxílio do Estado, mas não podemos deixar de registrar que Juan de la Cruz Ferrer dispõe sobre a classificação dos meios de fomento à disposição do Poder Público, mencionando os títulos honoríficos como uma espécie do gênero citado. Cf. BELLIDO BARRIONUEVO, María et. al.. **Derecho Administrativo II.** 2ª Ed. Madrid: Universitas, 1998, p. 612-613

[62] Art. 1º da Lei 3.577/59: "Ficam isentas da taxa de contribuição de previdência aos Institutos e Caixas de Aposentadoria e Pensões as emtidades de fins filantrópicos, reconhecidas como de utilidade pública, cujos membros de sua diretoria não recebam remuneração."

[63] Com o processo de especialização dos ramos do direito público, percebemos que o direito econômico acaba se aprofundando na investigação concernente a temas clássicos do direito administrativo, por isso o fomento, enquanto forma de expressão da atuação administrativa do Estado, acaba sendo alvo de referências mais específicas dos juristas que se ocupam dos modelos de incentivo direcionados para a parte do setor privado que desenvolve atividade produtiva nos mais variados segmentos da economia, contudo não podemos deixar de registrar que o fomento estatal é matéria que ganha uma abrangência significativa com a concepção da idéia de Estado Regulador que deriva das reformas administrativas oriundas da crise dos anos 1970. Considerando a regulação como forma *lato senso* de tutela da vida privada, encontramos o Poder Público dirigindo todos os segmentos da vida social, ora impondo as condições para o exercício das liberdades, ora auxiliando empreendimentos privados que contribuem para o equilíbrio das relações sociais. Como agente de fomento, o Estado disponibiliza apoio à iniciativa privada, no setor econômico das instituições do mercado e no setor social dos entes do Terceiro Setor, o que podemos confirmar no seguinte trecho: "*Con la Revolución industrial, y el abstecincionismo económico del Estado liberal, se potenciarán las actividades de fomento en cuanto ayudas económicas a las actividades de interés general de los particulares tanto en el sector asistencial (sanidad, beneficencia, educación) como económico"* BELLIDO BARRIONUEVO, Maria. **Derecho Administrativo II: Parte especial.** 2ª Ed. Madrid: Universitas, 1998, p. 609. A atividade de fomento desenvolvida pelo Estado não

Desde então, o Estado continua atuando nessa perspectiva, pois o título de utilidade não caiu em desuso, pelo contrário, dada a natureza dos benefícios fiscais conferidos às instituições sem fins lucrativos, pode-se observar que esse certificado só não concede mais benesses do que aquelas adquiridas pelas entidades beneficentes de assistência social.[64]

Atualmente, o título de utilidade pública, no Brasil, não se exaure num processo de certificação exclusivo do governo federal, pois Estados-membros, Município e Distrito Federal frequentemente regulamentam a concessão de certificado com a mesma designação terminológica dentro da margem de autonomia política e administrativa que lhes é peculiar.[65]

O marco legal do Terceiro Setor possibilita às entidades de utilidade pública optar pelo título de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, pois um dos objetivos da norma que disciplina esse título mais recente é promover o reconhecimento do Terceiro Setor, abrindo uma perspectiva de relacionamento mais abrangente do Estado com o segmento.[66]

---

recai só sobre o domínio econômico, pois Célia Cunha Mello esclarece que o fomento é estímulo, que se revela como função administrativa, passível de proteger ou promover o objeto desenvolvido tanto pelo setor privado como pelo setor público. Dessa forma o Poder Público atuaria como indutor de um mecanismo não compulsório, o que se observa nos processos de colaboração entre Poder e Terceiro Setor. MELLO, Célia Cunha. **O Fomento da Administração Pública.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 26-29.

[64] O advento da Lei 3.577/59 passa a permitir o fomento das entidades de utilidade pública, mas, apesar de a Constituição Federal de 1988 disciplinar o direito de as instituições sem fins lucrativos gozarem de imunidade tributária, é possível verificar que o acesso ao direito deriva de uma regulação densa, que dispõe sobre o título de utilidade pública como um requisito para que o Certificado de Entidade beneficente de Assistência Social seja expedido de modo a concretizar o benefício o citado. Maria Tereza Fonseca Dias evidencia que, segundo dados do Conselho nacional de Assistência Social, o Brasil possui 17.183 entidades registradas no conselho, mas título de CEBAS é um luxo que não é portado pela maioria dessas instituições, e potencial de fomento; nesse caso, é elemento passível de justificar essa divergência entre o número de registro e a quantidade de títulos expedidos. DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Terceiro Setor e Estado: Legitimidade e Regulação: Por um novo marco jurídico.** Belo Horizonte: Fórum, 2008, p.190.

[65] Os títulos de utilidade pública estaduais e municipais colocam as entidades do Terceiro Setor diante de um conjunto de requisitos análogos para os solicitados pela Legislação Federal, conforme podemos observar na referência ao registro à legislação do Estado e da cidade de São Paulo citado por Maria Nazaré Lins Barbosa e Carolina Felippe de Oliveira. BARBOSA, Maria Nazaré Lins & OLIVEIRA, Carolina Felippe de. **Manual de ONGs: guia prático de orientação jurídica.** 5ª Ed. Rio de janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2007, p. 149-153. A busca por certificação estadual e municipal não decorre exclusivamente da busca pela isenção da cota patronal devida ao INSS, de acordo com a Lei 8.212/91, pois é frequente a presença de incentivos fiscais decorrente do gozo desses títulos, em função da competência específica dos entes tributantes em nível estadual e local. Nesse sentido, a possibilidade de dedução de valores investidos do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) pode ser observada, a título exemplificativo nos seguintes Estados-Membros: Pernambuco – Lei 11.005/93 e 11.236/95; Bahia – Lei 7.015/96; Ceará – Lei 12.464/95; Rio de janeiro – Decreto 22.486/86; São Paulo – Lei 12.268/06 (PAC). No que tange à possibilidade de incentivos culturais especificamente determinados fora da legislação federal, é possível verificar a legislação de cada Estado no site: www.cultura.gov.br.

[66] A possibilidade de as entidades de utilidade pública se qualificarem como OSCIPs revela um entusiasmo no modelo de regulação disciplinado pela Lei 9.790/99, como se o Terceiro Setor não tivesse

Quando a lei 9790/1999 foi editada, a norma permitia que instituições já portadoras do certificado de utilidade pública solicitassem o título de OSCIP, marcando um prazo para que a entidade fizesse sua opção por um dos emblemas e, surpreendentemente, as organizações do Terceiro Setor preferiram a antiga certificação, mesmo diante de um cenário que enaltecia o novo título, decorrente da reforma gerencial do Estado.

É possível supor que a certificação de utilidade pública esteja preterindo o título de OSCIP, em função das vantagens fiscais mais generosas que o antigo certificado confere, quando se coloca como requisito fundamental para a concessão do Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social, o qual isenta a entidade do Terceiro Setor da contribuição patronal devida ao INSS.[67]

De fato, parece que, em matéria de relacionamento, é o Terceiro Setor que dita o que melhor lhe convém[68], pois, se o objetivo da instituição não estiver agregado à busca da parceria com o Estado, para a execução de um serviço social regulado e fomentado por meio de contrato, resta mais interessante manter uma certificação que garanta

---

sido regulado por outra norma ou como se as normas em vigor fossem inapropriadas, o que se verifica na literatura produzida pela Comunidade Solidária e nas obras que dispõe sobre o marco regulatório. Nessa perspectiva, Fernando Borges Mânica afirma: "A Lei das OSCIP surgiu com o objetivo de transpor uma barreira: a inadequação da legislação disciplinadora das entidades do Terceiro Setor, em especial no que se refere as suas relações com o Poder Público." MÂNICA, Fernando Borges. Panorama Histórico-Legislativo do Terceiro Setor no Brasil: Do Conceito de Terceiro Setor à Lei das OSCIP, In: CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. & VIOLIM, Tarso Cabral (Orgs.). **Direito do Terceiro Setor: Atualidades e Perspectivas.** Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Paraná: Paraná, 2006, p.35.

[67] Sívio Luís Ferreira da Rocha evidencia a situação na qual "o título de utilidade pública é pressuposto para obtenção de outro título ou direito," evidenciado o efeito tranpolim desse certificado no aspecto concernente ao gozo do benefício, disposto no art. 55, I, da Lei 8.212/91. ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Terceiro Setor.** 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 72.

[68] Paulo Modesto, ao dispor sobre o marco legal das Organizações Sociais, faz uma reflexão sobre as identidades observadas na legislação que regulam as condições para uma ONG portar o certificado de utilidade pública e o título de organização social, mostrando as inúmeras semelhanças dos emblemas legais, que também se verificam se a comparação se estabelecer em relação às certificações de utilidade pública e de OSCIP. Mas fica evidente a relação de rigor na regulação e na disponibilidade de benefícios. Como a Lei 9.637/99 dispõe sobre exigências mais significativas para a concessão do título de OS, inclusive no que tange à vigilância do Estado, então os benefícios podem ser mais vantajosos. Dessa forma Paulo Modesto supõe que a maximização da regulação do Terceiro Setor se evidencia no certificado de Organização Social, porque os rigores impostos para a titulação das utilidades públicas se verifica de forma mais pronunciada, por isso os benefícios e vantagens passíveis de gozo pelas OS não são vedados às entidades de utilidade pública, mas passam a ser permitidos para os entes que portam um título regulado, por um regime supostamente mais rigoroso aos olhos do Direito Público. 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, Rio de janeiro, 210: 195-212, out./dez, 1997, p. 201.

melhor recompensa fiscal, ou seja, a garantia de uma perspectiva mais atrativa de financiamento indireto.[69]

1.2.2 **Certificado de fins filantrópicos**

O certificado de fins filantrópicos é um título criado como reflexo da legislação ordinária que vai tentar suprir as demandas trazidas pela Constituição Federal de 1988, pois a chamada Constituição Cidadã [70] nasce diante do apelo da sociedade brasileira pela implantação de um Estado de Providência, por isso carrega consigo um título da "Ordem Social" bastante generoso.

Um dos desafios do Poder Público, após a promulgação dessa carta política, consiste na criação de instrumentos capazes de dar exequibilidade às disposições constitucionais em vigor, sobretudo naqueles segmentos onde se encontravam as lacunas na gestão de serviços sociais, considerados relevantes.

Diante desse cenário, observa-se, dentre as respostas do legislador ordinário, a edição da Lei n. 8.742/93, que ficou conhecida como Lei Orgânica da Assistência Social, pois a norma propõe a implantação de uma política nacional de assistência social[71] deliberada por um conselho[72] de formação mista, que privilegia a democracia e a

---

[69] Mais adiante mostraremos porque o título de OSCIP melhora as potencialidades do Terceiro Setor, para fins de contrato com o Estado, vislumbrando a regulação de um instrumento previsto pela lei n. 9790/99, qual seja, o termo de parceria.

[70] O termo constituição cidadã é amplamente divulgado pelos constitucionalistas brasileiros, isso se deve em parte ao fato de a nossa ordem constitucional prestigiar a participação do cidadão nas políticas públicas desse segmento. De fato, estamos diante de uma tendência do Estado Democrático de Direito que se pretende construir no eixo entre a América e a Europa, o que podemos vislumbrar na referência de José Luis Blasco Díaz, quando dispõe sobre a consagração constitucional da participação social como caráter definidor do Estado Social e Democrático de Direito, nos seguintes termos: *"Con caráter general se motiva la elaboración de la normativa hoy existente acudiendo a nuestro modelo de sociedad, que reconoce el derecho de los ciudadanos a participar en la vida social. Efectivamente, la Constitución Española tras configurar um Estado social y democrático de Derecho, intima a los poderes públicos en su artículo 9.2 a facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida social(...)."* DÍAZ, José Luis Blasco. La participación del ciudadano en la acción social: una aproximación al régimen jurídico-administrativo del voluntariado. In: WAGNER, Francisco Sosa. **El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XX: Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo.** Tomo I. Valencia: Titant lo blanch, 2000, p. 1155.

[71] A PNAS – Política Nacional de Assistência Social é um instrumento de regionalização das políticas sociais concebidas, de forma centralizada, para todas as regiões do Brasil. É possível observar que o intuito do governo federal não é criar uma política pública padrão para todos os espaços da federação, mas decerto um dos objetivos fundamentais é equilibrar o financiamento das políticas no território nacional, o que é possível observar num estudo realizado pelo Ministério do Desenvolvimento nacional e Combate á Fome, para a V Conferência Nacional Da Assistência Social, onde os dados relacionados à distribuição dos recursos são revelados. Brasília: Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. **Sumário Executivo do Financiamento da Assistência Social no Brasil entre 2002 e 2004.** Caderno SUAS, nº 1, Ano 1, Dezembro de 2005, p. 5.

integração da União, Estados-Membros, Municípios e Distrito Federal, tendo em vista a sedimentação do pacto federativo nesse segmento.

A norma a que nos referimos entrou em vigor em 1993, mas os requisitos para a solicitação do certificado de entidade de fins filantrópicos só será objeto de regulamentação cinco anos mais tarde, com o advento do Decreto n. 2.536 de 6 de abril de 1998, quando o regulamento estabelece que a concessão do título só será deferida para entidades beneficentes de assistência social, de acordo com o art. 2º deste regulamento:

> Art . 2º - Considera-se entidade beneficente de assistência social, para os fins deste Decreto, a pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, que atue no sentido de:
>
> I - proteger a família, a maternidade, a infância, a adolescência e a velhice; II - amparar crianças e adolescentes carentes; III - promover ações de prevenção, habilitação e reabilitação de pessoas portadoras de deficiências; IV - promover, gratuitamente, assistência educacional ou de saúde; V - promover a integração ao mercado de trabalho.

A entidade beneficente de assistência social só precisaria, por fim, demonstrar que, nos últimos três anos anteriores à solicitação do título de entidade de fins filantrópicos, estava legalmente constituída no País em efetivo funcionamento, de acordo com o texto original do Decreto 2.536/1998.

O certificado de entidade de fins filantrópicos é um título decorrente da Lei Orgânica da Assistência Social, por isso deve servir a um propósito determinado pela norma, o que se observa na interpretação da norma que tem duas propostas centrais: organizar uma política nacional de assistência social que integre a federação universalizando programas de atenção aos hipossuficientes e zelar pela atuação conjunta dos esforços públicos e privados para a promoção da assistência social.[73]

---

[72] "O CNAS é composto por 18 (dezoito) membros e respectivos suplentes, cujos nomes são indicados ao órgão da Administração Pública Federal responsável pela coordenação da Política Nacional de Assistência Social, de acordo com os critérios seguintes: I - 9 (nove) representantes governamentais, incluindo 1 (um) representante dos Estados e 1 (um) dos Municípios; II - 9 (nove) representantes da sociedade civil, dentre representantes dos usuários ou de organizações de usuários, das entidades e organizações de assistência social e dos trabalhadores do setor, escolhidos em foro próprio sob fiscalização do Ministério Público Federal." http://www.mds.gov.br/cnas/quem-somos/quem-somos-e-como-funcionamos. Consulta em 04/12/2008.

[73] A proposta da Lei 8.742/93 se refere à institucionalização e à nacionalização de uma política de assitência social, onde as organizações possuem competências bem definidas, pelo menos, na definição das prioridades relacionadas à política nacional de assitência social. Essa engenharia organizacional do

Por isso, podemos concluir preliminarmente que o certificado disciplinado pela norma se identifica como um esforço de regulação que o Estado propõe perante parcela das entidades do Terceiro Setor[74] sobretudo no sentido de dar concretude ao art. 194[75] da Constituição Federal de 1988, especialmente em relação ao ideal democrático de unir o empenho do Poder Público e da sociedade em defesa da seguridade social.

A justificativa para a criação de nova certificação para o Terceiro Setor pode estar na busca pela exequibilidade de uma disposição constitucional, engajada com o ideal da construção de uma democracia participativa[76], mas a suposta motivação do legislador não é suficiente para esclarecer que tipo de relacionamento o Estado pretende travar com as organizações não governamentais tituladas.

A questão a ser enfrentada, seguindo o raciocínio já plantado em seções anteriores, nos remete a indagar se o certificado de entidade de fins filantrópicos se propõe regular mais uma forma de fomento ou se estamos diante do despontar da perspectiva de um relacionamento de parceria, por isso vamos interpretar os fins da Lei Orgânica da Assistência Social para tentar suprir esse questionamento.

A norma, sobre a qual recai a nossa exegese, propõe a criação de uma política nacional de assistência social voltada para o engajamento das entidades da federação, da

---

Estado nos remete à análise de Maria Paula Dallari Bucci, o institucionalismo behaviorista, onde integração dos interesses no processo decisório serve para produzir um padrão de "justiça substantiva." Bucci, Maria Paula Dallari. Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas. In: FORTINI, Cristiana, ESTEVES, Júlio César dos Santos & DIAS, Maria Tereza Fonseca (Orgs.). **Políticas Públicas: Possibilidades e Limites.** Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 233-235.

[74] A parcela a que estamos nos reportando diz respeito ao conjunto de instituições sem fins lucrativos que trabalham para concretizar os objetivos dispostos no art. 2º do Decreto 2.536/98, ou seja, estamos nos reportando aos entes que atuam gratuitamente na proteção da família, da maternidade, da infância, da adolescência e da velhice, amparando crianças e adolescentes carentes, promovendo ações de prevenção, habilitação e reabilitação de pessoas portadoras de deficiências, realizando, gratuitamente, assistência educacional ou de saúde e conduzindo a promoção e a integração ao mercado de trabalho.

[75] A Constituição Federal de 1988 prescreve em seu art. 194 o seguinte: "A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social."

[76] A democracia participativa é um fenômeno que deriva do final da Segunda Guerra Mundial, a partir da concepção de instrumentos de participação social disponíveis ao cidadão, de forma paralela ao sufrágio, numa tentativa de ajuste do jogo de forças dos atores da política para a inauguração de uma nova ordem. As novas ferramentas democráticas permitiam preliminarmente a investida do cidadão em expedientes de consulta popular e também na propositura de pautas legislativas, mas aos poucos os instrumentos de participação tendem a uma sofisticação, permitindo a atuação da sociedade em núcleos de planejamento estratégicos de políticas públicas e no acompanhamento e controle de ações da Administração Pública, de seus delegados e de seus parceiros. Jean Rivero realça que a democracia participativa resgata elementos clássicos da democracia direta, pois o cidadão dialoga com os representantes do Estado sem intermediários, mas em organizações políticas mais complexas, sobretudo pela diversidade do tecido social, o jurista francês realça a necessidade de o Poder Público tomar as rédeas do proceso nos seguintes termos: *"Quant à la participation à l'administration, on en a signalé plus haut les limites, imposées par la nécessité d'eviter que les intérêts privés bloquent des décisions nécessaires"*. RIVERO, Jean et al. **La participation directe du citoyen à la vie politique et administrative.** Bruxelles: S.N., p. 18.

sociedade civil, sem deixar de frisar que o Estado deve cumprir o papel de condutor na regulação dos processos inerentes à efetivação da lei.

Quando o art. 5º da Lei n. 8.742/93 dispõe sobre as diretrizes traçadas para a sociedade, na política nacional de assistência social, determina como meta a "participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis."

Se considerarmos que o art. 17 da referida norma abre nove vagas para a participação da sociedade civil, na representação dos seus interesses, junto ao Conselho Nacional de Assistência Social, é possível supor que a regulação de sistema de parceria não é o objetivo principal da regulação do certificado de entidade de fins filantrópicos.

Essa suposição não é reforçada só pelo número de acentos do conselho, pois se deve levar em consideração que o dispositivo legal não restringe a participação da sociedade civil ns instituições portadoras do título já aludido, determinando, assim, a possibilidade de a coletividade se fazer presente: "dentre representantes dos usuários ou de organizações de usuários, das entidades e organizações de assistência social e dos trabalhadores do setor, escolhidos em foro próprio sob fiscalização do ministério público federal."

Nesse contexto, é razoável sugerir que o relacionamento entre o Estado e as entidades do Terceiro Setor com certificado de fins filantrópicos recai mesmo é na zona do fomento, pois, além da imunidade tributária constitucional[77] no que diz respeito ao imposto de renda, tais instituições estão dispensadas do pagamento da quota patronal perante o INSS[78].

É bem verdade que o fomento das entidades do Terceiro Setor nos coloca diante de um quadro muito mais significativo de benefícios onde se apresentam diversas formas de obtenção de recursos diretos e indiretos[79], sobretudo porque os recursos recebidos diretamente podem ser providos pelo setor e também pelo setor privado, no caso das doações[80].

---

[77] A Constituição Federal dispõe sobre a imunidade referida se dirigindo às instituições de educação e assistência social na alínea "c", do inciso VI do art. 150.

[78] Já fizemos referência ao art. 55, I, da Lei 8.212/91.

[79] É possível verificar um quadro sistemáticos dos recursos diretos e indiretos, que podem ser capturados pelo Terceiro Setor, na seguinte referência: CICONELLO, Alexandre. O conceito de público no Terceiro Setor. In: SZAZI, Eduardo (Org). **Terceiro Setor: Temas Polêmicos 1.** São Paulo: Peirópolis, 2004, p. 64-66.

[80] Laís Lopes faz uma exposição bem detalhada das formas de doação que podem prover o Terceiro Setor, vislumbrando que ainda há muito desconhecimento sobre as deduções tributárias que podem ser alçadas pelos empresários no financiamento dessas instituições, por isso vale a pena conferir em: LOPES, Laís

Como o nosso objetivo não é redigir um manual de financiamento para as organizações não governamentais, vamos voltar para o foco, ratificando a posição já defendida, de que, o título de entidade de fins filantrópicos é sim mais uma forma de regulação que traz o Estado para a posição de agente de fomento do Terceiro Setor.

No caso específico do certificado em tela, observa-se que o Poder Público planta a semente de uma integração entre Estado e Terceiro Setor, que ainda está distante de se apresentar, pois vincular as entidades de assistência social às políticas púbicas desenvolvidas ao nível local, implicaria a necessidade de uma organização das secretarias municipais e estaduais para dispor desse recurso.

A busca pelo título passa, então, a ser a luta das entidades de assistência social por uma compensação tributária, já que a certificação implica um conjunto de exigências que não favorecem sua busca pelo mero interesse de consolidar o reconhecimento do Estado.

As dificuldades aludidas serão identificadas no próximo item, onde verificaremos que a edição de normas subsequentes ao Decreto 2.536/98, alterara a designação do título de entidades de fins filantrópicos, robustecendo os requisitos para sua concessão e determinado prazo para sua renovação.

1.2.3 **Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social**

O Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social não é um novo título criado pela legislação brasileira que determina as certificações pertinentes às organizações do Terceiro Setor, pois tal título é apenas um instrumento de substituição do certificado de entidade de fins filantrópicos introduzido pelo Decreto 4.499/02.

Por isso o título renomeado vai ser concedido de acordo com os requisitos anteriormente atinentes ao certificado de entidade de fins filantrópicos, permanecendo também a mesma natureza quanto ao tipo de relação travada, pelo menos a priori, entre o Estado e as instituições do Terceiro Setor assim certificadas.

Nesse contexto, pode-se verificar que o título de entidade beneficente de assistência social continua sendo uma espécie de declaração emitida pelo Conselho Nacional de Assistência Social – CNAS, cujo objetivo é certificar que uma instituição do Terceiro Setor se enquadra como entidade beneficente de assistência social, se

---

Vanessa C. de Figueiredo. Direitos dos Doadores. SZAZI, Eduardo (Org.). **Terceiro Setor: Temas Polêmicos 2.** São Paulo: Peirópolis, 2005.

constituindo assim como instituição sem fins lucrativos voltada para a prestação de serviços desse segmento ao público em geral.

Quando o Decreto 4.499/02 renomeou o antigo título de entidade de fins filantrópicos, a legislação modificada após sua regulamentação preliminar, dada pelo Decreto 2.536/98, já apontava condições mais rigorosas para a obtenção da certificação e a ampliação dos benefícios fiscais, que demonstram a posição do Estado de agente fomentador do Terceiro Setor, por isso não podemos deduzir que a mudança da expressão utilizada para a concessão do certificado tem algum significado específico.

Mas vale a pena observar as principais modificações que se apresentam no lapso temporal entre o Decreto (n. 2.536/98), que regulamenta o título de entidades de fins filantrópicos e o Decreto (4.499/02), que estabelece a nova designação para o título que passa a ser conhecido como certificado de entidade beneficente de assistência social, nos pontos abaixo referidos:

a. Com a nova redação dada ao artigo 1º do Decreto n. 2.536/98, pelo Decreto n. 3.504/00, é possível observar que o certificado de entidade de fins filantrópicos passa a ter a sua renovação regulamentada, pois no primeiro regulamento o dispositivo legal só fazia alusão à concessão;
b. O Decreto n. 3.504/00 também vai criar o inciso X no art. 3º do Decreto 2.536/98, estabelecendo que um dos requisitos para o gozo do certificado de entidade beneficente de assistência social é o gozo preliminar do título de utilidade pública federal;
c. O decreto editado no ano 2000 também altera o decreto de 1998, no que diz respeito à contabilidade, estabelecendo que: “Estão desobrigadas da auditagem as entidades que tenham auferido em cada um dos três exercícios a que se refere o artigo anterior receita bruta igual ou inferior a R$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais)”
d. O Decreto n. 3.504/00 também acrescenta dispositivo legal ao texto do regulamento anterior para definir matéria procedimental relativa a recursos, estabelecendo que: “Das decisões finais do CNAS caberá recurso ao Ministro de Estado da Previdência e Assistência Social, (...); e das decisões do CNAS que não referendarem os atos da Presidência será interposto recurso *ex officio*, (...).”
e. O Decreto n. 4.327/02 estende às instituições de saúde, a possibilidade da concessão do certificado de entidade beneficente de assistência social nos

seguintes termos: “desde que tenha nesse período [1998 a 2001] cumprido o requisito de aplicação em gratuidade de que trata o inciso VI do art. 3º do citado Decreto no 2.536, de 1998.”

f. Merece relevância o disposto estabelecido no art. 3º do Decreto n. 4.382/02, que em seu inciso IV, dispõe o seguinte: “os imóveis rurais de instituições de educação e assistência social, sem fins lucrativos, relacionados às suas finalidades essenciais (CF, art. 150, inciso VI, alínea c e parágrafo 4º)”.

Antes de encerramos esta seção, é interessante frisar que o Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social nos anos subsequentes à edição do Decreto n. 4.499/02 vai se inserir numa atmosfera, onde o relacionamento travado entre Estado e Terceiro Setor parece avançar positivamente.

Em 2004, a criação do Ministério do Desenvolvimento Social reacende a promessa de efetivação de uma política nacional de assistência social nos moldes determinados pela lei n. 8.742/93, pois o novo órgão de cúpula do Executivo federal propõe a determinação de uma estratégia de planejamento mais objetiva para as ações no setor assistencial.[81]

É possível que esse modelo, determinado pelo novo ministério, decorra da organização de um sistema, onde se propõe quais são as competências a serem desempenhadas pelos atores, sobretudo aqueles que estão vinculados às tarefas de execução, onde as políticas são definidas em programas específicos, que determinam quais são os beneficiários e que auxílios serão efetivamente prestados.

O Ministério do Desenvolvimento Social concebeu esse paradigma organizacional, criando o Sistema único de Assistência Social – SUAS – cujo desenho traçado pelo órgão ministerial pretende dar suporte à formulação e à execução de políticas que integram dois grandes programas na área de assistência social[82]. Para

[81] A estrutura do ministério recebe displinamento legal com o Decreto n. 5.550/05, onde é possível perceber que a assistência social não contava, anteriormente à edição do regulamento, com uma organização tão bem dotada de atributos voltados para imprimir exequibilidade à Lei Orgânica da Assistência Social.

[82] Site do Ministério do Desenvolvimento Social – www.mds.gov.br – ao referenciar os dois grandes pilares da assistência social, concebeu dois grandes programas, quais sejam: proteção social básica e proteção social especial. Desse modo o órgão pretende disciplinar políticas que atendem ao carente em sua condição de fragilidade, independentemente das razões de sua hipossuficiência, mas há também políticas que são planejadas para grupos de risco específicos, como os desempregados, os dependentes químicos e os portadores de deficiências. Para observar as políticas detalhadas de forma objetiva para os dois seguimentos, vale a pena consultar: www.mds.gov.br/suas/guia_protecao. Consulta realizada em 22 de março de 2008.

esclarecer a performance do sistema, referenciaremos o registro institucional de seu retrato:

> A Assistência Social passa por profundas mudanças no Brasil
> Está em marcha a implantação do Sistema Único de Assistência Social (SUAS), uma verdadeira revolução na assistência social brasileira. Planejado e executado pelos governos federal, estaduais, municipais e do Distrito Federal, em estreita parceria com a sociedade civil, o SUAS organiza, pela primeira vez na história do País, serviços, programas e benefícios destinados a cerca de 50 milhões de brasileiros, em todas as faixas etárias.
> O novo sistema é fruto de quase duas décadas de debates e coloca em prática os preceitos da Constituição de 1988, que integra a assistência à Seguridade Social, juntamente com Saúde e Previdência Social. Assim, as diversas ações e iniciativas de atendimento à população carente deixam o campo do voluntarismo e passam a operar sob a estrutura de uma política pública de Estado. De mero favor, um benefício da assistência social agora é um direito do cidadão.
> O Sistema Único integra uma política pactuada nacionalmente, que prevê uma organização participativa e descentralizada da assistência social, com ações voltadas para o fortalecimento da família. Baseado em critérios e procedimentos transparentes, o Sistema altera fundamentalmente operações como o repasse de recursos federais para estados, municípios e Distrito Federal, a prestação de contas e a maneira como serviços e municípios estão hoje organizados.[83]

Nessa fotografia institucional, é possível perceber que a transição de governo muda as condições do discurso, pois, se antes o Estado buscava a responsabilização do Terceiro Setor pelas políticas relacionadas à prestação de serviços sociais[84], numa outra conjuntura, o Poder Público chama a responsabilidade para si, mas admite a possibilidade de contar com a participação das organizações não governamentais.[85]

---

[83] www.mds.gov.br/suas/conheca/conheca01.asp. Consulta em 22 de março de 2008.

[84] A responsabilidade do Terceiro Setor pela condução do serviço social está evidenciada no texto do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado nos seguintes termos: "Transferir para o setor publico não estatal estes serviços, através de um programa de "publicização", transformando as atuais fundações públicas em organizações sociais, ou seja, em entidades de direito privado, sem fins lucrativos, que tenham autorização específica do poder legislativo para celebrar contrato de gestão com o poder executivo e assim ter direito a dotação orçamentária." BRASIL. **Plano diretor da Reforma do Aparelhamento do Estado**. Brasília: Presidência da República. Câmara da Reforma do Estado. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1995, p.84.

[85] Nesse contexto, a atuação das organizações não governamentais, que geralmente atuam em ações social com a participação do voluntariado, são inseridas num âmbito de atuação complementar ao Poder Público, como observamos da regulação do setor pelo Direito Espanhol, cuja referência literal é esclarecedora: *"La actividad de las entidades de voluntariado en la prestación de determinados servicios de interés general, sobre todo aquellos referidos a la asistencia social, se enmarca en la fórmula de la colaboración de organizaciones privadas, lucrativas o no lucrativas, con la Administración para el desempeño de funciones públicas. Como há señalado JOHSON, generalmente desarrollan una actividad complementaria de aquélla pública prestando servicios de distinta naturaleza de los que ofrecen las autoridades públicas, aunque también es posible que lleven a cabo una prestación adicional a la de los servicios que se ofrecen con carácter público, pudiendo calificarse entonces como una relación de suplementariedad."* DÍAZ, José Luis Blasco. La participación del ciudadano en la acción social: una aproximación al régimen jurídico-administrativo del voluntariado. In: WAGNER, Francisco Sosa. **El**

A investigação do *site* do Ministério do Desenvolvimento Social se propõe a determinar uma política nacional de assistência social baseada nas diretrizes da Lei n. 8.742/93, valorizando a gestão descentralizada com a participação da sociedade civil, como ponto de lapidação de nossa democracia, mas não há um só *link* que disponha sobre criação de uma engrenagem de execução de ações sociais vinculadas a atuação do Terceiro Setor.[86]

Por isso as organizações não governamentais, portadoras ou não do certificado de entidade beneficente de assistência social, podem vir a trabalhar com o Estado, figurando como eventuais colaboradoras, mas não como parceiras permanentes no processo de execução das políticas públicas do segmento.

Não podemos deixar de registrar que um importante instrumento de regulação foi criado com a resolução n. 31 do Conselho Nacional de Assistência Social, que, desde 1999, impõe às entidades beneficentes que buscam certificação do CNAS, o prévio registro perante o órgão, ou seja, uma espécie de identificação preliminar, onde a instituição se faz conhecer a partir do cumprimento de requisitos e da apresentação de uma vasta documentação.[87]

A iniciativa é bastante louvável, pois se um dia for objetivo do governo brasileiro unir forças com o Terceiro Setor, tendo em vista a criação de uma engrenagem própria para as políticas públicas compartilhadas, de acordo com a descrição de James Austin sobre a "era das alianças"[88], então podemos sugerir que o Poder Público terá condições de identificar parcela significativa dos parceiros disponíveis.

Derecho Administrativo en el umbral del siglo XX: Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo. Tomo I. Valencia: Titant lo blanch, 2000, p. 1162.

[86] Apesar de observarmos que ainda não existe uma engrenagem organizada de gestão, que permita uma atuação marcada pelo compartilhamento das partes, no planejamento, na execução e no controle de políticas públicas assistenciais, não podemos deixar de registrar que o Ministério do Desenvolvimento é um organismo recente, que ainda precisa amadurecer experiências que podem estar sendo desenvolvidas em projetos pilotos, pois o referido órgão de cúpula não se fechou numa gestão centralizada, o que podemos observar na seguinte referência: "Na sua articulação com outros organismos das três esferas de governo, com instituições religiosas, sindicais, empresariais, financeiras, acadêmicas, com os movimentos sociais, o MDS procura integrar diferentes tipos de atividades entre si, buscando a racionalização dos esforços, a maximização dos resultados no processo de formação e capacitação das famílias beneficiárias dos programas sociais sobre sua responsabilidade. Essa atitude demonstra como a sociedade empresarial e os gestores públicos têm se mobilizado e ainda podem se mobilizar, em torno de causas que podem promover a redução das desigualdades de oportunidades no Brasil." CAMPOS, Kátia. **Governo, sociedade e Inclusão: O papel do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome na promoção e articulação de ações para a inclusão Social.** Inclusão Social, Brasília, v. 2, n. 1, p. 11-17, out. 2006/mar. 2007, p.16-17.

[87] Os requisitos estão previstos nos arts. 2º e 3º, enquanto os documentos são determinados pelo art. 4º da Resolução n. 31/99.

[88] AUSTIN, James. **Parcerias. Fundamentos e Benefícios para o Terceiro Setor.** Trad. Lenke Peres. São Paulo: Futura, 2001, p.17.

Como a legislação brasileira sugestionou os intérpretes do direito a supor que estamos na era da parceria, em função da edição de uma norma que cria os instrumentos necessários para a consolidação dessa tendência, vamos num capítulo específico nos referir às instituições qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público para desenvolver as últimas provocações.

1.3 FONTES DE FINANCIAMENTO DO TERCEIRO SETOR

As instituições do Terceiro Setor podem buscar múltiplas fontes de provisionamento nos âmbitos nacional e internacional, junto ao setor privado e ao público, dispondo inclusive da possibilidade de empreender atividades voltadas para a auto-sustentabilidade, com a comercialização[89] de bens e serviços, derivados das atividades sociais que vierem a desenvolver.

A luta pela sustentabilidade impõe, às instituições sem fins lucrativos, múltiplas estratégias de abordagem de seus potenciais financiadores junto ao Poder Público e à iniciativa privada, mas há um aspecto do financiamento do Terceiro Setor que merece destaque, qual seja, o papel do Estado na regulação das fontes de recursos disponibilizadas pelos cofres públicos e pelo caixa das empresas privadas.

A dedução dessa premissa deriva da análise da legislação editada no Brasil, nos últimos quinze anos, sobre fontes de incentivo abertas, direta e indiretamente, para o provisionamento do Terceiro Setor, pois, na década de 1990, a legislação brasileira ergue uma considerável plataforma de fontes de fomento público direto, mas também diversifica as deduções fiscais passíveis de gerar doações de empresas privadas para organizações não governamentais.

No que diz respeito à alavanacada do fomento direto, é possível supor que as normas editadas, para viabilizar a proposta de reordenação da gestão do setor de serviços não exclusivos, no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, é decisiva para

---

[89] "Atividades comerciais – como a venda de mercadorias e a prestação de serviços – são uma substancial fonte de sustentabilidade para as organizações. Em virtude da natureza econômicadesse tipo de atividade, são frequentes os questionamentos sobre sua realização pelas organizações. Por esse motivo, vale esclarecer desde logo que não há qualquer proibição à comercialização de mercadorias ou prestação de serviços por entidades sem fins lucrativos. É necessário, de todo modo, que o estatuto social preveja claramente a realização dessas atividades como um meio e não como uma finalidade social e que as receitas decorrentes sejam aplicadas integralmente nos objetivos institucionais." ABONG – Associação Brasileira de Organizações Não Governamentais & AFINCO – Administração e Finanças para o Desenvolvimento Comunitário. **Manual de administração jurídica, contábil e financeira para organizações não governamentais.** São Paulo: Peirópolis, 2003, p. 125-6.

determinar a ênfase dos mecanismos de alocação do dinheiro público direcionado por meio de contratos de gestão e termos de parceria.

Nas relações entre Estado e Terceiro Setor travadas no Brasil, o movimento de redemocratização dos anos 1980 é fenômeno emblemático para a constituição do casamento entre as partes, e havia instrumentos jurídicos de fomento direto, disciplinados pela legislação vigor, pois pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos, com objeto voltado para o interesse público, podiam receber recursos públicos provenientes de subvenções sociais, contribuições, auxílios e convênios.[90]

Mas tudo indica que o fomento direto do Terceiro Setor se expande com a idéia de parceria consolidada pela edição das Leis 9.637/98 e 9.790/99, já que as normas evidenciam a possibilidade de maior aproximação entre Poder Público e organizações não governamentais, favorecendo a integração dos segmentos aludidos e a gestão compartilhada de políticas públicas sociais.

A nova regulação do Terceiro Setor propõe a contratualização do sistema de fomento e supõe a assunção de uma nova postura para o Estado, que pode direcionar os estímulos financeiros, dispondo sobre o objeto dos contratos de gestão e dos termos de parceria, cuja tutela também ficaria a cargo do Poder Público, por isso a distribuição de recursos financeiros para Organizações Sociais e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público enseja a perspectiva de planejamento social no setor público.

Dados do Ministério do Planejamento[91] do governo federal registram crescimento das despesas do orçamento da União com transferências para entidades privadas sem fins lucrativos no período de 2003 a 2007, mas a potencialização do fomento direto não pode ser atribuída exclusivamente ao delineamento jurídico dos

---

[90] A Lei 4.320/64 dispõe subvenções sociais, contribuições e auxílios, como instrumentos de transferência de recursos a entidades privadas sem finalidade lucrativa, sendo as subvenções conceituadas pelo art. 12 §3º, que se constituem como transferências correntes, decorrentes de leis específicas, enquanto contribuições e auxílios mencionados no §6º do mesmo dispositivo legal podem ser considerados como autorizações orçamentárias. No que diz respeito aos convênios, é possível observar o fomento direto oriundo de repasse de recursos públicos para instituições sem fins lucrativos vinculadas a acordos de colaboração firmados com o Poder Público para o desenvolvimento de empreendimentos do interesse de ambas as partes. O convênio é uma modalidade híbrida de ajuste para fins de cooperação, que admite a formalização de acordos entre entes públicos e estes com entes privados. A previsão na Lei 8.666/93 enseja edição de atos normativos por parte das entidades federativas para a regulamentação do instituto, destacando-se os regulamentos federais – Decreto 6.170/07 e Instrução Normativa n. 01/97 da Secretaria do Tesouro Nacional.

[91] <HTTP:// WWW.planejamento.gov.br/orcamento/index.htm > e www.contasabertas.uol.com.br em consulta realizada em 1 de abril de 2008 revelam dados que não poderiam construir um gráfico crescente sobre o financiamento do terceiro setor, pois há oscilações de exercício para exercício. Contudo a tendência de crescimento é revelada entre 2005 e 2006, quando os recursos federais destinados ao terceiro setor diretamente saltam de R$ 1.752.711.134 para R$ 3.785.909.851.

pactos firmados entre o Estado e as entidades sociais portadoras dos títulos de OS e OSCIP, pois há outros fatores contribuindo para a expansão aludida.

É provável que a injeção de mais recursos para fomento direto nas organizações não governamentais também derive de direcionamentos políticos do governo e do equilíbrio das contas públicas durante esse período, mas a inovação trazida pelos novos modelos contratuais é significativa, pois a regulação dos contratos de gestão e dos termos de parceria supõe uma atuação mais rígida do Estado na tutela dos pactos, e consequentemente dos recursos públicos investidos nesse segmento, depois de múltiplos escândalos de corrupção, envolvendo repasse do orçamento estatal para ONGs.

Partindo para uma abordagem dos mecanismos de fomento indireto passíveis de financiar o Terceiro Setor, propomos a apresentação das imunidades e isenções tributárias, que proporcionam diversificados benefícios às instituições sem fins lucrativos, que podem reduzir suas despesas com obrigações a honrar junto ao fisco e receber doações de entes privados privilegiados por deduções tributárias.

As imunidades e isenções fiscais são frequentemente consideradas como formas de desonerações[92] incidentes sob empreendimentos da sociedade civil que auxiliam o Estado a concretizar os fins da democracia social proposta na Constituição Federal de 1988; por isso, em tese, o Poder Público, por força de lei ou de decisão administrativa cede como ente tributante, porque organizações da sociedade civil podem assistir a coletividade, potencializando objetivos da Administração Pública.

Se é certo que a tributação assume importância decisiva na regulação da ordem social, podemos supor que as formas de fomento indireto observadas nas imunidades e isenções fiscais ratificam o potencial ordenador do Estado, pois o Poder Público pode concretizar o financiamento de serviços públicos executados por uma estrutura paralela a sua máquina, consolidando um dos fins fundamentais da atividade tributária da Administração Pública.[93]

---

[92] O fomento indireto como forma de desoneração no contexto citado é idéia disposta na seguinte referência: MARTINS, Ives Gandra da Silva & RODRIGUES, Marilene Talarico Martins. A Imunidade Tributária das Entidades de Educação e Assistência Social Sem Fins Lucrativos à Luz da CF/88. In: CARVALHO, Cristiano & PEIXOTO, Marcelo Magalhães (Coords.). **Aspectos Jurídicos do Terceiro Setor.** 2ª Ed. Revista e Ampliada. São Paulo: MP, 2008, p. 137.

[93] Crescem os estudos realizados por juristas da Comunidade Européia sobre o papel da tributação na efetivação de direitos fundamentais, sobretudo de caráter social. Nesse contexto, apontamos o entendimento de Alvaro Bereijo sobre a administração tributária do Estado Social de Direito que deve conduzir a tributação, tendo em vista o financimento de serviços públicos e a distribuição de riqueza no âmbito da comunidade. BEREIJO, Alvaro. **Derecho Financiero, gasto público y tutela de los intereses comunitarios en la Constituición.** In: Estudios sobre el Projecto de Constituición. Madrid: CEC, 1978. p. 351.

Por isso a regulação do fomento dirigido às instituições sem fins lucrativos se justificaria diante dos fundamentos do Estado Democrático de Direito e se verificaria compatível com o ideal de gestão compartilhada de políticas públicas sociais entre Poder Público e Terceiro Setor, nos padrões estabelecidos pelo Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado e nas diretrizes traçadas pelo Ministério do Desenvolvimento Social.[94]

Mas tudo indica que, independentemente do fundamento político-filosófico das imunidades e isenções fiscais, tais benefícios precisam ser abordados como uma fonte de fomento consistente, pois "em razão da filantropia, o governo deixa de arrecadar R$ 4 bilhões todos os anos."[95] O dado registrado por reportagem da Folha de São Paulo é apenas um registro aproximado, mas chama a atenção para o custo do incentivo fornecido pelo Poder Público a entidades do Terceiro Setor.[96]

Apesar da observação de dados que muitas vezes sugerem um afrouxamento das torneiras do orçamento público no fomento do Terceiro Setor, é frequente a notícia sobre medidas restritivas adotadas pela União para embaraçar o acesso de entidades sem fins lucrativos a imunidades tributárias, garantidas pela Constituição Federal, considerando o elevado potencial de risco da concessão do benefício a ser gozado por instituição desprovida da devida idoneidade para tal.[97]

---

[94] Maria Tereza Fonseca Dias chama a atenção para o viés democrático da quetão pertinente ao fomento do Terceiro Setor, sugerindo a abertura de um instrumento de democracia procedimental, mas, independente de ratificar esse entendimento, não podemos deixar de registrar que a intervenção do Estado na ordem social se potencializa com ferramentas de incentivo que demandam regulação rigorosa, o recurso dirigido às ONGs deve fazer falta nos cofres do governo. Quanto à referência aludida cf. DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Terceiro Setor e Estado: legitimidade e regulação: Por um novo marco jurídico.** Belo Horizonte, Fórum, 2008, p. 253. Ao sistematizar as ferramentas de democracia participativa gerenciadas no Brasil, Marcus Agusto Perez não faz alusão ao fomento como um instrumento democrático, mas é possível que os canais de diálogo gerados nos conselhos e nos pactos de colaboração aprofundem as vias de fomento do terceiro setor. Confira a sistematização aludida em PEREZ, Marcus Augusto. **A Administração Pública Democrática: Institutos de participação popular na Administração Pública.** Belo Horizonte: Fórum, 2004.

[95] MATAIS, Andreza & WESTIN, Ricardo. **Procuradoria irá à Justiça contra anistia a filantrópicas**. Carderno Cotidiano. Folha de São Paulo, quarta-feira, 12 de novembro de 2008, p.4.

[96] Os dados sobre o custo da desoneração do Terceiro Setor às vezes parecem imprecisos, mas os números chamam a atenção, pois há menção realizada por reportagem do Jornal DCI de que o custo da desoneração das filantrópicas alcançará 9,9 bilhões em 2009. ACIOLI, Patrícia. **Desoneração à filantropia deve ser de R$ 9,9 bilhões em 2009.** Caderno Política Econômica. Jornal DCI, quinta-feira, 20 de novembro de 2008.

[97] Yves Gandra da Silva Martisn critica a violação do acesso à imunidade das ONGs, supondo que o direito constitucional é devido, por isso o Estado, ao invés de erguer entraves, deveria se empenhar na fiscalização das pilantópicas, dispondo: "a invalidade de normas infraconstitucionais – originadas da tendência do Poder Públicode se preocupar mais em obter maiores recursos do que em cuidar de sua adequada aplicação – que restrigem a imunidade, já foi declarada incosntitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em processo que patrocinei, (RO em MS n. 22.192-9)." MARTINS, Ives gandra da Silva. **Imunidades de Instituições sem Fins Lucrativos Dedicadas à Previdência e Assistência Social**. Revista Dialética de Direito Tributário nº 94. São Paulo: Dialética, julho de 2003, p. 66. No mesmo

O Poder Público parece atuar de forma confusa no fomento do Terceiro Setor, pois, se o governo federal supostamente freia a ânsia do Terceiro Setor pelo acesso às imunidades tributárias legitimamente devidas, não podemos supor semelhante dificuldade das instituições sem fins lucrativos no acesso às isenções fiscais.[98]

Diferentemente da imunidade tributária que se constitui como benefício definido na Constituição Federal que independe do crivo político do governo, o incentivo fiscal é um favor do ente tributante para contribuinte, que confirma uma liberalidade do Poder Público. Nesse caso, não é relevante discutir se o benefício é uma gentileza ou uma forma de intervenção do Estado na ordem econômico-social, pois, em qualquer caso, o incentivo fiscal evidencia a decisão discricionária da Administração Pública e nos remete à competência de cada ente tributante no uso de sua prerrogativa de renunciar à receita do tributo arrecadada sob a égide de sua competência.[99]

Por isso, a reflexão que propomos diz respeito à condução caótica dessa liberalidade pela concessão indiscriminada do benefício, tanto para entes do mercado como para instituições do Terceiro Setor, pois as isenções fiscais mal gerenciadas podem abrir espaço para a violação do princípio da indisponibilidade dos bens e interesses da Administração Pública, quando não há ponderação sobre o custo-benecíficio vinculada à medida.

Ricardo Lobo Torres realça que o tempo em que se apresenta um Estado intervencionista generoso nos remete a um episódio do passado da política fiscal dos países atingidos pela crise dos 1970/1980, por isso já seria possível supor que atualmente vivenciamos a era da derrubada geral dos incentivos, pois sob os incentivos fiscais pesa

---

sentido: DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Terceiro setor e Estado: legitimidade e regulação: Por um novo marco jurídico.** Belo Horizonte, Fórum, 2008, p. 333.

[98] Em reportagem publicada pela Folha de São Paulo, fica evidenciada a regulação confusa aludida, pois recentemente a Medida Provisória 446/08 flexibilizou de forma contundente o rigor da legislação vigente em relação à manutenção de certificado que garante benefícios a entidades filantrópicas, renovando automaticamente o título de entidades cujos pedidos não foram analisados, anulando contestações contra entidades que enfrentam processos e certificando instituições que tiveram o título de filantropia negado. As flexibilidades, nesse caso, representam verdadeira contradição da ordem jurídica vigente até o advento da medida provisória, pois as normas anteriores solicitavam o cumprimento de exigências rigorosas para a concessão do título e a prestação de contas periódica verificada pelo Conselho nacional da Assistência Social. MATAIS, Andreza. **Senado devolve ao governo MP que anistia filantrópicas: Projeto foi alvo de constestação do presidente da Casa, que mandou proposta de volta.** Caderno Cotidiano. Folha de São Paulo, quinta-feira, 20 de novembro de 2008, p.6.

[99] Souto Maior Borges não considera o incentivo fiscal como favor, mas "elemento de natureza política, econômica e social." Essa posição tradicionalmente adotada pelo Direito Tributário brasileiro, sob a influência da doutrina europeia é referência na obra de Aliomar Baleeiro, com um peso significativo para a valorização desse entendimento. Cf. BORGES, Ricardo Souto Maior. **Isenções Tributárias.** São Paulo: Sugestões Literárias, 2001, p.68.

"a suspeita de ilegitimidade, ainda mais porque, não raro, provocam desigualdade entre os contribuintes e se transformam em privilégios odiosos."[100]

Mesmo diante de um cenário que desfavorece a liberação desordenada de incentivos fiscais, não é possível registrar indícios de uma racionalização da mão gentil do Estado de tradição patrimonialista, pronto a amparar a iniciativa privada em suas mais diversas investidas, ainda que toda a coletividade tenha que pagar o custo dessa generosidade própria de nossa tradição.[101]

A crítica lançada em relação às isenções fiscais não deprecia o fim do instituto, pois o equívoco do Estado não é incentivar o Terceiro Setor, mas fazê-lo sem uma regulação adequada. Pois mesmo o incentivo fiscal concedido ao mercado pode ser fundamental para o despontar de uma ordem social mais digna, já que desenvolvimento econômico pode ser um combustível para geração de bem-estar social.[102]

No quesito que abrange as fontes de financiamento do Terceiro Setor decorrentes da intervenção do Poder Público, há receitas que chegam ao orçamento das organizações não governamentais por meio de doações e dotação orçamentária voltada para fomento de projetos sociais, agregados a pactos de colaboração recíproca, firmados entre Estado e instituições sem fins lucrativos.

A doação de bens e recursos financeiros do Estado para entes do Terceiro Setor se constitui como subvenção, instituto do direito financeiro, disciplinada como doação modal, pois a pessoa jurídica de direito público concedente doa de acordo com sua conveniência política, mas especifica a destinação para o objeto da doação, cuja finalidade pode ser o custeio ou o investimento na promoção de um fim social determinado pelo Poder Público.[103]

---

[100] TORRES. Ricardo Lobo. O princípio da isonomia, os incentivos do ICMS e a jurisprudência do STF sobre a guerra fiscal. In: MARTINS, Ives Gandra, ELALI, André & PEIXOTO, Marcelo Magalhães (Coords). **Incentivos Fiscais: Questões pontuais nas esferas federal, estadual e municipal.** São Paulo: MP, 2007, p. 328.

[101] Há registro de aumento significativo da política de incentivos fiscais desenvolvida pelo governo brasileiro a partir de 1964 em: MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Teoria da imposição tributária.** 2ª Ed. São Paulo: LTR, 1997, p. 382.

[102] A justificativa para a isenção tributária de atividades que merecem o prestígio do Estado e a relação entre incentivo econômico e bem-estar social é aprofundada em ELALI, André. Incentivos fiscais, neutralidade da Tributação e Desenvolvimento Econômico. In: MARTINS, Ives Gandra, ELALI, André & PEIXOTO, Marcelo Magalhães (Coords). **Incentivos fiscais: Questões pontuais nas esferas federal, estadual e municipal.** São Paulo: MP, 2007, p. 328.

[103] No que diz respeito à abordagem conceitual da subvenção, é possível verificar a Lei 4.320/64 dispondo sobre os recursos públicos, assim empregados como formas de despesas correntes do Poder Público. Apesar do caráter consignado do fomento e de suas condições específicas, não é raro observar acepções diversas para uma mesma terminologia. Marcus Juruena Vilela Souto se refere à subvenção e ao subsídio como sinônimos, mas, de acordo com a designação específica do art. 1º da Instrução Normativa da Secretaria do Tesouro Nacional: "Subvenção social: transferência de recursos que independe de lei

Nesse caso, a Administração Pública pode subvencionar de acordo com a autonomia política de cada ente tributante, razão pela qual é difícil especificar as condições precisas de acesso das organizações não governamentais a essa fonte de financiamento. Contudo, o governo federal parece primar pela vinculação dos recursos destinados a título de subvenção, pois a Lei de Diretrizes Orçamentárias tem registrado anuamente os requisitos a serem supridos pelo Terceiro Setor, para recebimento do benefício.

Além disso, a Instrução Normativa nº 01/97 da Secretaria do Tesouro Nacional prevê a cobertura de despesa de custeio da entidade social, que veda a disposição abstrata do plano de aplicação dos recursos. Nesse sentido, Eduardo Szazi vislumbra que "o valor da subvenção, sempre que possível, é calculado em unidade de serviço efetivamente prestado ou posto a disposição dos interessados, obedecidos os padrões mínimos de eficiência previamente fixados."[104]

No rol das doações fornecidas pelo Poder Público, a organizações não governamentais, ainda é possível mencionar o auxílio, definido pela Instrução Normativa nº 01/97 da Secretaria do Tesouro Nacional como: "transferência de capital derivada de lei orçamentária que se destina a atender ônus ou encargo assumido pela União e somente será concedida a entidade sem fins lucrativos."

Apesar de observarmos aqui uma forma de doação que deriva de uma conveniência do Poder Público, é possível supor que o recurso destinado às instituições sem fins lucrativos não vincula a entidade privada à demonstração de resultados materiais na prestação de um serviço à comunidade. Nesse caso, os recursos destinados às organizações não governamentais poderiam servir para financiar pagamento de pessoal e aquisição de materiais, cuja previsão estivesse registrada no plano de aplicação aprovado pela autoridade competente.[105]

Com essas considerações sobre as fontes de financiamento decorrentes de doações do Poder Público às organizações não governamentais, podemos registrar mais uma vez a possível permissividade da regulação pertinente ao fomento do Terceiro

---

específica a instituições públicas ou privadas de caráter assistencial ou cultural, sem finalidade lucrativa com o objetivo de cobrir despesa de custeio." Por isso, o subsídio nos remete a um gênero mais lato, que abarca o conjunto de benefícios de que o governo dispõe para estimular a iniciativa privada, sobretudo no âmbito do mercado. SOUTO, Marcus Juruena Vilela. Estímulos Positivos. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (Coord.). **Terceiro Setor, Empresas e Estado: novas fronteiras entre o Público e o privado.** Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 22.

[104] SZAZI, Eduardo. **Terceiro Setor: Regulação no Brasil.** 4º Ed. São Paulo: Peirópolis, 2006, p. 104-105.

[105] Artigo 65 do Decreto 93.972/86

Setor, pois instrumentos de incentivo de diversas naturezas e disciplina análoga prejudicam a sistematização de ferramentas de gestão e controle da mão generosa do Estado.

Em muitas circunstâncias, as doações destinadas a entidades do Terceiro Setor são alvo de crítica, sobretudo porque o fomento dessa natureza nem sempre viabiliza a escolha objetiva dos destinatários e resultados concretos nas áreas de interesse incentivadas. Nesse sentido, Anna Cynthia Oliveira registra que países de ordenamento jurídico mais elaborado não costumam distribuir subvenções sociais, pois a dificuldade de fazer justiça na escolha dos beneficiários e a ausência de resultados concretos vinculados ao investimento público são considerados aspectos negativos desse mecanismo de fomento, e aproveita para defender as transferências financeiras para entidades sociais decorrentes de pactos que exigem a contraprestação de serviços de interesse público.[106]

No ordenamento jurídico brasileiro, o fomento de instituições sem fins lucrativos é uma prática que tende a se maximizar diante da tendência de contratualização do direito administrativo, baseada na substituição da lógica da autoridade pela do consenso, quando o Estado faz uso do contrato em engrenagens que estão além do fornecimento de bens, serviços e obras, estabelecendo uma "regulação consensual mínima"[107] para a gestão de seus interesses em diversos campos de sua intervenção socioeconômica.

A consolidação dos expedientes de colaboração, em que o Poder Público transfere dinheiro e quaisquer outros recursos a ele reservados em troca do fornecimento de bens e serviços produzidos por terceiros, é noticiada por Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernándes[108], sendo tal fenômeno observado no Brasil, sobretudo, quando o Estado se submete a uma reforma[109] que pleiteia a abertura e/ou ampliação desse espaço de consensualidade entre Administração Pública e Terceiro Setor.

O pleito registrado pelo Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado em 1995 logo será atendido, com a edição das Leis 9.637/98 e 9.790/99, que potencializam

---

[106] OLIVEIRA, Anna Cynthia. **Terceiro Setor: uma agenda para a reforma do marco legal.** Rio de Janeiro: Comunidade Solidária, 1997, p.60.

[107] ESTORNINHO, Maria João. **Réquiem pelo contrato administrativo.** Coimbra: Almedina, 1990, p. 168 e ss.

[108] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo & FERNÁNDES, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo.** 9º Ed. Madrid: Civistas, 1999, v. 1, p. 559.

[109] A alusão à reforma do Estado mencionada nos remete aos objetivos determinados pelo Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado para o núcleo de serviços não exclusivos. O projeto foi editado em 1995 e, nesse segmento, a proposta de maximizar a colaboração entre Administração Pública e Terceiro Setor na gestão de serviços sociais tinha seu desenho delimitado, impulsionando a edição de normas passíveis de regular o contrato de gestão e o termo de parceria.

as condições para o fomento contratual do terceiro setor, pois a regulação do contrato de gestão e do termo de parceria é a promessa de inauguração de um novo tempo para a gestão de serviços sociais, em que a consensualidade possivelmente favorece o compartilhamento de políticas públicas, seu adequado fomento e o devido controle de sua gestão.

Os novos modelos contratuais não retiram do Estado o poder de decisão sobre o *modus operandi* da gestão do serviço social de sua alçada, nem lhe retiram as prerrogativas próprias de ente contratante, na seleção e no controle dos terceiros associados, pois o sentido de consensualidade não indica possível equiparação[110] das partes, razão pela qual o pacto é apenas um termo que tende a ajustar a execução de uma ação social do Terceiro Setor aos interesses da Administração Pública, conferindo densidade aos compromissos das partes.

Nessa perspectiva, é possível verificar que contratualização do direito administrativo se evidencia nas relações entre Estado e Terceiro Setor, mantendo o Poder Público no comando do serviço público social, pois a regulação dos contratos de gestão e dos termos de parceria resguarda a tutela da Administração Pública em relação aos pactos, que usa de suas prerrogativas para decidir pelas parcerias, nos segmentos que julgar conveniente, de acordo com sua capacidade de fomento, sob o crivo do controle disciplinado por lei.

Nas situações em que o Poder Público pactua com entes do Terceiro Setor, o financiamento dos projetos sociais vinculados aos contratos indica a presença marcante do Estado no papel de ente fomentador, podendo a Administrativação Pública se valer de recursos diversos para esse papel, pois a Lei 9.637/99 supõe que o parceiro público pode não só realizar a dotação orçamentária para a Organização Social, pois os incentivos podem abarcar cessão de bens públicos e de servidores públicos, com ônus para o ente público de origem.

Apesar de a Lei 9.790/99 só dispor expressamente sobre recursos financeiros a serem recebidos pelas Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, não é possível descartar a possibilidade de essas instituições se beneficiarem com cessão de bens públicos, bem como com a injeção de outros apoios oferecidos pela Administração

[110] Sérvulo Correia realça que a bilateralidade dos contratos administrativos não reside na equiparação da condição dos pactuantes e, nesse caso, mesmo considerando que o contrato de gestão e o termo de parceria não têm sua regulação definida pela Lei 8.666/93, é possível registrar a presença do regime jurídico de direito público nas normas específicas que estabelecem essas modalidades e na aplicação subsidiária da Lei Geral dos contratos públicos mencionada. CORREIA, José Manuel Sérvulo. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos.** Coimbra: Almedina, 1987, p.349.

Pública, cujo papel vai além da tutela do contrato, já que, pelo menos em tese, a relação das partes supõe uma colaboração recíproca.[111]

Nesse ponto, fechamos a exposição das possibilidades de financiamento apreciadas diretamente pelo Poder Público e passamos à apresentação do fomento que deriva da inicitiva do setor privado, pois tanto pessoas físicas como jurídicas podem realizar doações em favor de organizações não governamentais, mas a caridade será aqui observada, sobretudo diante da regulação que prestigia a generosidade gratuita, decorrente da dedução fiscal do recurso doado ao Terceiro Setor.

No que diz respeito à parcela do fomento que decorre de doações realizadas pela iniciativa privada às organizações não governamentais, encontramos nesse quesito mais uma vez o peso forte da mão do Estado, que regula as doações para o Terceiro Setor passíveis de dedução tributária, razão pela qual as condições de regulação determinadas pelo Poder Público são o termômetro da caridade atribuída ao empresariado brasileiro.

A Legislação brasileira apresenta para as organizações não governamentais um prato farto de recursos passíveis de captura junto ao mercado, pois, com o advento da Lei Rouanet (Lei 8.313/91), é possível verificar a inauguração de um espaço frutífero para doações favorecidas com a dedução de recursos do imposto de renda de pessoas físicas e jurídicas de direito privado.[112]

A Lei Rouanet é o primeiro diploma legal que dispõe sobre a possibilidade de o particular doar recursos financeiros para organizações não governamentais, deduzida do montante de recursos tributados pela União a título de imposto de renda, sendo a doação favorecida destinada ao incentivo de projetos de apoio à cultura. O estímulo, nesse segmento, tem ampliado as obras que resultam desse fomento, como livros, peças, filmes, exposições, discos, dentre outros.

---

[111] Nessa passagem, é necessário justificar a opinião de Gustavo Justino de Oliveira que registra o seguinte: "Às OSCIPs não podem ser cedidos ser cedidos bens públicos ou servidores públicos por meio de termo de parceria, sendo que os recursos necessários para a execução deste serão depositados em conta bancária específica (art. 14 do Dec. 3100/99)." OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Contrato de Gestão.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.280. O registro é verossímel, pois Gustavo Justino de Oliveira mostra os limites do termo de parceria como instrumento de fomento, vislumbrando que o pacto viabiliza tão somente o aporte de capital na conta bancária aberta de acordo com o Decreto 3.100/99. Contudo, o suporte de recursos adicionais pode derivar de título alheio ao termo de parceria, pois o ente público parceiro da OSCIP pode apreciar a reivindicação da desafetação de um bem, para servir até mesmo a projeto social alheio àquele registrado no termo de parceria. Na mesma perspectiva, é possível supor a avaliação de pedido de autorização ou permissão de uso de bem público e, apesar de a cessão de servidores não ser uma prática reguardada pelo direito, não é rara a circunstância em que o termo de parceria executado, no espaço físico de uma instituição pública, conta com a participação de servidores que não servem diretamente na execução do projeto social, mas podem atuar como facilitadores da atividade empreendida pela OSCIP.

[112] O art. 18 da Lei 9.874/99 faculta às pessoas físicas e jurídicas interessadas em reter o limite, passível de dedução fiscal do imposto de renda, para apoio à cultura a título de doação ou patrocínio.

É bem verdade que tanto pessoas físicas como jurídicas podem se valer das doações favorecidas, mas os captadores de recurso, que trabalham na retaguarda da doação, vão em busca de uma fatia refinada do mercado, para mobilizar os recursos destinados a custeio de projetos sociais, pois só as empresas tributadas pelo lucro real podem doar, abatendo o valor da transferência financeira do imposto de renda, que, nesse caso, é de 4% do montante tributado. As pessoas físicas podem realizar a doação deduzida do imposto de renda de 6% do tributo, se essa declaração for feita no modelo completo.

Depois que a Lei Rouanet abriu as portas do fomento, nessa perspectiva, a legislação passa a regular um rol cada vez mais ampliado de setores de investimento social, privilegiados pela possibilidade de doação deduzida do montante tributado pelo governo, pois, além das operações de caráter cultural e artístico incentiváveis, também é possível estimular fundos de direito da criança e do adolescente[113], entidades sem fins lucrativos qualificadas com título de utilidade pública federal ou OSCIPs[114], instituições de ensino e pesquisa[115], atvidades desportivas[116] e audiovisuais[117].

---

[113] Os fundos de direito da criança e do adolescente são organismos sem personalidade jurídica, que se constituem como contas bancárias criadas para receber recursos, cuja movimentação se dá exclusivamente por conselhos de direitos da criança e do adolescente – órgãos deliberativos, com colegiado paritário, formado por integrantes do Poder Público e da sociedade civil, que controlam os fundos na promoção e no controle de políticas públicas, nesse segmento – criados no âmbito da União, dos Estados-Membros e dos Municípios, de acordo com o art. 260 do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA.

[114] A Lei 9.249/95 estabelece que pessoas jurídicas podem fazer doações diretas a entidades civis, sem fins lucrativos, constituídas do Brasil, voltadas para a promoção de serviços gratuitos em benefício da comunidade. A empresa doadora deve fazer a declaração de imposto de renda com base no lucro real, sendo vedada a doação, nos termos da Lei, quando a empresa declara pelo lucro presumido ou adota a plataforma SIMPLES. Nesse caso, deve-se chamar a atenção para a consistência da doação, pois o valor doado não é deduzido do montante tributado, podendo chegar a 2% do lucro operacional.

[115] A Lei 9.249/95 também estabelece a possibilidade de doações em prol de instituições de ensino e pesquisa, sendo os possíveis doadores as pessoas jurídicas que declarem imposto de renda pelo lucro real, o que possibilita a dedução de até 1,5% do lucro operacional da empresa.

[116] A Lei Federal 11.438/06, regulamentada pelo Decreto 6.180/07, dispõe sobre incentivo específico para projetos esportivos e paradesportivos, que possibilita o incentivo para patrocínio e doação a ser realizado por pessoas jurídicas tributadas pelo lucro real em até 1% do imposto de renda devido a pessoas físicas, com declaração realizada no modelo completo, em até 6% do valor do tributo devido. O incentivo proposto por entidade desportiva, constituída como pessoa jurídica de direito privado ou público, com fins não econômicos, em funcionamento há pelo menos um ano, se verifica quando o ente possui projeto aprovado pelo Ministério do Esporte. O proponente do projeto fica responsável por apresentação, execução e prestação de contas do projeto desportivo ou paradesportivo, tendo ainda que manter a comprovação de sua regularidade fiscal e cadastro atualizado junto ao Ministério dos Transportes.

[117] As Leis 8.685/93 e 9.323/96 disciplinam mecanismos de fomento à atividade audiovisual, para incentivar a produção de filmes comerciais – aqueles que geram lucro de bilheteria – possibilitando a pessoas físicas dedução de até 6% do imposto de renda, e a pessoas jurídicas deduzir até 3% do imposto de renda, quando tributadas pelo lucro real. A utilização do incentivo fiscal implica a aquisição de quotas representativas do direito à comercialização sobre as obras audiovisuais no mercado de capitais, se o projeto do filme estiver previamente aprovado pelo Ministério da Cultura, com o crivo da ANCINE.

Os incentivos recebidos por cada segmento são muito significativos, tanto é assim que o governo precisou estabelecer limites para a cumulação de dedução fiscal, tendo em vista o incentivo de tantas causas nobres. Nesse sentido, a legislação, que regula os incentivos para a promoção de atividades audiovisuais, dispõe sobre o montante máximo de imposto de renda deduzido, com a cominação de um teto para as doações destinadas à cultura e aos filmes comerciais concomitantemente, estabelecendo o percentual máximo de 4% do tributo devido.

A alusão às formas de dedução fiscal, vislumbradas até aqui, registram a perspectiva de pessoas físicas e jurídicas, alheias ao Estado, doarem recursos financeiros a entes do Terceiro Setor, direcionando valores que seriam recebidos pelos cofres públicos com a arrecadação de imposto de renda, por isso não estamos exaurindo a análise de fonte de financiamento das organizações não governamentais, pois a legislação estadual e a municipal, em cada esfera da federal, podem valer-se de intitutos análogos, ampliando o rol de hipóteses de doação mediante dedução fiscal.

De fato, a fotografia dos instrumentos de captura financeira do Terceiro Setor não revela uma imagem completamente nítida, nem supõe registrar todos os atores envolvidos com o financiamento desses entes, pois as organizações não governamentais ainda podem buscar recursos disponíveis em contas de fomentos disponibilizadas por organismos internacionais, como fundos de amparo a causas socioambientais das Nações Unidas, além das doações realizadas por outras ONGs de grande porte.

CAPÍTULO 2 - A ORGANIZAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO

As Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIPs - são pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviços sociais, que recebem essa qualificação jurídica após o preenchimento dos requisitos previstos em lei, mediante solicitação formal e vinculada feita ao Poder Público, podendo a qualificação resultar em sua contratação pelo Estado, via termo de parceria.[118]

O título de OSCIP não surge com a perspectiva de se tornar mais uma comenda atribuída pelo Poder Público ao Terceiro Setor, pois a norma que regula tal qualificação é bastante reverenciada, à época de sua edição, supostamente por proporcionar às organizações não governamentais uma nova vocação, qual seja, a parceria com o Estado para a gestão de serviços sociais. [119]

Essa engenharia de gestão que impulsiona um possível relacionamento de parceria entre Estado e Terceiro Setor é matéria prevista num projeto de reforma que foi documentado em 1995, após meses de trabalho realizado pelo Ministério da Administração e Reforma do Estado, originando o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado.

Nesse documento se propõe um conjunto de estratégias voltadas para substituir o paradigma de administração pública vigente, pois a mudança envolve todos os segmentos de atuação do Estado, por isso criticar o modelo burocrático de gestão vigente seria uma forma de legitimar as transformações indicadas para o Poder Público tanto em seu relacionamento intra-institucional, como em suas relações com o mercado e com o Terceiro Setor. [120]

---

[118] O conceito pode ser extraído da observação da lei n. 9790/99.

[119] A perspectiva de parceria entre Estado e Terceiro Setor é vislumbrada como elemento diferencial da Lei 9.790/99, o que é possível registrar em documento confeccionado pela Comunidade Solidária para justificar as razões da edição da Lei das OSCIPs, nos seguintes termos: "Por trás da nova lei do Terceiro Setor, existe a avaliação de que o olhar público da Sociedade Civil detecta problemas, identifica oportunidades e vantagens colaborativas, descobre potencialidades e soluções inovadoras em lugares onde o olhar do Estado não pode, nem deve, penetrar. A ação pública da Sociedade Civil é capaz de mobilizar recursos, sinergizar iniciativas, promover parcerias em prol do desenvolvimento humano e social sustentável, de uma forma que o Estado jamais pôde ou poderá fazer." FRANCO: Augusto de. O que está por trás da nova Lei do Terceiro Setor – Prefácio da 1ª edição. In: FERRAREZZI, Elizabeth & REZENDE, Valéria. **OSCIP – Organização da sociedade civil de interesse público: a lei 9.790/99 como alternativa para o terceiro setor.** 2ª Ed. Brasília: Comunidade Solidária, 2002, p.10.

[120] A referência à reforma gerencial precisa ser observada diante de um contexto específico para que o termo "gerencial" possa ser observado como um *slogan* do projeto. No Plano Diretor do Aparelho da Reforma do Estado, o modelo de administração pública gerencial se contrapõe ao modelo administração

A Lei n. 9.790/99 disciplina um modelo institucional que não fora previsto pelo Plano Diretor do Aparelho da Reforma do Estado, pois o projeto de reforma administrativa do Estado contida nesse documento, sugere, a priori, a pretensão do Estado de transferir para o Terceiro Setor a gestão dos serviços não exclusivos[121], mediante extinção de instituições públicas.[122]

O procedimento aludido foi chamado pelos reformadores de "publicização dos serviços sociais", porque a ideia seria transferir os serviços prestados pela instituição pública extinta para uma entidade do Terceiro Setor, que se consideraria publicizada, não por passar a integrar a estrutura da Administração Pública, mas por ser supostamente obrigada a conduzir suas atividades de acordo com o interesse público, em função de uma plataforma de gestão vinculada a um órgão colegiado onde se faria presente o Estado, para, em tese, garantir a finalidade de sua condução.[123]

---

pública burocrático, supostamente incoerente e obsoleto, por isso o novo *layout* implica a superação da burocracia. Para justificar as razões da reforma, o projeto destaca a inadequação do paradigma anterior descaracterizando sua essência, o que legitima uma observação sobre a burocracia numa dimensão além da publicidade da reforma gerencial. A burocracia é um instrumento de organização da administração pública que se baseia no império da lei e no controle de sua aplicabilidade por meio de um sistema hierárquico de estruturação dos agentes e instituições do Estado, por isso não é possível culpar a burocracia pelas perversões administrativas paralelas a sua tutela. O significado técnico de burocracia pode ser observado no registro da doutrina italiana. Cf. STENDARDI, Gian Galeazzo. **Scienza Dell'Amministrazione.** Milão: Giuffrè, 1994, p. 20-21. Não podemos deixar de referenciar um dos ícones da doutrina norte americana que serviu de base para a construção do Plano Diretor, com referência expressa à burocracia no sentido determinado pelo projeto de reforma a que nos referimos, no seguinte trecho de Caiden: *"At the beginning of the 1990s, administrative reform was only parto of much wider and more sweeping institutional reforms around world in response to attempts by governments to regain national purpose and direction, strike out in new directions, rise above political stalemates and bureaucratic inertia, reshape state and society to meet the challenges of the 21st century, and generally reinvigorate sluggish governmental systems to respond better to political initiatives."* CAIDEN, Gerald E. **Administrative Reform Comes of Age.** New York: Walter de Gruyter, 1991, p. 313.

[121] O setor de serviços não exclusivos é referenciado pelo plano diretor como segmento de atividades de cunho social, que não são disponibilizadas exclusivamente pelo Poder Público, podendo assumir regimes jurídicos diferentes, já que tanto o Estado como a iniciativa privada podem prestar serviços nas áreas de educação, saúde, assistência, cultura, lazer, desporto. Nessa perspectiva, os serviços prestados pelas instituições públicas se submetem ao regime jurídico de direito público, enquanto aqueles prestados pela iniciativa privada se submetem ao regime jurídico de direito privado, com os limites impostos pelo poder de polícia do Estado.

[122] Observa-se aqui a citação literal do primeiro objetivo disposto pelo plano diretor para o setor de serviços não exclusivos, que o termo "publicização" é evocado como uma estratégia, que supostamente, transforma ou maximiza os fins visados por uma instituição privada que será constituída para assumir as atribuições de uma instituição pública: "Transferir para o setor publico não-estatal estes serviços, através de um programa de "publicização", transformando as atuais fundações públicas em organizações sociais, ou seja, em entidades de direito privado, sem fins lucrativos, que tenham autorização específica do poder legislativo para celebrar contrato de gestão com o poder executivo e assim ter direito a dotação orçamentária." BRASIL. **Plano diretor da Reforma do Aparelhamento do Estado**. Brasília: Presidência da República. Câmara da Reforma do Estado. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1995. p.67.

[123] É importante registrar que a terminologia "publicização" tem o seu significado politizado pelos reformadores que alteram o sentido original do termo, bem esclarecido na referência de Vital Moreira, nos seguintes termos: "Historicamente, a publicização acompanhou os períodos de expansão da administração

Mas a qualificação das OSCIPs não se apresenta em contradição com os objetivos da reforma gerencial proposta, pois a possibilidade de o Poder Público contratar tais instituições, para gerir serviços sociais, pode ser um instrumento importante de suprimento das lacunas institucionais verificadas num Estado, cujas tarefas previstas, na Ordem Social da Constituição, ainda não estavam plenamente efetivadas.

De fato, não podemos investigar as organizações da sociedade civil de interesse público sem observar o contexto onde se insere a previsão legal do novo título, por isso é necessário levar em consideração que a Lei n. 9.790/99 entra em vigor num período de reforma, em que as diretrizes do modelo gerencial de administração do projeto sugerem a lapidação de um Estado Regulador, guiado pelo princípio da subsidiariedade.

Nesse contexto, o Estado Regulador precisa ser identificado como uma figura teórica de substituição ao Estado de bem-estar tipicamente keynesiano, pois o Poder Público sempre desenvolveu atividade reguladora para legislar sobre matéria de sua competência em diversos segmentos da gestão pública.[124]

Regular será sempre um imperativo para o Estado porque é regulando que o Estado define normas relativas ao exercício das liberdades conferidas ao particular, bem

---

pública, em conseqüência do crescimento do papel econômico e social do Estado, enquanto a privatização resulta dos movimentos tendentes ao 'emagrecimento' daquela, ou pelo menos, ao alargamento das formas de gestão jurídico-privadas no seio da administração. Se a multiplicação das pessoas colectivas públicas ficou a dever-se em grande medida ao envolvimento do Estado no fornecimento de prestações sociais e na vida económica, especialmente desde a I Guerra Mundial, o movimento inverso de diminuição desse envolvimento do Estado, dominante desde o princípio dos anos oitenta, não podia deixar de refletir-se num impulso para a supressão ou privatização de entes públicos. A expressão mais comum da publicização é a nacionalização de sociedades privadas. Mas ela pode ocorrer com associações e fundações privadas. Em alguns países como na Itália, o sistema público de segurança social e de saúde começou pela publicização de entidades privadas. (caixas de previdência, estabelecimentos de associações humanitárias, etc.)" MOREIRA, Vital. **Administração Autônoma e Associações Públicas.** Coimbra: Editora Coimbra, 1997, p. 290.

[124] A expressão "Estado Regulador" começa a ser difundida no final dos anos 1970, por isso é frequente a criação de uma interface entre regulação e redução do Estado, pois as primeiras reformas estruturadas nesse período recebem forte influência do liberalismo, que culminará no enxugamento de suas máquinas administrativas. Mas, eliminando o caráter ideológico, observamos que os modelos de regulação possuem um desenho técnico mais arrojado. Gaspar Ariño dispõe sobre três formas de expressão da atividade reguladora do Estado: 1) na regulamentação do setor privado – onde o Estado dita os limites a que estão adstritas as instituições privadas do mercado, exercendo seu poder de polícia; 2) na regulação dos serviços públicos prestados pelas mãos da iniciativa privada, ao exercer os poderes de direção e controle dos serviços; e 3) na nacionalização de atividades geridas pelo mercado, onde o interesse do Estado de dotá-las de caráter público, implica um processo de publicização, sendo a propriedade de instituições privadas transferidas ou não para o patrimônio público. ORTIZ, Gaspar Ariño. **Economia y Estado: Crisis y reforma del sector público.** Madrid: Marcial Pons, 2003, p.267.

como determina regras que condicionam a prestação dos serviços públicos a diretrizes gerais e específicas para cada setor.[125]

Por isso, ao nos referirmos ao Estado Regulador, não temos a intenção de supor que a atividade reguladora do Estado se inaugura com a determinação desse modelo, mas podemos observar que o novo paradigma se constrói diante de diretrizes voltadas para a maximização da regulação do setor privado, na medida em que o Poder Público tende a reduzir suas atividades, tanto na tutela como na execução de serviços.[126]

A afirmativa não é infundada, dada a observação do momento em que o modelo vem à tona, pois estamos nos reportando precisamente ao final dos anos 1970, quando as crises econômicas, alavancadas pelo preço elevado do petróleo, geram um cenário de recessão que põe a maioria das economias ocidentais em situação de crise.[127]

A crise econômica do mercado é um balde de água fria nas expectativas de tributação de diversos países, que precisam destacar alternativas para a redução dos recursos do erário, como é possível referenciar nas iniciativas de reforma impulsionadas nos Estados Unidos e na Grã Bretanha por Ronald Regan e Margareth Tatcher.[128]

---

[125] É importante ressaltar que a abertura dessa exposição sobre a prerrogativa de regular do Estado tem sentido, mesmo numa pesquisa que se dirige à observação da contratualização no âmbito dos serviços públicos sociais, pois a atividade reguladora do Poder Público, que já foi inserida num contexto mais restrito, onde se localiza o direito econômico, hoje expande seu espaço em diversas outras esferas de interesse, como podemos observar na referência de Joaquín Tornos Mas: *"Pero el concepto de regulación há desbordado sus orígenes, vinculados al derecho administrativo económico, y hoy engloba la referencia a la intervención administrativa en diversos âmbitos."* Mas, Joaquín Tornos. La Actividad de Regulación. In: WAGNER, Francisco Sosa. **El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XX: Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo.** Tomo I. Valencia: Titant lo blanch, 2000, p. 1331.

[126] Dario Salinas trata das causas econômicas da crise dos anos 1970, elucidando que o impulso dos acontecimentos pode ser verificado "numa queda significativa da produção nos países de 'maior desenvolvimento relativo' do capitalismo avançado", e realça o impacto desse fenômeno na inflação, na estagnação econômica e no desemprego vivenciados nas economias britânicas e norte-americanas. Mas, ao tratar da realidade espícifica da América Latina, observa um elemento agravador da crise causada pela redefinição da economia, qual seja, o "buraco negro" dos processos políticos de fragilidade democrática, decorrentes das diversas ditaduras militares instaladas no eixo centro-sul do continente americano. SALINAS, Dario. O Estado latino-americano: notas para a análise de suas recentes transformações. In: LAURELL, Asa Cristina (Org.). **Estado e Políticas Sociais no Neoliberalismo.** Tradução de Rodrigo León Contrera. São Paulo: Cortez, 1995, p. 130-133. A proposta reducionista que se estabelece na reforma tardia, inaugurada pelo Brasil nos anos 1990, é um reflexo da abragência da crise citada. Aqui o impulso pode ser resumido na seguinte afirmação de Eli Diniz: "Pressões econômicas e políticas dos meios financeiros internacionais pela adoção de medidas corretivas por parte das nações devedoras e um sentimento de urgência em face do agravamento da crise combinaram-se para definir, como prioridades máximas da agenda pública, políticas de estabilização acopladas a reformas estruturais, aí incluindo o fortalecimento da economia de mercado e o abandono das antigas utopias." DINIZ, Eli. **Crise, Reforma do Estado e Governabilidade, 1985-95.** 2ª Ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999, p.37

[127] Eric Hobsbawn aprofunda a discussão sobre a crise do petróleo, observando o marco em 1973 e o tiro de misericórdia em 1979, e realça o fim de uma fase de elevado crescimento ecômico mundial, que chama de "era dourada." HOBSBAWN, Eric. **Era dos Extremos: o breve século XX.** São Paulo: Compahia das Letras, 1995, p. 33-38.

[128] No eixo ocidental do mundo, as iniciativas de Tatcher e Reagan são vistas com pioneirismo, mas não podemos deixar de perceber um certo receio na reprodução da reforma, cuja fórmula parece curar o mal

A necessidade de ajustar o Estado às condições da economia, impostas por aquelas circunstâncias, não afetava apenas os países que conseguiram efetivar uma gestão nos moldes do *welfare state*, pois a crise tinha uma dimensão generalizada, com repercussões distintas nos mais diversos Estados.[129]

Nesse cenário, o Estado Regulador é preliminarmente um gigante acuado pela recessão econômica, que tende a se reduzir para ajustar as finanças por meio de um processo de privatização, mas, com o passar do tempo, a tendência a uma nova tomada de equilíbrio econômico inclina o Poder Público a frear as privatizações, e a Administração Pública pode voltar a fazer investimentos sociais e econômicos mais severos, porém distantes daquela engrenagem de bem-estar anterior.[130]

Decerto, a realidade de cada reforma nos remete a peculiaridades que colocam a política de cada país diante de uma agenda própria, mas não seria uma ousadia afirmar

---

com a produção de outros males. Nessa perspectiva, o solavanco das forças antagônicas colocadas na cena do final do século XX, são registradas no seguinte trecho de Jose Manuel Castells Arteche: "*Teniendo en cuenta esta problemática es fácil deducir que se perfile un duro debate para encontrar y proponer medidas resolutorias. Tomás Ramón Fernández menciona a este respecto a las corrientes del monetarismo de Friedman y la política del Presidente Reagan y de Mrs. Tatcher, la nueva economía y el resurgir del liberalismo radical y militante y, por otra parte, la insistência en el Keynesianismo y la socialdemocracia, como corrientes genéricas que fluyen ya en esta polémica."* ARTECHE, Jose manuel Castells. **Cuestones finiseculares de las Administraciones publicas.** Madrid: Editorial Civitas, 1991, p. 163.

[129] Quando a crise mostrou sua dimensão no final dos anos 1970, os países de capitalismo avançado verificavam uma postura de reforma do Estado voltada para a contenção dos custos, pois o objetivo era evitar o *deficit* público ou amenizar o despontar de um processo de endividamento, pois o Estado desenvolver uma estratégia de gestão que se adaptasse à escassez de recursos, mas em países de capitalismo tardio como o Brasil, não se verifica uma plataforma de reforma para responder à crise, pois o regime militar, que vivenciava seus últimos momentos, vai aumentar o endividamento público para garantir o *status quo* típico da nossa administração. Eli Diniz se refere aos ciclos de reforma do Estado vivenciados pelo Brasil nos anos 1930, 1960 e 1990 e destaca a camuflagem da crise econômica mundial decorrente dos ajustes políticos da redemocratização nos anos 1980. Por isso a reforma gerencial desencadeada em 1995 tem um bode expiatório, qual seja, o modelo de administração pública burocrático, que seria, supostamente, o eixo fundamental da nossa crise. DINIZ, Eli. **Globalização, Reformas Econômicas e Elites Empresariais.** Brasília: Brasil Anos, 1990, p.56.

[130] A construção desse Estado Regulador do período, marcado pela crise fiscal dos anos 1970, é detalhada num estudo minunciosos de Fernando Luiz Abruccio sobre a experiência anglo-americana. Nessa pesquisa, há evidências concretas de que a crise provoca uma reforma graduada pelo nível das dificuldades econômicas enfrentadas no período que vai do fim dos anos 1970 até meados de 1990. Abruccio identifica três modelos conduzidos pela política inglesa: "modelo gerencial puro, *consumerism, public service orintation.*" Considerando a transição desses paradigmas é possível verificar, num primeiro momento, a condução de uma política estrita de corte de custos, com redução da máquina estatal e do corpo de pessoal; na segunda tomada de reforma, os custos da gestão continuam na pauta, mas a ênfase se volta para a satisfação dos usuários de serviço, com uma política de concorrência entre as instituições, baseada em um novo modelo contratual de gestão dos serviços públicos; já, na terceira perspectiva de orientação, a prioridade se estabeceria a partir "de concenceitos como *accountability*, tranparência, participação política, equidade e justiça." Esse debate revela as mudanças verificadas a partir do ápice da recessão econômica, passando por uma zona de transição até o despontar da retomada do equilíbrio. ABRUCIO, Fernando Luiz. **O impacto do modelo gerencial na Administração Pública. Um breve estudo sobre a experiência internacional recente.** Cadernos ENAP, n. 10, Brasília, 1997, p.16-29.

que, no final dos anos 1990, o ideal de reforma voltado para a redução do Estado, numa moldura neoliberal, não tem mais espaço garantido.

Mesmo assim, não se fala de um retorno ao modelo de Estado de Providência, pois os altos índices de crescimento econômico que sustentavam o gigante não mais se apresentam, por isso estamos vivendo um período de acomodação das tórridas mudanças propostas no passado recente.

Nesse novo tempo, o grande desafio do Estado Regular é conseguir regular adequadamente para que o interesse público prevaleça, esteja o serviço sob a gerência do Poder Público ou da iniciativa privada, por isso a bandeira da subsidiariedade continua no alto do mastro, justificando as razões que impedem a Administração Pública de assumir a plena condução de todas as iniciativas necessárias ao bem-estar da sociedade contemporânea.

Diante do princípio da subsidiariedade, encontraremos o fundamento das engrenagens disciplinadas pela reforma gerencial, sobretudo no que diz respeito ao foco dessa exposição, quando o Terceiro Setor é chamado a participar da gestão dos serviços não exclusivos, ou dos serviços sociais.

2.1 A SUBSIDIARIEDADE COMO FONTE DE LEGITIMAÇÃO IDEOLÓGICA DO TÍTULO

Na seção anterior, verificamos que reformas realizadas nas Administrações Públicas do final do século XX, dão origem a modelo de Estado Regulador, num momento marcado por forte crise fiscal, por isso se observa que o Poder Público, diante de recursos menos generosos, procura alternativas para legitimar sua atuação frente à sociedade, buscando novas formas de gestão para suprir parte do espaço que o Estado supostamente não tem mais condições de ocupar.

A subsidiariedade é, nesse contexto, a possível fonte do suprimento das lacunas que o Estado pretende sanear, pois, apesar de a terminologia ter múltiplos significados, desde suas origens no pensamento aristotélico,[131] até sua dimensão de princípio para o

[131] É possível observar na tese de Fabrizio Tancredo, demasiada preocupação com a determinação da origem do termo subsidiariedade, tendo em vista sua apreensão no direito comunitário. TANCREDO, Fabrizio Grandi Monteiro de. **O Princípio da Subsidiariedade.** Relatório da Disciplina de Direito Constitucional, apresentada ao Professor Dr. Jorge Miranda, no Curso de Aperfeiçoamento Conducente ao Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas da Universidade Clássica de Lisboa, 2003/2004, p.5-6.

direito público, não podemos negar que a expressão numa dimensão genérica nos remete à perspectiva de preenchimento de zonas vazias[132].

O caráter supletivo do princípio da subsidiariedade pode ser observado na obra de Margarida Martins, que notícia uma espécie de gênero do princípio, reportando-se ao "direito subsidiário" como técnica jurídica voltada para a colmatação de alguma disciplina normativa, sendo a expressão também reconhecida como "direito supletivo" ou "supletivamente aplicável".[133]

A supletividade como essência da subsidiariedade será verificada em contextos distintos, pois ora a expressão nos remete à descentralização, na medida em que traz para o Estado uma espécie de preferência pela esfera do governo local[134] para uma gestão mais próxima do cidadão, ora vemos o termo ligado à ideia de supremacia da sociedade sobre o Estado no contexto das ideias de Tocqueville.[135]

No ordenamento jurídico brasileiro, a subsidiariedade é preliminarmente tida como ferramenta de legitimação para a descentralização política, o que observamos, há pouco, na citação de Canotilho, mas os atores que podem vir a assumir atribuições púbicas acabam aumentando quando o foco da descentralização atinge também a iniciativa privada em seus vários segmentos.[136]

Nesse sentido, é possível observar o ideal da reforma gerencial, que demarca novos espaços a serem assumidos pelo Terceiro Setor, o que se legitima na idéia de que

---

[132] O caráter supletivo do princípio da subsidiariedade nem sempre pode ser afirmado de forma absoluta, pois um de seus significados contemporâneos nos remete a seu papel no Tratado da União Europeia, como fonte utilizada para auxiliar a repartição de competências junto aos Estados-membros do bloco, tornado-se assim, um princípio constitucional da ordem comunitária. CONSTATINESCO, Vlad. **Subsidiarité ... vous avez dit subsidiarité?,** in Revue du Marché Unique Européen, n. 4, 1992, p. 230.

[133] MARTINS, Margarida Salema d'Oliveira. **O Princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico política.** Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 10.

[134] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** Coimbra: Almedina, 2004, p.363.

[135] "Há países onde um poder, de certo modo estranho ao corpo social, age sobre este e o força a marchar numa determinada direção. Outros há em que a força é dividida, estando colocada ao mesmo tempo dentro da sociedade e fora dela. Nada disso se vê nos Estados Unidos, onde a sociedade age por si mesma e sobre si mesma." TOCQUEVILLE, Alexis de. **Da Democracia na América.** Tradução de José Lívio Dantas. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exeército, 1998, p. 57-8. A ideia de supremacia da sociedade sobre o Estado também pode ser verificada em outro contexto, na construção da sociedade de providência portuguesa, que resulta de um Estado-Providência fraco, tido como impulso para o fortalecimento de relações de solidariedade, fundamentais para organização de uma rede de assistência social extemamente densa nos apoios oferecidos a crianças, idosos, desempregados, doentes e demais pessoas em situação de carência. Boaventura de Sousa Santos é o intelectual responsável pela difusão da expressão "Sociedade-providência," mas é posssível verificar textos históricos, fazendo alusão à solidariedade portuguesa em seus primórdios no século XVI. SANTOS, Boaventura de Sousa. O Estado, as relações salariais e o bem-estar social na semiperiferia: o caso português**.** In: **Portugal: um retrato singular.** Porto: Aforamento, 1993, p.43.

[136] TORRES, Sílvia Faber. **O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 242.

o Estado pode solicitar auxílio à iniciativa privada para gerir suas tarefas em duas hipóteses: se faltam recursos à potestade ou se fora da Administração Pública se verifica maior eficiência.

Na discussão sobre o princípio da subsidiariedade como fonte de legitimação dos processos de reforma, que autorizam o Poder Público a buscar recursos na iniciativa privada para a gestão de políticas públicas, deve-se levar em consideração limites qualitativos e quantitativos, pois, se por um lado o serviço social executado pela iniciativa privada não pode perder seu caráter público, por outro lado não podemos reconhecer a possibilidade do Estado de se livrar de todas as suas instituições desse segmento para universalizar a gestão privada de todas as atividades consignadas na ordem social da Constituição.[137]

Na defesa da ideia de que a subsidiariedade não legitima um processo de privatização universal dos serviços sociais, vem o argumento de Baena del Alcazar nos seguintes termos:

> *No resulta aventurado pensar que es una opción política perfectamente legitima, según el sistema de cada Estado nacional, que exista en estas actividades sociales un sector público en concurrencia com el privado. También en este caso pueden ponerse em marcha las privatizaciones, pero se plantea una cuestión de limites. ?Deben desaparecer por completo las unidades que realizan una oferta pública a los menos favorecidos? Sin duda cabe entre las posibles una respuesta negativa a esta pergunta*[138].

Mesmo considerando que o princípio da subsidiaridade movimenta os Estados a buscarem na iniciativa a suplementação da gestão de atividades administrativas importantes como a prestação de serviços sociais, é necessário verificar que instrumento

---

[137] A medida ideal para as relações entre Poder Público e Iniciativa Privada nas promoções de serviços sociais é um desafio que atinge países com redes de proteção social esquematizadas diante de expectativas diversas, pois, na França, onde a sociedade usufrui das benesses de um sistema de proteção civil típico de um Estado de Providência, pelo menos, na segunda metade do século XX, os debates realçam dificuldades relacionadas com a definição dos instrumentos jurídicos que promovem a colaboração entre os atores e a discussão contínua, recaindo sobre a medida ideal de fomento, instrumentos de controle da Administração e dificuldades de eficiência. Jean-Michel de Forges faz alusão aos elementos dessa problemática em 1981, quando no Brasil o tema ainda se fazia distante da nossa agenda política e, mesmo depois da passagem de quase três décadas, não podemos suscitar que os precursores encontraram uma fórmula de subsidiariedade ideal. O jurista francês que conclui seus argumentos realçando que: *"L'observation du régime actuel des relations entre secteur public et secteur privé, notamment dans le domaine sanitaire et social, et à la fois inquietante et fascinante"*, provavelmente poderia chegar ao mesmo denominador, se finalizasse a redação do texto agora. FORGES, Jean-Michel. Remarques sur Certains Aspects des Relations entre le Secteur Public et le Secteur Privé dans le domaine sanitaire et social. In In AYOUB, Eliane et al. **Service Public et Libertes: Mélanges offerts au Professeur Robert-Édouard Charlier.** Paris: Émile-Paul, 1981, p. 431.

[138] ALCÁZAR, M. Baena del. Privatizaciones y misiones de servicio público. In: WAGNER, Francisco Sosa. **El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XX: Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo.** Tomo II. Valencia: Titant lo blanch, 2000, p. 1886.

de privatização é coerente para manter as expectativas de prestação de cada segmento, pois, nos estudos em homenagem ao professor Ramón Martín Mateo, Baena del Alcázar especifica no mínimo três estratégias distintas, sugerindo o seguinte[139]:

> a. O Estado permanece como titular do serviço, mas a execução é transferida para o setor privado;
> b. O Poder Público mantém a titularidade, mas a gestão é desenvolvida segundo regime jurídico de direito privado;
> c. A Administração deixa de protagonizar a cena e cede a titularidade e a execução do serviço para o setor privado.

Apesar de não termos ainda certeza de que o regime jurídico[140] apropriado para a gestão dos serviços sociais será imposto às Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, quando as mesmas estiverem a serviço do Estado, é possível vislumbrar que essa crença de que o Poder Público não está se escusando de suas obrigações é bem difundida na literatura sobre o assunto.[141]

2.2 A INSPIRAÇÃO DO PROCESSO LEGISLATIVO

A Lei 9.790/99 nasce com uma carga significativa de simbolismo, pois, apesar de a norma se constituir como mais uma fonte de regulação endereçada às ONGs, é possível registrar apelos que elevam o diploma legal à categoria de marco regulatório[142]

---

[139] ALCÁZAR, M. Baena del. Privatizaciones y misiones de servicio público. In: WAGNER, Francisco Sosa. **El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XX: Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo.** Tomo II. Valencia: Titant lo blanch, 2000, p. 1888-1890.

[140] A preocupação com a natureza do regime em detrimento da forma institucional também se verifica no direito italiano, onde a natureza do serviço é definida pela forma da gestão e não pelo tipo de instituição pública ou privada que executa a tarefa. PASTORI, Giorgio. Servizi Pubblici Nazionali. IRELLI, Vicenzo Cerulli & MORBIDELLI, Giuseppe (Coord.). **Ente Pubblico ed Enti Pubblici.** Torino: G. Giappiachelli Editore, 1994, p.312-313.

[141] Quando se fala das "parcerias" do Estado com as OSCIPs, fica bem marcada a ideia de que a subsidiariedade é a fonte mais legítima de justificação para a assunção do papel que se atribui ao Terceiro Setor pela reforma gerencial do Estado, no Brasil, onde a repetição reiterada do argumento de que o Poder Público não está se evadindo parece funcionar como uma espécie de cola na literatura. Não podemos deixar de fazer referência nesse sentido: "O nome Princípio da Subsidiariedade justifica-se porquanto o Estado, ao delegar as tarefas 'menores'ao particular não o faz escusando-se do cumprimento das mesmas, como num Estado Liberal Clássico, mas, sim, através de parcerias, que podem ser de várias maneiras implementadas, dependendo da legislação do país." LERMAN, Ana Paula Gomes. **O Terceiro Setor da Economia e seu Relacionamento com a Administração Brasileira após a Constituição de 1988: Um olhar com ênfase nos princípios da legalidade e da proteção ao Interesse Público.** Dissertação de Mestrado apresentada à Universidade Clássica de Lisboa, sob a orientação do Professor Doutor José Alfredo de Oliveira Baracho, 2001/2002, p. 20.

[142] A Lei 9.790/99 não inova a ordem jurídica, ao dispor sobre a concessão de uma nova modalidade de certificado, passível de ser atribuída a organizações não governamentais, pois os títulos de utilidade pública, entidade beneficente de assistência social e organização social já possuíam regulamentos dispondo sobre as condições para certificação, quando a norma referida trazida ao ordenamento jurídico

do Terceiro Setor, como se um novo instituto desprovido de suporte jurídico fosse regulado, de forma inaugural, ou tivesse sua regulação completamente revogada por diretrizes genuinamente inovadoras.

As vicissitudes relacionadas à regulação do Terceiro Setor podem ser verificadas no diagnóstico de Joaquim Falcão, que, mesmo na qualidade de entusiasta da reforma, reconhece as dificuldades no exaurimento da matéria legal, na sistematização das normas do ordenamento jurídico, na concretização objetiva do processo legistivo, na discussão enfrentada pelos atores do debate sobre o projeto de lei.[143]

Na verdade, a Lei 9.790/99 não é reconhecida como marco regulatório do Terceiro Setor, pela perspectiva de regulação inaugural do tema, mas há uma inovação substancial apontada por Elizabeth Ferrarezzi e Valéria Rezende, qual seja, a perspectiva de universalização do título de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, com disciplinamento jurídico de um certificado, concedido de forma imparcial, simplificada e democrática, para milhares de ONGs em busca do reconhecimento de sua finalidade pública.[144]

Nas discussões travadas pelo Conselho da Comunidade Solidária com os representantes da sociedade civil[145], que participaram do debate anterior da edição do

---

pátrio. De fato, a Lei das OSCIPs é uma inovação porque disciplina um título jurídico novo, que proporciona às intituições, sem fins lucrativos tituladas, acesso a fomento estabelecido diante de um novo modelo contratual, qual seja, o termo de parceria. Contudo a menção ao marco regulatório é recorrente, o que podemos apresentar na seguinte afirmação: "Existem razões objetivas, muito fortes, que impulsionam a mudança do marco legal do Terceiro Setor na direção delineada pela nova lei. No plano global, a emersão da sociedade-rede, a expansão de uma nova esfera pública não-estatal, a mudança do padrão de relação Estado-Sociedade, a crise do Estado-Nação e a falência do estatismo como ideologia capaz de servir de referencial para a ação dos atores políticos no século XXI." FRANCO: Augusto de. O que está por trás da nova Lei do Terceiro Setor – Prefácio da 1ª edição. In: FERRAREZZI, Elizabeth e REZENDE, Valéria. **OSCIP – Organização da sociedade civil de interesse público: a lei 9.790/99 como alternativa para o terceiro setor.** 2ª Ed. Brasília: Comunidade Solidária, 2002, p.17.

[143] Joaquim Falcão registra o sentido do despontar do marco legal do Terceiro Setor, vislumbrando uma mudança estrutural "no conjunto complexo das normas jurídicas e decisões judiciais," apoiado por um processo legislativo legítimo, integrado à discussão dos diversos grupos do governo e da sociedade civil, "como o Grupo de Institutos, Empresas (GIFE), as associações de Pais e Amigos de excepcionais (APAES), ou, ainda, a Associação Brasileira de ONGs (ABONG), (...), bem como governo federal, seja pelo Conselho da Comunidade Solidária ou no Ministério da Justiça." FALCÃO, Joaquim. **Democracia, direito e terceiro setor.** 2ª Ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 146-155.

[144] "A Lei 9790, como dissemos anteriormente, foi feita para fortalecer a Sociedade Civil, aumentar o Capital Social do país, por meio da criação de condições para a expansão do terceiro setor. Não é uma lei, apenas ou principalmente, para os menos de 10% que estão dentro, mas para uma parte considerável dos 90% que estão fora - excluídos de qualquer reconhecimento institucional e sem condições de se manter com um mínimo de sustentabilidade." FRANCO: Augusto de. O que está por trás da nova Lei do Terceiro Setor – Prefácio da 1ª edição. In: FERRAREZZI, Elizabeth e REZENDE, Valéria. **OSCIP – Organização da sociedade civil de interesse público: a lei 9.790/99 como alternativa para o terceiro setor.** 2ª Ed. Brasília: Comunidade Solidária, 2002, p.16.

[145] Ana Cyntia Oliveira destaca os atores das rodadas de interlocução promovidas pelo Conselho da Comunidade Solidária, destacando a participação de GIFE, ABONG, Fórum Brasileiro de ONGs,

Projeto de Lei 4.690, encaminhado para o Congresso Nacional no dia 28 de julho de 1998, há uma preocupação muito significativa no suprimento de lacunas da legislação vigente à época, razão pela qual fica evidente o apelo contra a marginalização das ONGs, em função das dificuldades impostas para o acesso aos títulos de utilidade pública[146] e de fins filantrópicos.[147]

A Secretaria Executiva da Comunidade Solidária foi um órgão da estrutura da presidência da república que se extingue com o fim do governo de Fernando Henrique Cardoso, mas cujo trabalho continua a ser desempenhado por uma organização não governamental chamada de "Comunitas"[148], criada em 2000, tornando-se parceira da Secretaria até sua extinção.

É possível observar que a Comunidade Solidária se atribui o dever de funcionar como uma espécie de elo entre o Poder Público e as ONGs, pois o diagnóstico positivo relacionado às ações do Terceiro Setor e à coleta de resultados verificadas em algumas

---

Fundação Grupo Esquel e diversos movimentos sociais. OLIVEIRA, Ana Cyntia de. **Sobre o Projeto de Lei nº 4.690, de 28/07/98.** http://www.rits.org.br/legislação_teste/lg_testes/lg_mat01_ma03a1_rlegis... Consulta em 12/12/2008.

[146] Paulo Modesto defende a idéia de a marginalização das ONGs, no Brasil, decorrer de uma crise do título de utilidade pública, relacionada às lacunas e à insipiência da regulação desse certificado. Nessa perspectiva, seria difícil difenrenciar as instituições sem fins lucrativos voltadas para o interesse público e aquelas determinadas à promoção de interesses corporativos, sendo tal confusão considerada um combustível para os esquemas de corrupção, no que diz respeito à malversação de dinheiro público destinado às entidades "pilantrópicas." MODESTO, Paulo. **Reforma do Marco Legal do Terceiro Setor no Brasil.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 214:55-68, out./dez., 1998, p. 63. A tese de Paulo Modesto é ratificada por Michelle Barbado que referencia a crise do título de utilidade pública, registrando a necessidade de "eliminar os tratamentos legais casuísticos e implementar mecanismos de controle diretos das atividades desempenhadas por essas entidades." BARBADO, Michelle Tonon. O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado e as Organizações Sociais: Críticas ao Modelo de Reforma do Estado Brasileiro. In: PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira (Org.). **O Novo Direito Administrativo Brasileiro: o Estado, as agências e o terceiro setor.** Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 310.

[147] O aspecto honorífico do título de OSCIP é reconhecido em Seminário promovido pela ABONG, na seguinte referência. DURÃO, Jorge Eduardo. S. **Seminário sobre um Estatuto do Terceiro Setor.** http://www.abong.org.br/final/caderno2.php?cdm=10151. Consulta em 10/12/2008.

[148] A descrição da continuidade da Comunidade Solidária através do Comunitas é matéria registrada por uma de suas integrantes num congresso internacional que referenciamos: "A nova abordagem da estratégia da Comunidade Solidária está baseada em duas dimensões: a criação de uma nova organização sem fins lucrativos – COMUNITAS, e o estabelecimento da RedeSol, uma rede composta pelas organizações e programas que estão sob o guarda-chuva da Comunidade Solidária. COMUNITAS foi criada em junho de 2000 para garantir a continuidade e expansão dos projetos e programas de desenvolvimento social desenvolvidos pelo Conselho da Comunidade Solidária. Sua missão, semelhante à do Conselho, é mobilizar recursos e competências, em plano nacional, de forma a lutar contra a pobreza e a exclusão social no Brasil." LOBO, Thereza. Comunidade Solidária: **estratégia para o desenvolvimento social**. VII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Lisboa, Portugal, 8-11 Oct. 2002. p. 7. http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/CLAD/clad0044527.pdf Consulta em 23 de março de 2008.

parcerias entre ONGs e Estado funcionam como justificativa para a abertura dos debates sobre o marco regulatório e para a propositura do projeto de lei das OSCIPs.[149]

Tudo indica que a Comunidade Solidária desenvolve um papel estratégico no desenvolvimento de uma cultura de democratização e parceria para políticas públicas sociais.[150] Por isso, o trabalho preliminar do conselho se destaca no campo da comunicação entre Estado e Terceiro Setor, mas logo amadurece concentrando esforços na confecção de modelo parceria, viável para o compartilhamento de ações sociais entre o governo e os grupos de trabalho da sociedade civil organizada.[151]

A resposta para o ideal de construção do modelo de gestão capaz de aglutinar os atores dessa cena política nos remete à aprovação da Lei 9.790/99, que determina as condições para que as ONGs sejam qualificadas como OSCIPs, propondo os elementos

---

[149] A Secretaria começa a produzir dados que referenciam o sucesso das parcerias justamente no período marcado pela elaboração e pela votação do projeto de lei, que disciplina o modelo de OSCIP, como podemos observar: "Os resultados da Comunidade Solidária confirmam seu sucesso. No período de 95 a 98, em conjunto com seus parceiros, beneficiou 1369 municípios com investimentos da ordem de 7,8 bilhões de reais, atendendo mais de 53 milhões de pessoas, através de programas de educação, saúde, alimentação, saneamento, habitação e geração de renda. Dentre outros resultados, destaca-se o número de matrículas no ensino fundamental dos municípios beneficiados, ampliado em 18%. Além disso, houve uma queda significativa na taxa de mortalidade infantil, de 82,6 por mil em 94 para 47,2 por mil em 97." www.planalto.gov.br/estr_02/secexec/Oque.htm. Consulta em 23 de março de 2008.

[150] "A Comunidade Solidária investiu no desenho e na execução de programas inovadores tendo em mente este pano de fundo. Cada um deles envolve um grande conjunto de parceiros públicos e privados que fornecem as necessárias capacidades e recursos para desenvolver os projetos. Métodos, custos e resultados são cuidadosamente monitorados, no sentido de oferecer diretrizes confiáveis para a replicação do programa. Os programas do Conselho da Comunidade Solidária são: (i) Capacitação Solidária: o programa de capacitação profissional foi criado em 1996, voltado a jovens pobres, entre 14 e 21 anos de idade, vivendo nas periferias das grandes áreas metropolitanas. (...) (ii) Alfabetização Solidária: o objetivo deste programa lançado em 1997 é ensinar adolescentes, entre 12 e 18 anos, vivendo em municípios com as mais altas taxas de analfabetismo no Brasil. (...) (iii) Universidade Solidária: a primeira intervenção lançada pela Comunidade Solidária em 1995 mobiliza e treina estudantes universitários para atuar como voluntários durante suas férias de verão, nos municípios mais pobres do país. (...) (iv) Artesanato Solidário: este é o único programa que não está focalizado na juventude. (...) (v) Rede Jovem: (...) (vi) Fortalecimento da Sociedade Civil: lançado com apoio do BID em 1997, a primeira etapa do programa terminou em Dezembro de 2001. Agora, seus componentes entram em consolidação e expansão. Na Promoção do Voluntariado, a Comunidade Solidária apoiou a criação de cerca de 150 Centros de Voluntários em grandes e médias cidades." Cf. LOBO, Thereza. Comunidade Solidária: **estratégia para o desenvolvimento social**. VII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Lisboa, Portugal, 8-11 Oct. 2002. p. 4-5. http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/CLAD/clad0044527.pdf Consulta em 23 de março de 2008.

[151] Na página virtual que apresenta a Comunidade Solidária, traçando seu perfil institucional, verificamos o foco na busca do desenvolvimento de parcerias entre o Estado e o Terceiro Setor "A busca de políticas sociais públicas mais eficientes e o crescimento da participação da sociedade civil em iniciativas sociais levaram à criação, em 1995, da Comunidade Solidária. A Comunidade Solidária significa um novo modelo de atuação social baseado no princípio da parceria. Somando esforços dentro de um espírito de solidariedade, governo e sociedade são capazes de gerar os recursos humanos, técnicos e financeiros necessários para combater com eficiência a pobreza e a exclusão social." www.planalto.gov.br/estr_02/secexec/Oque.htm. Consulta em 23 de março de 2008.

para a aliança entre estas e o Poder Público, através do delineamento de um instrumento de fomento contratual, qual seja, o termo de parceria.

A busca por um título jurídico propicia ao Poder Público a concepção de um regime jurídico para a padronização de tratamento conferido ao grupo regulado, bem como a perspetiva de elevar as condições de controle sob o mesmo, mas para as ONGs um certificado é a possibilidade de "comprovar sua condição de entidade reconhecida pelo poder público como útil à coletividade; obter vantagens de natureza fiscal; participar de fóruns e conselhos de órgão públicos."[152]

No que diz respeito às vantagens econômicas, decorrentes das certificações conferidas ao Terceiro Setor, é necessário registrar que a obtenção de vantagens fiscais é apenas uma fonte de fomento, pois o reconhecimento da finalidade pública também é requisito fundamental para que a ONG conquiste acesso a recursos de fundos públicos, firme contratos de colaboração, vinculados a repasse de verbas do governo, bem como, boa parte, das doações do setor privado deduzida da carga tributária.[153]

Mas, se por um lado, as ONGs estão em busca de certificação, por outro, o Poder Público também passa a alimentar diversas expectativas, já que o Estado fez menção de manter uma relação mais próxima do terceiro setor por meio de parcerias, que serviriam, inclusive, para racionalizar o fomento, enquanto as instituições sem fins lucrativos ainda estavam em busca de reconhecimento.[154]

Nesse contexto, o "marco regulatório" estaria vinculado à engrenagem do projeto de reforma do Estado, pois o título de OSCIP, facilitaria a aliança entre governo e ONGs, promovendo condições de tutela mais rigorosas, voltadas para melhorar o

---

[152] MARTINS, Paulo Haus. **O Certificado de Fins Filantrópicos.** http://portaltributario.com.br/artigos/ certificadofinsfilantropicos. htm. Consulta em 12/12/2008.

[153] O interesse de promover a certificação da ONG, tendo em vista a promoção de um "mínimo de sustebilidade," ou seja, de fontes mais significativas de financiamento se verifica no discurso do Conselho da Comunidade Solidária. FRANCO: Augusto de. O que está por trás da nova Lei do Terceiro Setor – Prefácio da 1ª edição. In: FERRAREZZI, Elizabeth e REZENDE, Valéria. **OSCIP – Organização da sociedade civil de interesse público: a lei 9.790/99 como alternativa para o terceiro setor.** 2ª Ed. Brasília: Comunidade Solidária, 2002, p.16.

[154] Em seminário promovido pela ABONG – Associação Brasileira de ONGs, o registro a seguir ratifica a expectativa do terceiro setor: "Destaquei o avanço que representou a Lei das OSCIP's no tocante ao reconhecimento da existência de entidades da sociedade civil de interesse público e resgatei a questão da autonomia das ONG's, cuja atuação se reveste de interesse público independentemente de ter ou não um caráter complementar em relação à ação do Estado, já que no próprio diálogo político no qual se gestou a futura Lei 9790/99" DURÃO, Jorge Eduardo S. **Seminário sobre um Estatuto para o Terceiro Setor.** http://www.abong.org.br/final/caderno2.php?cdm=10151. Consulta em 10/12/2008.

controle das instituições sem fins lucrativas fomentadas pelo Poder Público para a promoção de projetos sociais.[155]

2.3 REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DO TÍTULO

O título de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público é parte fundamental do debate esboçado preliminarmente sobre os certificados passíveis de titular as organizações não governamentais, e é possível que as observações registradas para esclarecer o sentido do marco regulatório do Terceiro Setor tenham sido úteis para apontar o contexto agregado ao disciplinamento desse novo título, mas ainda é necessário dispor sobre os aspectos objetivos relacionados ao procedimento administrativo de titulação.

Nesse perspectiva, é possível realçar que a proposta realizada pelo Conselho da Comunidade Solidária, no sentido de facilitar a concessão de título jurídico, passível de reconhecer o engajamento de ONGs às causas de interesse público, verifica-se plenamente não só no aspecto formal, pertinente ao displinamento legal da qualificação, mas também no aspecto material, relacionado à atuação do órgão, responsável pela certificação das instituições sem fins lucrativos.

As entidades do Terceiro Setor interessadas no título de OSCIP precisam formular um requerimento a ser encaminhado para o Ministério da Justiça, que despachará o pedido através do Departamento de Justiça, Classificação, Títulos e Qualificação da Secretaria Nacional de Justiça, considerando os requisitos dos arts. 1º, 2º, 3º e 4º da Lei 9.790/99 e protocolando os documentos, a seguir, em cópia autentica, de acordo com o art. 1º do Decreto 3.100/99:

> "I – estatuto[156] registrado em cartório;

---

[155] Eduardo Szazi enfatiza a idéia de que a Lei 9.790/99 é um marco regulatório, vislumbrando que a norma em questão oferece resposta para os requisitos passíveis de serem cumpridos pelas entidades do Terceiro Setor interessadas em financiamento internacional, e frisa que os instrumentos de controle ficam mais rigorosos em função da atuação de múltiplos atores, quais sejam, sociedade civil, conselho de políticas públicas e auditoria externa do governo. SZAZI, Edurado. As novas regras para o financiamento internacional de projetos sociais após 11 de setembro. In: SZAZI, Eduardo (Org.). **Terceiro Setor: Temas Polêmicos 1.** São Paulo: Peirópolis, 2004, p. 122-124.

[156] A página do Ministério da Justiça disponibiliza modelo de Estatuto para que as instituições que estão sendo constituídas possam se adaptar facilmente às diretrizes determinadas pela Lei 9.790/99 em http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ0ADF93F1ITEMID42CB19CA84034EB5BAE7EE209CDC7786PTBRIE.htm. Consulta em 13/12/2008.

> II – ata de eleição de sua diretoria;
> III – balanço patrimonial e demonstração do resultado do exercício[157]
> IV – declaração de isenção de imposto de renda; e
> V – inscrição no Cadastro Geral de Contribuintes/Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CGC/CNPJ).”

O Ministério da Justiça tem desenvolvido esforços significativos para facilitar o acesso das ONGs às informações necessárias para a qualificação, prova disso é que mantém um questionário com as principais dúvidas sobre o título, seus benefícios e vedações, esclarecendo questões relacionadas às diferenças entre o título de OSCIP e o título de utilidade pública Federal, remuneração da diretoria das OSCIPs, participação de servidores na gestão da entidade e benesses fiscais.[158]

As fontes de informação à disposição das ONGs para esclarecimentos sobre qualificação e aspectos diversos do regime jurídico das OSCIPs só têm crescido nos últimos anos, pois há várias organizações paralelas à estrutura do Estado orientando as entidades do Terceiro Setor por meio de informações disponibilizadas virtualmente e também pela veiculação de cartilhas de esclarecimento. Nesse sentido, podemos destacar o trabalho de ABONG, GIFE, RITZ, AED, SEBRAE, Comunidade Ativa, etc.[159]

Recentemente, o Ministério da Justiça publicou o Manual de Entidades Sociais[160], com a apresentação de uma cartilha condensando informações que já estavam disponíveis na página oficial do órgão que disponibiliza modelos e formulários para facilitar a qualificação das ONGs interessadas no certificado de OSCIP, e se dispõe a

---

[157] Os esclarecimentos relacionados ao protocolo dessa documentação estão em http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ0FA9C8DBITEMID93615BD4CA7344C5A7BF35119E50AAECPTBRIE.htm. Consulta em 13/12/2008.

[158] Confira em http://www.mj.gov.br/main.asp?View={889916BB-8FA8-4F94-8147-9F4E43F2E278} Consulta em 13/12/2008. Consulta em 14/12/2008.

[159] É provável que a primeira publicação voltada para esclarecer as ONGs sobre o regime jurídico das OSCIPs e procedimento administrativo necessário para a qualificação decorra de um esforço da Comunidade Solidária, por meio da cartilha publicada logo após a edição da Lei 9.790/99, que deu ensejo à edição da obra: “FERRAREZZI, Elizabeth e REZENDE, Valéria. **OSCIP – Organização da sociedade civil de interesse público: a lei 9.790/99 como alternativa para o terceiro setor.** 2ª Ed. Brasília: Comunidade Solidária, 2002.” Mas os sites e as publicações de outras organizações governamentais e não governamentais não se omitiram na divulgação de informações úteis ao Terceiro Setor que podem ser conferidas nos seguintes endereços: www.abong.org.br; www.gife.org.br; www.ritz.org.br; www.aed.org.br; www.sebrae.com.br; www.comunidadeativa.planalto.gov.br. Consulta em 14/12/2008.

[160] “Elaborado pela Secretaria Nacional de Justiça, por meio do Departamento de Justiça, Qualificação, Títulos e Qualificação (Dejus), o Manual tem o objetivo de facilitar o entendimento de conceitos, informações e procedimentos adotados. Também visa atender às principais dúvidas das entidades que buscam qualificação ou já são qualificadas pela SNJ como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), Utilidade Pública Federal (UPF) e Organização Estrangeira (OE). A publicação teve tiragem inicial de 25 mil exemplares e está sendo distribuída gratuitamente às entidades cadastradas no Ministério, e aos órgãos públicos parceiros” http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ4C7EDCC5ITEMID5BA1EB7435574. Consulta em 14/12/2008.

manter comunicação com quaisquer interlocutores, por meio do e-mail: oscip@mj.gov.br.

O aperfeiçoamento dos recursos eletrônicos do Ministério da Justiça ainda não permite a qualificação através de protocolo virtual da documentação, pois os mesmos devem ser encaminhados pessoalmente, ou pelos correios para o endereço do Ministério da Justiça. Contudo, é bem possível que o encaminhamento do processo pela internet se torne uma realidade dentro em breve, já que desde o dia 30 de abril de 2008 é possível o endereçamento virtual de prestação de contas de OSCIP.

A apreciação do requerimento e da documentação encaminhada pela ONG, pretendente ao título de OSCIP, é apreciada por uma equipe da Secretaria Nacional de Justiça, que remete os processos, para deferimento ou indeferimento do certificado, para o Secretário Nacional de Justiça, cuja decisão emitida por meio de ato administrativo vinculado será editada em até trinta dias após o protocolo do processo administrativo, sendo de 15 dias o prazo para a publicação do ato no diário oficial da União, de acordo com o art. 3º do Decreto 3.100/99.

Quando a decisão do Ministério da Justiça pronunciar o indeferimento do pedido, o motivo da negativa deverá constar expressamente da decisão denegatória, limitando-se a versar sobre o descumprimento dos requisitos dos arts. 2º, 3º, e 4º da Lei 9.790/99 ou sobre imperfeição na apresentação da documentação, estabelecida por lei, que pode estar incompleta, desprovida de autenticação ou ilegível. Mas, em qualquer caso, "a pessoa jurídica sem fins lucrativos que tiver o pedido de qualificação indeferido poderá reapresentá-lo a qualquer tempo"[161]

O título se constitui como ato administrativo enunciativo e não possui prazo de validade determinado, pois a situação de direito reconhecida pela Administração Pública só se extingue com a depreciação de requisito formal ou material imprescindível para a conquista do certificado, pois o art. 4º do Decreto 3.100/99 vislumbra a perspectiva de perda da qualificação de OSCIP, diante de indícios consistentes de "erro ou fraude."

Partindo da premissa de que o erro ou a fraude dificilmente se manifestarão por equívoco do Ministério da Justiça, no aspecto concernente ao deferimento da solicitação do certificado, é possível supor que a perda da qualificação seja um expediente que pode decorrer da alteração das condições formais apresentadas pela ONG, quando da

[161] Art. 3º, §3º do Decreto 3.100/99.

solicitação do título, ou do desvio da finalidade pública na atuação material da OSCIP.[162]

2.3.1 **Instituições privadas habilitadas à certificação**

O título jurídico que confere a uma instituição sem fins lucrativos a qualificação de OSCIP é solicitado ao Ministério da Justiça, que aprecia o cumprimento dos requisitos objetivamente dispostos na lei de forma vinculada, não cabendo ao órgão fazer qualquer juízo de valor sobre a conveniência e a oportunidade da titulação.

O primeiro requisito necessário para a aquisição do título é a comprovação da finalidade não lucrativa. Tanto a legislação federal como a estadual, entendem que a entidade sem fins lucrativos:

> é a pessoa jurídica de direito privado que não distribui entre os sócios, 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.[163]

Para enfatizar a necessidade do atendimento desse requisito, a legislação dispõe que o pedido de qualificação será indeferido quando o requerente tratar-se de:[164]

> - sociedades comerciais;
> - sindicatos, associações de classe ou de representação de categoria profissional;
> - instituições religiosas ou voltadas para a disseminação de credos, cultos, práticas e visões devocionais e confessionais;
> - organizações partidárias e assemelhadas, inclusive suas fundações;
> - entidades de benefício mútuo destinadas a proporcionar bens ou serviços a um círculo restrito de associados ou sócios;
> - entidades e empresas que comercializam planos de saúde e assemelhados;
> - instituições hospitalares privadas não gratuitas e suas mantenedoras;
> - escolas privadas dedicadas ao ensino formal não gratuito e suas mantenedoras;

---

[162] Art. 5º do Decreto 3.100/99: "Qualquer alteração da finalidade ou do regime de funcionamento da organização, que implique mudança das condições que instituíram sua qualificação, deverá ser comunicada ao Ministério da Justiça, acompanhada de justificativa, sob pena de cancelamento da qualificação."

[163] Nesse sentido, o inciso II do art 2º da lei 11.743/2000 é idêntico ao parágrafo 1º do art 1º da lei 9.790/1999, o que demonstra a influência da legislação federal em relação à estadual.

[164] Este rol de instituições que não poderão ser qualificadas como oscip está disposto no art. 2º da lei 9790/1999 e no parágrafo 2º do art. 9º da lei 11.743/2000.

> - Organizações Sociais;
> - cooperativas;
> - fundações públicas;
> - fundações, sociedades civis ou associações de direito privado criadas por órgão público ou por fundações públicas;
> - organizações creditícias que tenham quaisquer tipo de vinculação com o sistema financeiro nacional a que se refere o art. 192 da Constituição Federal.

Além de comprovarem a finalidade não lucrativa, as Oscips terão que comprovar o enquadramento de seus objetivos sociais em pelo menos uma das finalidades previstas no art. 3º da lei 9.790/1999.[165]

As entidades interessadas em receber o título de organização da sociedade civil de interesse público ainda precisam atender aos pressupostos relacionados com a formatação de seus estatutos para que a solicitação da qualificação seja deferida. As exigências legais, no que diz respeito ao modelo de estatuto, são as seguintes:

> - a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e da eficiência;
> - a adoção de 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;
> - a constituição de 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.
> - a previsão de que, em caso de dissolução da entidade, o respectivo patrimônio líquido será transferido a outra pessoa jurídica qualificada nos termos desta Lei, preferencialmente que tenha o mesmo objeto social da extinta.
> - a previsão de que, na hipótese de a pessoa jurídica perder a qualificação instituída por esta Lei, o respectivo acervo patrimonial disponível, adquirido com recursos públicos durante o período em que perdurou aquela qualificação, será transferido a outra pessoa jurídica qualificada nos termos desta Lei, preferencialmente que tenha o mesmo objeto social;
> - a possibilidade de se instituir remuneração para os dirigentes da entidade, que atuem efetivamente na gestão executiva e para aqueles que a ela prestam serviços específicos, respeitados, em ambos os casos, os valores praticados pelo mercado, na região correspondente à sua área de atuação;
> - as normas de prestação de contas a serem observadas pela entidade, que determinarão no mínimo:
> - a observância dos princípios fundamentais de contabilidade e das

[165] Art. 3º da lei 9790/1999: "promoção da assistência social; promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico; promoção gratuita da educação, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei; promoção gratuita da saúde, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei; promoção da segurança alimentar e nutricional; defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável; promoção do voluntariado;(...)"

> Normas Brasileiras de Contabilidade;
> - 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;
> - a realização de auditoria, inclusive por auditores externos independentes, se for o caso, da aplicação dos eventuais recursos objeto do Termo de Parceria, conforme previsto em regulamento;
> - a prestação de contas de todos os recursos e bens de origem pública recebidos pelas Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público será feita conforme determina o parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal.

2.4 O FINANCIAMENTO DAS OSCIPs

O financiamento das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público nos remete à necessidade de observar essas instituições em dois polos: como entidades do Terceiro Setor de atuação independente do Poder Público e como organizações vinculadas ao Estado por meio de contrato.

Não é de constatação duvidosa observar que existem grupos de técnicos na área jurídica, contábil e administrativa se organizando para a promoção de cursos, seminários e eventos que fomentam publicações especializadas para a orientação do Terceiro Setor, e um dos pontos principais trazidos à tona diz respeito à captação de recursos para o financiamento das instituições.

No Brasil, as instituições sem fins lucrativos podem buscar múltiplos caminhos junto ao Poder Público e à iniciativa privada para desenvolver o financiamento necessário ao provisionamento de seus fins, mas é possível observar que a procura de recursos públicos diretos e indiretos tem lugar permanente na pauta de gestão de boa parte de nossas organizações não governamentais.

A legislação brasileira abre caminhos para aproximar mercado e Terceiro Setor, permitindo a doação de parte dos recursos que seriam empenhados no pagamento de tributos, para organizações não governamentais, mas a efetivação de via de financiamento muitas vezes não é simples, pois depende da adequada adaptação do planejamento tributário e da forma das demonstrações contábeis das empresas diante de um padrão nem sempre acessível para boa parte das instituições.[166]

---

[166] Cládio Boechat e Luisa Barros enfatizam as dificuldades relacionadas à promoção de uma política de responsabilidade social nas empresas enfatizando: “o desconhecimento dos incentivos fiscais, as dificuldades de aticulação internacional, a fragmentação de investimentos feitos na área social, a falta de

Diante desse contexto, é possível observar que as instituições do Terceiro Setor olham para o Estado, focalizando, nesse setor, a principal forma de financiamento voltada para o provisionamento das instituições, que estão sempre em busca das formas dos recursos que chegam diretamente via fomento, mas também daqueles de caráter indireto decorrente de benefícios fiscais.[167]

No caso das OSCIPs, o apelo pelo financiamento estatal parece ser ainda mais superdimensionado, pois a legislação que regula o título dispõe sobre a possibilidade de as instituições assim tituladas firmarem termo de parceria com o Estado, que fomenta a instituição sem fins lucrativos, promovendo o financiamento de projetos sociais executados pela entidade do Terceiro Setor.

Essa previsão legal acaba criando um cenário favorável para a desconstrução daquela idéia de que o título de OSCIP poderia ter um caráter meramente honorífico, pois as entidades do Terceiro Setor que vão em busca desse título quase sempre querem mais do que o mero reconhecimento da potestade, ou seja, o termo de parceria passa a ser a grande meta a ser alcançada.

---

uma agenda social que oriente as ações corporativas." BOECHAT, Cláudio Bruzzi & BARROS, Luisa Valentim. O desafio da responsabilidade social empresarial: um novo projeto de desenvolvimento sustentável. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de. (Coord.). **Terceiro Setor, Empresas e Estado: novas fronteiras entre o público e o privado.** Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 134. Os processos de financiamento do Terceiro Setor que derivam de suporte oferecido pelo mercado decorrem de dois aspectos: de um lado, a crise fiscal que afeta a economia ocidental dos anos 1980 reduz a capacidade do Estado de manter e aumentar os programas de fomento voltados para as instituições sem fins lucrativos e, de outro lado, a ciência da administração intensifica estudos que enaltecem o valor das parcerias para gestão das empresas privadas, focalizando não só a possibilidade do aumento dos lucros diretos decorrentes do aumento do faturamento, mas também se verifica alusão à melhoria da performance de gestão com as trocas de experiências que podem favorecer a administração de recursos humanos e a propaganda da empresa perante seus consumidores. James Austin narra quinze experiências bem sucedidas de parcerias entre empresas privadas e entidades do Terceiro Setor, mostrando resultados de uma pesquisa empírica que descreve bem esse cenário, onde o Poder Público parece sair do papel de principal financiador, nos Estados Unidos da América. As relações entre mercado e instituições sem fins lucrativos são favorecidas, sobretudo porque os resultados para o marketing interno e externo das empresas privadas é considerável. AUSTIN, James E. **Parcerias: fundamentos e benefícios para o terceiro setor.** Tradução de Lenke Peres. São Paulo: Futura, 2001, p. 23-31. No Brasil aspectos de nossa cultura e da história recente de formação eo nosso Terceiro Setor indicam a tendência à prevalência do financiamento público das organizações não governamentais. Isso ocorre porque as doações de recursos, vinculados ao pagamento de tributos, para entidades do Terceiro Setor só podem ser realizadas por pessoas jurídicas que declaram sua contabilidade por lucro real, ou seja, o acesso a incentivos fiscais que favorecem o financimento do Terceiro Setor absorve uma quantidade reduzida de empresas, pois a maioria dessas instituições declara sua contabilidade com base no lucro presumido. Os incentivos fiscais que favirecem a doação para organizações não governamentais também estão à disposição de pessoas físicas que declaram imposto de renda pelo modelo completo.

[167] Na seção 2.3.1 deste capítulo, justificamos as razões do estreitamento das relações entre Poder Público e Terceiro Setor, vislumbrando que os mecanismos de indução, lançados pelo Estado na direção das instituições privadas sem fins lucrativos, acabam fomentando uma cultura de dependência financeira das organizações não governamentais em relação ao governo.

A Lei 9.790/ 99 dispõe sobre o fomento do termo de parceria, ao disciplinar o conjunto de direitos e obrigações das partes nesse pacto, pois determina que o Poder Público financiará a execução do objeto da parceria firmada com a OSCIP, abrindo, assim, um importante mecanismo de financiamento disponível para as entidades do Terceiro Setor dessa natureza.

A norma supracitada não sugere que o financiamento do projeto social, arraigado ao termo de parceria celebrado entre Estado e OSCIP, depende de recursos disponibilizados integralmente pelo Poder Público, pois a natureza do financiamento, qual seja o fomento, de per si, encerra a idéia de que o setor público é um colaborador, por isso deve auxiliar a instituição sem fins lucrativos, ou seja, ajudá-la, apoiá-la, assisti-la, o que não significa dizer que o governo tem obrigação de financiar, prover, bancar, no sentido de integralizar o custeio.

É importante ressaltar que a Lei 9.790/99 não dispõe sobre a obrigação do Poder Público de financiar a integralidade do objeto executado em decorrência do termo de parceria, no dispositivo que disciplina as cláusulas essenciais ao pacto, mas sugere que a celebração do ajuste entre Estado e OSCIP implicará o auxílio do Poder Público, pois as demonstrações orçamentárias da execução de receitas e despesas serão apresentadas pela instituição sem fins lucrativos ao parceiro público.

Mesmo considerando a natureza do financiamento disponibilizado pelo Estado à OSCIP, a título de fomento, é necessário supor que o Poder Público pode integralizar os recursos necessários à execução do projeto disposto no termo de parceria, e é provável que o ente público vinculado à parceria assuma quase sempre o papel de fomentador e provedor, diante da baixa margem de auto-sustentabilidade das organizações não governamentais brasileiras.

Diante dessas premissas, resta-nos tentar observar quais recursos públicos integram a plataforma de fomento que as OSCIPs podem receber em decorrência da celebração do termo de parceria. Esse dado não se revela de forma precisa com a observação dos dispositivos da Lei 9.790/99 e do Decreto 3.100/99, pois as normas referidas não fazem menção expressa à matéria.

Julgamos que, se o legislador não determinou o rol dos incentivos passíveis de serem disponibilizados pelo Poder Público às OSCIPs, é porque não havia intenção de restringir as ferramentas de fomento, por isso, a priori, é possível supor a licitude dos auxílios tipicamente arranjados para o Terceiro Setor, tais como doações, financiamento, subvenções fiscais.

Mas decerto não podemos supor a juridicidade do incentivo às OSCIPs com os recursos previstos no art. 12 da Lei 9.637/98, que dispõe sobre a possibilidade de as Organizações Sociais receberem, a título de fomento, cessão de bens e pessoal do setor público, pois a gerência de recursos humanos e materiais do Estado está vinculada a normas específicas, que restringem a possibilidade de o particular lançar mão de benefícios oriundos do aproveitamento da estrutura da Administração Pública.

Não podemos, contudo, deixar de observar que a celebração do termo de parceria parece viabilizar não uma forma específica de fomento, mas um novo meio de disponibilização do auxílio prestado pelo Estado, que decorre da natureza contratual do vínculo que se estabelece entre as partes, por isso o financiamento da OSCIP, nesse caso, dá-se por empenho.

O Decreto 3.100/99 prevê que o(s) depósito(s) dos recursos financeiros, atrelados à execução do termo de parceria, serão disponibilizados em conta bancária da conveniência da OSCIP, que recebe as verbas em pagamento feito em parcelas, ou em quota única, de acordo com o cronograma de desembolso determinado pelo pacto, por isso é provável que o Estado assuma o papel de fomentador provedor do pacto firmado com a entidade do Terceiro Setor.

A suposição de que o objeto do pacto se paga com os recursos executados mediante empenho, em sua integralidade, decorre da idéia de que o Estado paga o custo do serviço que contratou na medida do que foi contratado, por isso o Decreto 3.100/99 dispõe que o Poder Público não poderá modificar as obrigações da OSCIP durante a execução do contrato, criando uma espécie de garantia da manutenção do equilíbrio financeiro-econômico do termo de parceria.

Vale destacar que a garantia do equilíbrio financeiro-econômico, do pacto firmado pelas OSCIPs, não deixa de ser uma forma de proteção da instituição do Terceiro Setor contra o impacto financeiro das possíveis alterações unilaterais do pacto desferidas pelo Estado, que poderiam aumentar os custos do projeto, inviabilizando sua execução, com os recursos preliminarmente arraigados ao termo de parceria.

Nesse caso, curioso é verificar que o equilíbrio financeiro econômico do pacto firmado pelas OSCIPs com o Poder Público é disciplinado de forma diversa daquela prevista na Lei Geral das Licitações e Contratos Públicos, pois a Lei 8.666/93 permite que o Estado altere o contrato, cobrindo os prejuízos da contratada, enquanto o decreto 3.100/99 não admite que o parceiro público modifique o termo de parceria, para evitar danos decorrentes dessa redefinição.

A questão do financiamento público é ponto para debate de indagações sobre a viabilidade das parcerias entre Estado e Terceiro Setor, se refletirmos sobre o modelo atual de gestão da ordem social desenhado pelo governo federal, pois, quando a reforma do Estado foi inaugurada em 1995, o plano diretor da reforma chamava a sociedade civil a partilhar responsabilidade na prestação de serviços sociais porque a Administração Pública estaria carente de socorro diante dos efeitos de uma crise fiscal.

Se o Estado precisava do apoio da sociedade civil para a condução de serviços sociais, seria possível supor possível redução do investimento público, cujo alarde foi abafado para evitar sacrifícios diplomáticos do governo, mas as professias pessimistas não se concretizaram, pois a Administração Pública não sofreu redução da estrutura nesse segmento, pelo contrário, em 2004, a criação do Ministério do Desenvolvimento Social supõe a busca do Poder Público pela efetivação da Política Nacional de Assistência Social proposta pela Lei 8.742/93.

O tempo passou, e a Lei 9.637/98 não desencadeou um processo de privatização no setor de intervenção social do Estado, ainda que tal norma permita a extinção de entidades públicas prestadoras de serviço público, tendo em vista a transferência das atribuições estatais para pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos qualificadas como Organizações Sociais.

Mas há muitas dúvidas sobre o papel a ser assumido pelo Terceiro Setor na atual conjuntura, pois o Ministério do Desenvolvimento Social dispõe sobre sua missão, enfatizando o papel do Estado de tutor da ordem social, tanto no planejamento como na execução e no controle das políticas públicas desse segmento, de tal forma que o Terceiro Setor é destacado como um parceiro eventual do Poder Público, ou seja, mero segmento de apoio.[168]

Contudo, a regulação do Terceiro Setor é possivelemente maximizada, pois o montante de recursos do orçamento da União disponibilizados para fomento das instituições sem fins lucrativos tem aumentado, e, nessa perspectiva, é possível supor

[168] De acordo com informações fornecidades pelo Ministério do Desenvolvimento Social, a Secretaria Nacional de Assistência Social e Combate à Fome (SNAS) é o órgão ministeral encarregado da gestão da Política Nacional de Assistência Social (PNAS), cujas competências são partilhadas entre os gestores na esfera federal, estadual e municipal consoante disposições da Lei 8.742/1993 (Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS). Nessa perspectiva, as organizações da sociedade civil assumem um papel de colaboração eventual, na definição, fiscalização e implementação de políticas públicas. http://www.mds.gov.br/suas/s-n-a-s. Consulta realizada em 27/10/2008. Consulta em 27/12/2008.

que há mais dinheiro público à disposição das OSCIPs, por isso não há que se falar em enxugamento dos custos do setor público. [169]

A indagação que propomos não questiona a possibilidade de o Estado aumentar o investimento de dinheiro público no fomento de OSCIPs, pois essa é matéria que se sobressai na competência do gestor, de dispor discrionariamente sobre o direcionamento dos recursos do erário nas hipóteses em que a lei 4.320/64 lhe assugura o exercício de tal prerrogativa, mas a questão fundamental a levantar diz respeito à forma como esses empreendimentos de fomento têm sido conduzidos.

Considerando ao menos que os recursos públicos são esgotáveis, propomos a observação do Decreto 3.100/99, pois essa norma determina que a OSCIP interessada em firmar termo de parceria fixará o montante do repasse necessário à execução do plano de trabalho, que será submetido à apreciação do Estado, prescrevendo ainda a possibilidade de o pacto ser celebrado por prazo superior a um exercício fiscal.

No que diz respeito ao primeiro questionamento, parece que a legislação delineou uma situação um tanto quanto utópica de provocação de custos para o fomento, pois se o Estado não tem recursos ilimitados, é provável que a execução de qualquer projeto social se vincule a um conjunto de valores financeiros, disponível numa plataforma vinculada de receita para despesa, por isso não é o filho que diz quanto quer ganhar de mesada e sim o pai que determina o que pode desembolsar.[170]

Essa premissa pode ser reforçada pelas disposições do próprio Decreto 3.100/99, que dispõe sobre o concurso de projetos facultados ao Estado, para a seleção de OSCIP a celebrar termo de parceria, pois os critérios de julgamento da seleção não focalizam o preço da execução do pacto, mas o montante de recursos disponíveis para o fomento da entidade privada não está obrigatoriamente previsto no bojo do edital de licitação, tal como se verifica na previsão expressa do prêmio no ato convocatório dos concursos disciplinados pela lei 8.666/93.

Nessa perspectiva, fica latente a indagação sobre a viabilidade de financiamento das parcerias do Poder Público com o Terceiro Setor, nas condições propostas pela

---

[169] Observando os investimentos realizados pela União durante quatro anos, entre 2003 e 2006, Maria Tereza Fonseca Dias apresenta gráfico registrando um aumento em torno de 200% dos recursos destinados para entidades do Terceiro Setor no período, mas adverte que "não se pode concluir, sem uma análise mais ampla de demanda por serviços públicos, que o aumento das despesas do Estado com o fomento às entidades do terceiro setor tenha promovido um real *enxugamento* da máquina administrativa, contrariando as premissas da reforma gerencial." DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Terceiro Setor e Estado: legitimidade e regulação: Por um novo marco jurídico.** Belo Horizonte, Fórum, 2008, p. 344.

[170] O art 26 do Decreto 3.100/99 dispõe sobre a possibilidade de a OSCIP dispor sobre o valor de cobertura do plano de trabalho vinculado ao termo de parceria.

legislação vigente, por isso o financiamento desses entes demandaria um refinamento da regulação para ajustar a tutela que o Ministério do Desenvolvimento Social propõe que o Estado exerça na condução da Política Nacional de Assistência Social.

Não é possível conceber um orçamento público baseado em recursos de elasticidade tão dilatada, num tempo em que a atividade tributária do Estado chegou a níveis de arrecadação já considerados insuportáveis, razão pela qual não conseguimos dissipar a curiosidade desencadeada por um sistema de administração, em que os serviços públicos sociais supostamente crescem de acordo com prioridades que podem ser ditadas pelo próprio Terceiro Setor.[171]

Por fim, é necessário registrar o disposto no art. 13 do Decreto 3.100/99, que dispõe sobre a possibilidade de o termo de parceria ser fixado em prazo superior ao tempo de um exercício financeiro, observando que o fomento do projeto social vinculado a esse pacto deve se submeter às normas de direito financeiro vigentes no país, por isso, é possível o Estado honrar uma obrigação que ultrapassa os limites de um ano fiscal, se houver planejamento realizado para esse empreendimento, de acordo com a legislação orçamentária em vigor.

Nessa perspectiva, vale ressaltar que mesmo os termos de parceria vinculados ao prazo regular dos pactos de execução que continuam firmados pelo Poder Público, é possível verificar a possibilidade de a relação entre as partes se alongar em função da prorrogação prevista no § 1º do art 13 do Decreto 3.100/99, mas em qualquer caso, a transferência de recursos para a OSCIP implica empenho, por isso a receita relativa ao depósito da competência do Estado demanda prévia vinculação do numerário.

As OSCIPs que firmam termo de parceria com o Poder Público possivelmente concentram seu financiamento numa forma de fomento direto, pois o empenho realizado pelo parceiro público implica um desembolso orçamentário para o Estado, que também ocorre quando organizações não governamentais recebem auxílios e subvenções do governo. Além da perspectiva de financiamento referida, as OSCIPs, como instituições privadas sem fins lucrativos com finalidade pública, podem buscar formas de fomento indireto, tais como imunidades, isenções e incentivos ficais.[172]

---

[171] Casalta Nabais defende a tese de que o excesso do Estado no desenvolvimento da atividade tributária implica uma violação do direito constitucional à liberdade dos contribuintes, apelando para o equilíbrio do sistema na defesa da construção de um Estado fiscal, no seguinte trecho: "(...) a própria idéia de estado fiscal consubstancia , de um lado, um limite a dimensão do estado e, de outro, uma expressão da liberdade económica dos indivíduos e das suas organizações." NABAIS, José Casalta. **Por um Estado Fiscal Suportável – Estudos de direito fiscal.** Coimbra: Almedina, 2005, p. 45.

[172] A alusão às demais formas de financiamento já foi verificada no item do 1.3. do primeiro capítulo.

2.5 O REGIME DE PARCERIA

A aprovação da lei que regula a concessão do título de OSCIP e a possibilidade de o Estado vir a se relacionar com tais instituições sem fins lucrativos, por meio de termo de parceria se apresenta diante de um contexto político já mencionado neste estudo, onde registramos uma breve noção da conjuntura da reforma administrativa que desencadeia a produção legal, sem deixar de apontar a fonte de legitimação ideológica passível de justificar a inserção do Terceiro Setor na gestão de serviços sociais imputados ao Estado.

Nesse contexto, é possível destacar uma relação de que a Lei 9.790/99 caminha na direção do impulso disciplinado no projeto de reforma do Estado efeverscente à época, pois essa norma dispõe sobre uma parceria entre Estado e OSCIP, construída de acordo com a celebração de um pacto entre os interessados, que visa ao desenvolvimento de uma atividade social por parte da entidade do Terceiro Setor, mediante auxílio prestado pelo Poder Público.[173]

Há algumas ponderações úteis nessa altura sobre o relacionamento entre Estado e OSCIP, no que diz respeito à natureza do instrumento que permite o vínculo entre as partes; as formas de incentivo que o Poder Público pode direcionar para a entidade do Terceiro Setor; e na densidade do elo de cooperação que os entes podem desenvolver no curso da parceria.

Por ora, vamos começar pelo último ponto, alçando alguma reflexão sobre a dimensão da "parceria" disciplinada pela norma reguladora das OSCIPs, para deixar a abordagem dos pontos relativos às formas de fomento e à natureza do termo de parceria para seções ulteriores, onde esses aspectos podem ser desenvolvidos de forma mais específica.[174]

A Lei das OSCIPs prescreve que o Estado poderá travar relacionamento com tais entidades por meio de parcerias para caracterizar um tipo de vínculo especial entre os atores, que, em tese, partilham interesses recíprocos e se aliam para o desenvolvimento

---

[173] O pacto que viabiliza o auxilio do Poder Público à OSCIP é o termo de parceria nos moldes do art. 9º da Lei 9.790/99: "Fica instituído o Termo de Parceria, assim considerado 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 no art. 3º desta Lei."

[174] Ainda neste segundo capítulo, teceremos considerações sobre o financiamento das OSCIPs, e, no terceiro capítulo, abrir-se-á uma seção específica para os apontamentos relativos ao termo de parceria.

de atividades sociais num expediente que parece suscitar uma forma de gestão compartilhada de políticas públicas em circunstâncias assemelhadas àquelas dispostas no Plano Diretor que se constitui como projeto da reforma do Estado mais recente.[175]

O termo "parceria" se constitui essencialmente como um conceito jurídico indeterminado, pois não há uma definição jurídica específica para suprir seu significado, mas na ciência da administração a terminologia evoca toda forma de entrosamento, colaboração ou cooperação, abarcando distintos graus de relacionamento, que pode estar ligada a uma cultura de solidariedade ou a um pacto onde a reciprocidade é condição essencial para a sobrevivência das partes.[176]

A parceria se constitui para a ciência da Administração como um regime de colaboração que pode desencadear níveis de relacionamento superficiais ou mesmo muito densos a depender do interesse das partes, o que é possível observar entre instituições públicas, entre instituições privadas e entre instituições públicas e privadas de naturezas diversas.[177]

Nesse contexto, a parceria acaba sendo um mecanismo de gestão, disponível tanto para a administração privada quanto para a administração pública, realçando a natureza do conceito agregado ao instituto que parece estar mais próximo da ciência da Administração do que da dogmática jurídica, mesmo sendo o termo amplamente empregado na legislação sob o foco deste estudo.[178]

---

[175] O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado dispõe sobre a possibilidade de os serviços públicos sociais serem repassados para entidades do Terceiro Setor qualificadas como Organizações Sociais pela Lei 9.637/98. Apesar de o título de OSCIP ser concedido a instituições sem fins lucrativos diante de requisitos diferentes, a posição que o Poder Público exerce, na tutela dos contratos de gestão firmados com as OS, se assemelha a situação análoga disciplinada nos termos de parceria em relação às OSCIPs.

[176] O ideal de parceria se apresenta diante de distintas motivações e em níveis variados de colaboração, o que podemos observar na narrativa das experiências clássicas do poeta espartano Tirceu, nas estratégias do imperador romano Marco Aurélio. Confira em FIGUEIRA, Thomas j.; BRENNAN, T. Corey & STERNBERG, Rachel Hall. **As lições de Gestão dos Clássicos.** Tradução de Maria João Camacho. Lisboa: Casa das Letras, 2008, p. 126-137.

[177] Tarso Cabral Violin realça que o termo "parceria" não tem significado jurídico, ratificando o entendimento de Edmur Netto de Araújo de que a colaboração entre o Estado e quaisquer setores da iniciativa privada para o desenvolvimento de um objetivo comum preenche um dos significados atribuídos à terminologia citada. VIOLIN, Tarso Cabral. **As parcerias do "terceiro setor" com a Administração Pública.** Fórum Administrativo – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 6, n. 70, p. 8225-8249, dez. 2006, p. 8225.

[178] Apesar de concordarmos com Tarso Cabral Violin no que diz respeito à origem do conceito pertinente a "parceria", não podemos deixar de registrar a falta de um consenso sobre o assunto no campo da dogmática jurídica, pois alguns juristas se aventuram na difícil tarefa de tentar dotar o termo referido de significado. Nesse caso, Diogo de Figueiredo Moreira Neto entende que a expressão "parceria" tem um significado mais restrito, pois abarcaria as modalidades tradicionais de administração associada, ou seja, as concessões e permissões de serviço público. Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo.** 14ª Ed. Rio de janeiro: Forense, 2005, p. 268-281. Já Maria Syvia Zanella Di Pietro propõe uma escala mais ampla de alcance para abstrair que, se o Estado e a iniciativa privada se

Antes da edição da Lei 9.790/99, é possível observar instrumentos desenhados pelo direito administrativo que permitem um regime de colaboração entre Estado e instituições sem fins lucrativos, pois há instrumentos contratuais que disciplinam parcerias entre entes públicos e entre estes e organizações privadas, o que se observa na envergadura dos consórcios e convênios administrativos.

Mas as formas de colaboração, previstas anteriormente, supõe um tipo de relação mais superficial, onde a potestade se dirige às organizações do Terceiro Setor para fins de fomento sem determinar em que e como o auxílio recebido será empregado. Nesse caso, o Poder Público pode conceder benefícios financeiros e fiscais voltados para o incentivo da atividade desenvolvida pela instituição, sem interferir na gestão, sem direcionar os objetivos, sem controlar os meios de execução, sem partilhar responsabilidade, etc.[179]

Para observarmos o fenômeno "parceria" no contexto deste estudo, apontamos a defesa da ideia de que o Estado, na posição de polo incentivador do Terceiro Setor, estabelece uma forma vinculada de fomento, pois há uma tendência ao estreitamento das relações entre Poder Público e OSCIP, na medida em que a potestade pode determinar a direção dos recursos públicos repassados para o auxílio da instituição sem fins lucrativos.

O argumento disposto parte do pressuposto de que o fomento direcionado para o Terceiro Setor passa a permitir o engajamento da instituição sem fins lucrativos ao desenvolvimento de atividades do interesse do Estado, pois a disponibilização do

---

agregam para a realização de um interesse público, então há parceria, remetendo-se às formas de privatização em sentido amplo onde se verificam as seguintes estratégias: a) desregulação, com a redução da intervenção do Estado na economia; b) desmonopolização de atividades econômicas conduzidas pelo Poder Público; c) privatização decorrente da aplicação da Lei 9.491/97, com a alienação das estatais; d) delegação de serviço público, via concessão ou permissão da Lei 8.987/95; e) *contracting out*, nos possíveis pactos de fomento e cooperação com a iniciativa privada para obras, serviços e outros objetos, o que ocorre por meio de contrato de gestão, termo de parceria, convênios, etc.. Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública.** 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 20-34.

[179] Ao mencionar a superficialidade das relações entre Estado e Terceiro Setor antes da edição da Lei 9. 790/99, não estamos propondo nenhum juízo de valor sobre o grau de afinidade do relacionado desenvolvido entre as partes, pois, antes do advento da lei que disciplina as parcerias entre Poder Público e OSCIPs, não havia registro da possibilidade de instituições sem fins lucrativos assumirem papel relevante na gestão de serviços sociais da competência da Administração. Contudo, não julgamos que a parceria dependa de uma coincidência estrita de interesses, como supõe Paulo Modesto, ao defender a tese de que a parceria depende de um nível significativo de confiança e lealdade, tendo em vista a sincera reciprocidade dos parceiros para a realização dos objetivos comuns. MODESTO, Paulo. **Reforma administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil: as dúvidas dos juristas sobre o modelo das organizações sociais.** Revista Diálogo Jurídico, Centro de Atualização Jurídica, Salvador, v. 1, n. 9, dez. 2001, p. 6.

incentivo da alçada do setor público para a OSCIP depende da celebração de um pacto entre esses atores, que vincula as partes a direitos e obrigações.

A Lei 9.790/99 dispõe sobre o pacto determinante do "vínculo de colaboração" entre Estado e OSCIPs, prescrevendo que o termo parceria se constituirá num ajuste entre as partes para a execução de uma atividade social de interesse público, mediante auxílio do Poder Público, encerrando aqui a idéia de que o Poder Público incentiva o gerenciamento de projetos sociais agregados à política do governo.

A dúvida aqui reside na observação das condições de colaboração que o Estado e a OSCIP enfrentarão após a celebração do termo de parceria, pois a densidade da relação entre as partes é capaz de responder a muitas indagações, sobretudo em relação à verificação da existência de um regime de verdadeira conexão entre as partes e a possibilidade de as entidades do Terceiro Setor serem chamadas a assumir a execução de atividades-fim do Estado.

Decerto não podemos negar que a parceria enquanto técnica de administração é uma tendência que não recai só sobre as relações do Terceiro Setor com Estado, pois o Mercado, onde se encontram as empresas privadas com fins lucrativos, também já descobriu os benefícios de se aliar ao segmento aludido.

Empresas privadas e instituições sem fins lucrativos já vêm desenvolvendo um namoro de longa data nos países do hemisfério norte; de acordo com referências empíricas registradas, James Austin desenvolveu estudos de caso mostrando níveis distintos de relacionamento entre empresas privadas e ONGs e os resultados positivos do marketing social.[180]

No Brasil, a idéia de filantropia, como expediente de compensação social, para amenizar os deslizes do mercado, não é mais o foco da relação entre esses atores, pois a relação evoluiu para programas de fomento que passaram a melhorar as condições de vida dos trabalhadores das empresas, bem como as de suas famílias, e já é possível observar o descobrimento do grande "filão do social como negócio."[181]

---

[180] James Austin narra o sucesso das parcerias com ONGs realizadas por empresas bem sucedidas como Hewlett-Packard, Reebok, Bayer Corporation, Timberland, Nordstrom e Visa, mostrando que a evolução dos estágios de relacionamento gera sustentabilidade para os atores e o aumento vultoso do lucro das empresas que conseguem uma relação efetivamente integrada com o terceiro setor, narrando a aliança promissora da CARE com a Starbucks. AUSTIN, James E. **Parcerias: fundamentos e benefícios para o terceiro setor.** Tradução de Lenke Peres. São Paulo: Futura, 2001, p. 12-44.

[181] "E, mais recentemente, as empresas descobriram o filão do social como negócio. Alguns bancos já lucraram com o socialmente correto através do financiamento de projetos com recursos carimbados pelo compromisso da responsabilidade social." MELO NETO, Francisco P. de & FROES, César. **Gestão da Responsabilidade Social Corporativa: ocaso brasileiro: da filantropia tradicional à filantropia de alto rendimento e ao empresarialismo social.** Rio de Janeiro: Qualimark, 2004, p. 11.

As parcerias que vinculam Mercado e Terceiro Setor revelam um tecido bastante complexo no âmbito da sociologia das organizações, pois as partes parecem lucrar de forma significativa, quanto maior se apresenta a densidade do relacionamento entre os parceiros, na medida em que as relações de parceria, entre os entes privados, podem determinar as condições de sobrevivência tanto da instituição com fins lucrativos como da instituição sem fins lucrativos.[182]

Contudo, quando a relação de parceria vincula Estado e Terceiro Setor, o arranjo do vínculo é bem diferente, pois a liberdade inerente às relações decorrentes do direito privado não permite esse namoro flexível onde os interessados vão se conhecendo aos poucos e avançando na relação de acordo com o grau de entrosamento que vai se apresentando.

Numa parceria onde uma instituição sem fins lucrativos se relaciona com uma instituição pública, o relacionamento se enquadra na moldura determinada pela lei, sendo a densidade do vínculo entre as partes definido antes da celebração do pacto, que deve disciplinar com rigor os detalhes referentes aos direitos e deveres das partes o e prazo de validade da aliança.

A Lei 9.790/99, ao dispor sobre as cláusulas essenciais do termo de parceria, propõe que o pacto, que vincula Estado e OSCIP, estipulará o objeto da parceria, as metas e resultados específicos a serem atingidos com a execução da atividade, os prazos de execução do cronograma, a definição dos critérios objetivos de avaliação de desempenho, a previsão orçamentária detalhada das receitas e despesas, o teor das obrigações relativas à prestação de contas da OSCIP e a publicação dos instrumentos que provam a celebração e forma de execução do pacto.[183]

No elenco das disposições obrigatoriamente estipuladas no termo de parceria é perceptível o rigor do texto nas prescrições concernentes à previsão e à execução orçamentária do pacto, ao relatório de prestação de contas da OSCIP, bem como à publicidade voltada para a transparência dos termos do ajuste, resultados e recursos empregados na execução.

---

[182] A ajuda mútua entre empresas e ONGs tem sido fundamental para a sobrevivência dos dois segmentos organizacionais, pois as partes se envolvem misturando a imagem do produto à promessa da bandeira social levantada. Nessa perspectiva, "como 'braços sociais'de empresas, as fundações e os institutos tendem a estar sujeitos a prioridades ligadas a interesses legítimos de suas mantenedoras, como a construção de uma imagem corporativa para o publico interno e externo ou a associação de apelos e causas sociais à suas marcas e produtos." FALCONER, Andrés Pablo & Vilela Roberto. **Recursos Privados para Fins Públicos: as Grantmarkers Brasileiras.** São Paulo, Peirópolis, GIFE, 2001, p.67.

[183] As cláusulas essenciais do termo de parceria estão dispostas no § 2º do art. 10 da Lei 9.790/99.

Mas, na parte referente à elaboração do programa de trabalho relativo à execução do objeto, percebemos que o texto da Lei 9.790/99 supõe uma situação de autonomia para a OSCIP, na confecção do plano de ação para o desenvolvimento da atividade social, que pode não corresponder à realidade de todas as parcerias que vêm sendo travadas, nesse sentido, entre Estado e Terceiro Setor.

A interpretação da norma sugere que as condições da parceria são estipuladas por ambas as partes, pois a OSCIP, segundo previsão expressa da lei, deve propor o programa de trabalho, enquanto o Estado, supostamente, deve determinar os critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem observados diante dos indicadores de resultado do projeto.

A priori, a amarração da parceria está desenhada da seguinte forma: se Estado e OSCIP tiverem interesse em se relacionar, o Poder Público define a atividade social, a instituição privada diz como será a execução do objeto, sendo o Estado responsável pela determinação dos recursos disponibilizados para auxiliá-la, e pela configuração do controle do programa de trabalho.

Mas, na prática, algumas divergências podem ser observadas nesse modelo de parceria, onde, via de regra, nem o Estado possui essa disposição casuística para fomentar uma instituição sem fins lucrativos, nem tampouco a entidade do Terceiro Setor bate à porta da instituição pública desinteressadamente, com um plano de ação em mãos, aceitando os recursos que estiverem disponíveis para fomento, mesmo que não sejam suficientes para cobrir a realização do projeto.

Para concretizar aquele ideal de que é possível, ao Poder Público, agregar instituições sem fins lucrativos na execução de políticas públicas do governo, logo se vê que o Estado, ao executar esse interesse, pode vir a induzir as entidades do Terceiro Setor a realizar projetos para finalidades especificamente determinadas no plano das políticas concebidas pelo Poder Público.

Diante desse cenário, observamos que o Estado tende a assumir a postura de mentor[184] do serviço público social não só porque define as políticas e mantém parte

[184] A Lei 8.742/93 dispõe sobre a Política Nacional de Assistência Social, enfatizando a integração da União, Estados-membros e Municípios na organização de estrutura descentralizada de prestação de serviços e distribuição de renda, que passa pelo crivo do governo federal, já que o Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome estabelece sua missão na coordenação, supervisão e controle das políticas determinadas pelos conselhos ligados a esse órgão. http://www.mds.gov.br/institucional/o-ministerio/missao-1. Consulta em 11/12/2008.

fundamental da estrutura de execução dos serviços, mas também porque direciona o Terceiro Setor à concretização de objetivos vinculados às metas do governo.[185]

Por isso, mesmo considerando que a lei prevê a possibilidade de a OSCIP elaborar o plano de trabalho para execução do objeto da parceria, não podemos deixar de observar que o Poder público determinará qual é o foco da atividade e, mesmo não sendo competente para dispor sobre os meios ou o *modus operandi* de atuação da instituição privada, é possível sugestioná-la a realizar um paradigma predeterminado pelo Estado.

Os processos de indução, utilizados pelo Poder Público para conduzir o Terceiro Setor de acordo com as aspirações da política governamental, é uma prática muito difundida nos países em desenvolvimento, onde o Estado, muitas vezes assume o papel de guia das instituições sem fins lucrativos, o que nos remete a uma forma de intervenção do Poder Público numa espécie de dirigismo da ação social.[186]

Como as instituições sem fins lucrativos de defesa de interesses coletivos estão frequentemente arraigadas a uma relação feudal de subserviência em relação ao Estado, o tecido social de luta pela defesa do interesse público tende à situação de fragilidade que favorece as deturpações das relações entre os atores.[187]

Na perspectiva tipicamente incrustada na cultura brasileira, as partes da parceria aludida assumem uma postura tendencialmente carregada de egoísmo bilateral, pois o Estado tende a trabalhar com o Terceiro Setor por motivos que vão muito além daquele

---

[185] Não se trata aqui de registrar uma crítica, mas de observar uma tendência das relações entre Poder Público e OSCIPs.

[186] Marco Aurélio Nogueira nos remete a essa intervenção do Poder Público na questão social, mostrando como a busca pela redefinição de uma proposta de descentralização estatal, trazida pela reforma do Estado nos anos 1990, estabelece-se no tipo de discurso que chama o Terceiro Setor a assumir um novo papel na gestão da coisa pública, vislumbrando que fomento voltado para essas instituições, particulamente na área de assistência social, representa uma espécie de "refilantropização." NOGUEIRA, Marco Aurélio. **Um Estado para a Sociedade Civil: temas éticos e políticos da gestão democrática.** 2ª Ed. 2ª Reimpressão. São Paulo: Cortez, 2005, p. 57. Boaventura de Sousa Santos vislumbra a vunerabilidade de grupos sociais, passíveis de "cooptação" para a composição de frágeis expedientes democráticos, numa pesquisa internacional, que chama a atenção para deficiências da estrutura de participação política na América Latina, Europa, e África. SANTOS, Boaventura de Sousa & AVRITZER, Leonardo. Para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Biaventura de Sousa (Org.). **Democratizar a Democracia: os caminhos da democracia participativa.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 60.

[187] A relação de subserviência sugerida é destacada por Tarso Cabral na mudança de postura das entidades do Terceiro Setor com o fim da ditadura militar no Brasil, pois as instituições que nasceram voltadas para se contrapor ao governo na luta contra o regime político autoritário mudam sua performance quando a redemocratização se apresenta nos anos 1980, abaixando as armas numa empreitada diplomática que acaba deturpando sua origem. O jurista mencionado parece encontrar o "homem cordial" de Sergio Buarque de Holanda na apresentação da subserviência do novo modelo, na seguinte referência: "As ONGs surgiram dos movimentos sociais e tinham estratégias de enfrentamento, negação, demanda, pressão, questionamento, reivindicação, contra ou dirigida ao Estado. Atualmente estão mais dóceis, supraclassistas, subalternizadas, domesticadas, mais **parceiras** do Estado com o objetivo de terem acesso a fundos públicos (...)" VIOLIN, Tarso Cabral. **Uma análise crítica do ideário do Terceiro Setor no contexto neoliberal e as parcerias com a Administração Pública.** Revista Zênite de Licitações e Contratos – ILC, Ano XII, nº 150, agosto 2006, p. 682. (grifo nosso).

ideal de que “a união faz a força”, e as instituições sem fins lucrativos geralmente procuram no Poder Público a figura de seu provedor paternalista.

Nos laços que marcam as relações do Terceiro Setor com o Estado nos países de capitalismo tardio, como o Brasil, é possível verificar um processo de crescimento das instituições sem fins lucrativos de caráter exógeno, onde os entes proliferam por indução do Poder Público, por isso nascem viciadas pela idéia de que o Estado deve salvaguardar sua sustentabilidade.

Nesse contexto, é possível vislumbrar que o impulso indutor realizado por instituições do setor público pode servir a interesses pessoais dos dirigentes desses entes, ou podem oportunizar formas de captura do público pelo privado, determinadas diretamente por agentes alheios à estrutura do Estado.

Nas práticas decorrentes de parcerias firmadas entre Estado e OSCIPs, algumas situações são bem emblemáticas dessa realidade distorcida, o que se verifica nas seguintes hipóteses:

a. Quando o agente público provoca a criação do ente do Terceiro Setor para contratar a si mesmo ou a terceiros de seu interesse, tendo em vista seu benefício direto mediata ou imediatamente;
b. Há situações em que o surgimento de uma diretriz governamental aliada a repasse de recursos para programas sociais provoca o interesse de agentes públicos que, diante da informação privilegiada sobre a verba disponível, se organizam para capturá-la;
c. Em algumas hipóteses, o interesse na atuação de uma OSCIP decorre da possibilidade de usar a parceria para maquiar a atuação de trabalhadores da iniciativa privada no serviço público, ou seja, recruta de recursos humanos de forma precária.

A parceria pode se transformar num vínculo de cooperação para a burla ao regime jurídico de direito público, prejudicando o ideal de supremacia desse interesse na gestão de serviços sociais, mesmo que as instituições envolvidas, no setor público e no privado, cumpram literalmente o que registra a cartilha da lei.

Nesse caso, o aperfeiçoamento da relação de colaboração entre Poder Público e Terceiro Setor pode fomentar a construção de novas válvulas de escape para o patrimonialismo, num mecanismo onde uma situação de captura *sui generis* é concebida,

pois o Estado, para ser mentor da ação social, pode capturar OSCIPs para o cumprimento de fins que realçam a prevalência do interesse privado em detrimento do interesse público.

2.6 O DEBATE SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DA OSCIP

Apresenta-se com grande desafio a reflexão sobre a natureza jurídica das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, pois localizar o espaço ocupado pela OSCIP, no conjunto institucional disciplinado pelo Direito Administrativo, é fundamental para decifrar, pelo menos em parte, o regime jurídico predominantemente público ou privado dessas organizações. Com tal ponderação concluída, podemos verificar que tipo de serviço será ofertado à sociedade e as implicações dessa prestação para as partes do triâmgulo: Estado, OSCIP, cidadão.

Nessa empreitada teórica, nosso ponto de partida é o discurso da reforma do Estado, que legitima as parcerias entre Poder Público e Terceiro Setor, observando as pontecialidades da esfera pública não estatal, espaço onde as OSCIPs estariam supostamente localizadas diante desse enredo, mas nos propomos, sobretudo, a verificar se a promessa tem condições de ser efetivada diante da regulação posta.

O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado dedica uma de suas seções para a descrição dos setores públicos e privados, tendo em vista a relativização de uma dicotomia teórica que atinge o direito administrativo de forma pontual no final do século XX, pois desde sempre o público estava no domínio do Estado e o privado no âmbito dos particulares.[188] Nessa perspectiva, não é mais possível ratificar o dogma de que a administração pública[189] se concentra na atuação do Estado.

---

[188] Diogo de Figueiredo Moreira Neto vislumbra as mudanças que evidenciam um novo "conceito de público: cada vez menos como algo inerente e próprio, quando não exclusivo do Estado – (...) – mas como um espaço decisório de um conjunto de interesses metaindividuais da sociedade compartilhado com o Estado, o que rompe um presumido monopólio estatal sobre inúmeras funções de interesses transindividuais, historicamente por ele absorvidas" MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno: legitimidade: finalidade: eficiência: resultados.** Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 113.

[189] A expressão "administração pública" está discriminada com letras minúsculas para que o seu significado seja entendido como conjunto de tarefas, funções ou atividades voltadas para o público em geral, diferentemente dos termos designados com letra maiúscula, que designam o conjunto de instituições, ou seja, entidades e órgão do Estado, ocupados em desenvolver funções administrativas da potestade.

É frequente a observação de funções administrativas típicas do Poder Público, sob a gerência de vários segmentos da iniciativa privada.[190] Nesse contexto, os reformadores fazem alusão ao surgimento de um segmento chamado de setor público não estatal, para referenciar o conjunto de instituições da iniciativa privada, cujos fins não se voltam para os objetivos econômicos típicos de mercado, dada sua finalidade pública, ou seja, a busca de concretização de atividades voltadas para o bem comum.[191]

A exposição documentada no projeto de reforma gerencial não está desprovida de contexto, pois essa referência é fundamental para justificar as razões que legitimam a transferência de serviços sociais, dantes prestados pelo Estado para o Terceiro Setor, representado, no plano diretor, pelo modelo das Organizações Sociais. Como as OSCIPs se inserem nesse grupo, tal justificativa envolve também sua atuação.

Não podemos deixar de concordar com a ruptura do dogma referido, há pouco, pois o plano diretor de nossa reforma gerencial não inaugura essa elucubração, na medida em que as transformações propostas se inserem numa agenda política ulterior àquela observada no hemisfério norte. Tanto é assim que os administrativistas do velho mundo referenciam conferências, publicações e outros instrumentos de discussão pública sobre o assunto, nos anos 1980.[192]

Vital Moreira descreve o papel da Administração Pública de seus administrados, enfrentando as mudanças ideológicas observadas no Estado desde o século XIX e observa que as versões liberal, totalitária e social do Estado sempre discriminaram o público e o privado, fazendo uma separação estanque entre Estado e particulares.[193]

---

[190] Maria Syvia Zanella Di Pietro evidencia a tendência pela parceria entre público e privado, com o arranjo de institutos remodelados pela Legislação, como a concessão de serviço público e nos instrumentos de gestão associada, relacionadas ao fomento do Terceiro Setor, vislumbrando a colaboração entre as partes se verifica tanto no âmbito social como no âmbito econômico. DI PIETRO, Maria Syvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas.** 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 33-34.

[191] BRASIL. **Plano diretor da Reforma do Aparelhamento do Estado**. Brasília: Presidência da República. Câmara da Reforma do Estado. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1995, p. 67

[192] MOREIRA, Vital. **Administração Autônoma e Associações Públicas.** Coimbra: Editora Coimbra, 1997, p. 23.

[193] A referência literal do texto de Vital Moreira é esclarecedora para a observação dessa fronteira entre Estado e particulares: "Na representação liberal o Estado detinha o monopólio do público e a administração pública era a administração estadual. Estabelecer a fronteira entre o Estado e a sociedade era o mesmo que estabelecer a divisória entre a administração pública e os particulares. A administração pública relevava do Estado. Os particulares eram *administrados*, não podiam ser administração nem compartilhar dela. A relação entre as esferas do Estado e da sociedade, do público e do privado, da Administração e dos particulares era claramente representada mediante uma <metáfora espacial> (Birkinshaw, Harden & Lewis, 1990:281), representando duas áreas separadas por uma fronteira. O crescimento da actividade do Estado, a ampliação da administração pública fizeram deslocar a fronteira; mas não levaram a alterar o paradigma. Podia variar a proporção relativa de cada área, não a idéia de

Mas esse mesmo jurista admite que o advento do Estado social marca uma fase de transição das fronteiras estanques entre o público e o privado, pois as organizações da sociedade civil começam a participar[194] da administração pública monopolizada pela historicamente monopolizada pelo Estado.

De fato, o desenho revelado na sociedade civil organizada em meados do século XX pode nos fornecer o embrião da abertura da porta que dantes separava o público do privado. Diante dessa premissa, podemos sugerir que a organização da sociedade civil para a participação política, numa perspectiva de maximização democrática, favorece a preparação do Terceiro Setor para o tempo em que a dicotomia é material ou formalmente quebrada.

Quando nos reportamos à ruptura da dicotomia, estamos referenciando o momento em que o Estado extingue seus monopólios e não só aceita, mas passa a buscar a iniciativa privada, como recurso para a gestão de parte de suas atribuições administrativas nas áreas de atuação próprias aos serviços econômicos e sociais.

No contexto específico de nosso estudo, observamos que a quebra do monopólio no âmbito dos serviços sociais se justifica, como há pouco expusemos, no surgimento de uma zona de interseção chamada de setor público não estatal, por isso precisamos primeiro observar se as OSCIPs estão inseridas nesse segmento, pois observar seus fins é construir um dos pilares para verificação de sua natureza jurídica.

A investigação é muito delicada, pois prensenciamos um discurso otimista dos entusiastas da reforma gerencial do Estado a evocar a força da sociedade civil organizada, o discurso reformista pode ser "uma operação semântica oficial," apontando para um suporte organizacional idealizado, onde "interesses, grupos, indivíduos, e

---

dicotomia e a de fronteira. Na versão liberal teríamos o Estado mínimo e a sociedade civil máxima; na versão do Estado totalitário, teríamos o Estado máximo e a sociedade civil mínima. Trata-se somente de dois extremos de um *continuum*, que no "Estado social" do capitalismo avançado fez aumentar substancialmente a esfera do Estado e da administração, sem com isso se aproximar da versão dos Estados totalitários protagonizada e pelos socialismos de Estado. As mudanças na fronteira eram por princípio de soma zero: o que era apropriado pelo Estado deixava de pertencer a sociedade; o que deixava de pertencer ao Estado era devolvido a sociedade." MOREIRA, Vital. **Administração Autônoma e Associações Públicas.** Coimbra: Editora Coimbra, 1997, p. 24.

[194] A participação da sociedade civil na administração pública precisa ser verificada num contexto específico, pois o fenômeno narrado por Vital Moreira só pode ser observado nos países que implantaram as ferramentas clássicas do modelo de bem-estar social, onde se ampliam os instrumentos democráticos para que a sociedade possa melhor controlar o Poder Público, no exercício das tarefas avantajadas do Estado de providência.

comunidades deveriam se organizar, autonomamente, para transferir sustentabilidade e recursos a políticas públicas.”[195]

Vital Moreira se refere à administração autônoma para designar a zona híbrida onde está o público não estatal, fazendo referência ao direito alemão para mostrar a realidade portuguesa no seguinte trecho, que transcrevo:

> Generalizando na Alemanha o conceito de administração indirecta, para designar toda a administração pública não realizada directamente pelo Estado, ele veio depois a ser adoptado pela doutrina de outros países, inclusive em Portugal. Mas, dentro e fora da Alemanha, ele não é isento de severas críticas, nomeadamente quanto à sua intenção de consumir o conceito de administração autônoma. A questão fundamental é a de saber se não existe uma diferença essencial, entre, por um lado, a administração indirecta levada a cabo pelo Estado através de entidades públicas propositadamente criadas e autonomizadas por ele e geridas por funcionários nomeados pelo governo e, por outro lado, a administração levada a cabo pelos próprios interessados, sob sua responsabilidade, mediante órgãos representativos eleitos, responsáveis perante a mesma colectividade de interessados.[196]

A dúvida plantada, no trecho acima, sobre a diferença substancial entre a atuação de organismos públicos e atores privados na gestão de propósitos de interesse público, é parte fundamental de nossa reflexão, pois partimos da premissa de que as organizações da sociedade civil de interesse público não integram a estrutura do Estado, já que as instituições da Administração Pública Direta e as da Indireta estão determinadas taxativamente pela Constituição Federal de 1988. [197]

2.6.1 **A posição paraestatal da OSCIP**

Partimos para a segunda hipótese de investigação, qual seja, o enquadramento das OSCIPs como entidades paraestatais, premissa frequentemente levantada pelos administrativistas brasileiros, na exposição dos instrumentos de descentralização

---

[195] NOGUEIRA, Marco Aurélio. **Um Estado para a Sociedade Civil: temas éticos e políticos da gestão democrática.** 2ª Ed. 2ª Reimpressão. São Paulo: Cortez, 2005, p. 59.

[196] MOREIRA, Vital. **Administração Autônoma e Associações Públicas.** Coimbra: Editora Coimbra, 1997, p. 28.

[197] A Constituição Federal de 1988 não condensa as instituições da Administração Pública Direta e Indireta na prescrição de um único dispositivo, mas o art. 37, XIX, define o núcleo das entidades da Administração Indireta. Apesar de não fazer menção a todas as instituições, em função da omissão quanto às agências, é possível supor que elas estão inseridas nesse rol, como espécies de autarquias devido a seu regime jurídico.

administrativa que permitem ao Estado atuar por meio de suas instituições ou se servir do apoio de terceiros.[198]

As entidades paraestatais são figuras jurídicas de identidade brasileira, inseridas numa zona de fronteira entre o setor público e o privado, mas fora da estrutura do Estado e distante dos demais organismos distintos da Administração Pública. Hely Lopes Meirelles é possivelmente o responsável pelo primeiro arranjo conceitual a dispor sobre uma esfera pública não estatal de interesses, ao definir instituições situadas numa linha perpendicular ao Estado, "dispostas paralelamente ao Estado, ao lado do Estado."[199]

As entidades paraestatais passaram a ser instituídas com a roupa de serviços sociais autônomos, também conhecidas como entidades do "sistema S," integradas pelo SESC, SENAC, SESI, SENAI, etc, criadas sob a égide da Constituição de 1946, para amparar o comécio e a insdústria, não só para impulsionar mecanismos de desenvolvimento produtivo desses setores, mas, sobretudo, para melhorar as condições de habitação, saúde, nutrição, higiene e lazer dos trabalhadores.[200]

As intituições mencionadas, criadas como pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos, pelas Confederações nacionais do Comércio e da Indústria, tinham sua fonte de recursos estabelecida pela União, que permitia, a tais instituições, a cobrança de contribuições sociais e/ou recebimento de dotação orçamentária.

Apesar de as entidades do sistema S desenvolverem serviços de utilidade pública, não é possível registrar aqui um sistema de colaboração, estrito entre Estado e Terceiro Setor, pois o Poder Público não submetia os serviços sociais autônomos a uma agenda pública específica de ações. Recentemente, uma nova regulação do papel desenpenhado pelas ONGs junto à Administração Pública sugere uma relação de cooperação entre público e privado, que não é da essência da regulação desse instituto nos anos 1940.

De fato, parece que parte dos administrativistas brasileiros tenta enquadrar as OSCIPs a um modelo teórico predesenhado pelo direito administrativo pátrio, num esforço capaz de registrar a aproximação parcial entre os serviços sociais autônomos e as

---

[198] Não se trata de uma premissa absoluta, pois enquanto Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Diógenes Gasparini, classificam a OSCIP como entidade paraestatal, Celso Antônio Bandeira de Melo, prefere se desfazer de possíveis emblemas teóricos, tratando das OSCIPs, num item dedicado a figuras jurídicas oriundas da Reforma do Estado. Nesse caso, a alternativa se constitui como uma ausência de classificação.

[199] MEIRELLES, Hely. **Direito Administrativo Brasileiro.** Atualizado por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balesteiro Aleixo e José Emmanuel Burle Fillho. 22º Ed. São Paulo: Malehiros, 2006, p. 381.

[200] A finalidade voltada para o interesse coletivo diverso daquele enfrentado pelas instituições da Administração Pública Indireta é matéria enfrentada por Hely Lopes Meirelles. MEIRELLES, Hely Lopes. **Autarquias e Entidades Paraestatais.** Revista de Direito Administrativo, Rio de janeiro, 68: 17-49, abr./jun., 1962, p. 33.

modalidades de parceria entre Estado e Terceiro Setor mais contemporâneas, mas tal proximidade tipológica não implica uma equivalência entre os modelos.[201]

Há vicissitudes de relevo das entidades paraestatais tradicionamente reconhecidas por nosso ordenamento que não são identificadas no regime jurídico da OSCIP e em sua relação de colaboração com o Estado. Em primeiro lugar, não é possível verificar um vínculo de efetiva parceria entre Poder Público e serviços sociais autônomos, pois as entidades do sistema S não se aliam à Administração Pública para desenvolver uma agenda pública comum.

Em segundo lugar, o sistema de fomento dos serviços sociais autônomos se verifica diante de um regime jurídico totalmente diverso daquele observado na Lei 9.790/99, pois esses entes recebem recursos[202] para o desenvolvimento de sua atividade-fim, com margem de autonomia semelhante àquela conferida às entidades da Administração Indireta, pois o fluxo contínuo de recursos não demanda o crivo direto do agente fomentador, que incentiva o fim, independentemente dos meios.

Em terceiro lugar, podemos observar que o Estado mantém o fomento das entidades paraestatais desvinculado de qualquer compromisso contratual, passível de fortalecer os interesses da Administração Pública. Nessa perspectiva, o Poder Público não determina o enfoque das ações realizadas pelo ente fomentado, nem pode julgar uma prestação de contas objetiva, que esclareça precisamente a produção de bens e serviços dirigidos à causa social fomentada.

Diante dessas ponderações, podemos supor que as OSCIPs se aproximam dos serviços sociais autônomos, porque são pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos que desenvolvem serviços sociais, em caráter complementar à prestação realizada pelo Estado, no exercício de suas funções administrativas próprias, mas dadas

---

[201] Fernando Facury Scaff divide as entidades paraestatais em duas categorias, pois as Organizações Sociais e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público paraestatais são entes do Terceiro Setor, que derivam de uma diretriz determinada pelo Plano Diretor da Reforma do Estado, enquanto os serviços sociais autônomos são instituições "que não possuem tipo societário definido em nenhuma norma, mas que se configuram como entes do terceiro setor". Os modelos não equivalentes, mas a personalidade jurídica de direito privado, a finalidade não-lucrativa e apoio de uma causa social marcam a identidade do conjunto. SCAFF, Fernando Facury. **Contrato de Gestão, Serviços Sociais Autônomos e Intervenção do Estado.** Revista de direito Administrativo, Rio de Janeiro, 225: 273-297, jul./set., 2001, p. 279-280.

[202] Otavio de Brito Lopes alerta para o volume de recursos públicos recebidos pelos serviços sociais autônomos, vislumbrando a falta de transparência no sistema de prestação de contas relativo ao emprego desses recursos, e, sobre a origem do dinheiro, registra: "As entidades do Sistema S são financiadas com recursos públicos derivados de contribuições parafiscais incidentes sobre a folha de pagamento das empresas em alíquotas diferenciadas, que variam de 0,3% a 2,5%, dependendo da entidade." As contribuições compulsórias recolhidas pelos empregados ao INSS, que faz o repasse no próprio mês da arrecadação por estimativa. LOPES, Otávio de Brito. **A Caixa-Preta do Sistema S.** Revista Jurídica Consulex, ano VII, nº 157, 31/07/2003, p. 16.

as diferenças substantivas de regime jurídico e, até mesmo, do mérito que serve de impulso para a atuação desses entes, não é possível registrar aqui uma modelagem teórica unívoca.[203]

As entidades qualificadas com base na Lei 9.790/99 podem estar localizadas numa zona de interseção entre o Estado e o mercado, mas mesmo que seja possível encontrar OSCIPs e serviços sociais autônomos no setor público não estatal, aclamado pelos mentores da reforma gerencial do Estado, ainda assim tais entes serão categorias independentes de uma região paralela ao Estado, sendo distintas na expressão de sua regulação mais estrita.

A alternativa teórica mais coerente, nesse caso, talvez seja fornecida por Celso Antônio Bandeira de Melo[204], que se exime de apontar uma classicação já categorizada pelo direito administrativo brasileiro, quando aponta as OSCIPs, simplesmente, como estruturas oriundas da reforma do Estado, independentemente de modelos pré-fabricados por nosso ordenamento jurídico.

Contudo, a discussão teórica levantada não está desprovida de significado, pois apontar uma natureza, passível de confirmar a essência institucional da OSCIP, enquanto ente parceira do Estado, é uma tarefa relevante para verificar o grau de descentralização administrativa das atividades assumidas pelo Terceiro Setor, e, com isso, observar a natureza jurídica da prestação de serviço fornecida por esses entes à sociedade.

2.6.2 **Reflexões sobre o possível desvio de finalidade**

Nesse ponto, vale registrar a existência de indícios consistentes de que entidades do Terceiro Setor, em parceria com o Estado, assumem a prestação de serviços públicos, sob o manto de um regime jurídico predominantemente de direito privado. Esse fenômeno se constitui como uma forma de privatização velada que acaba desnaturando as garantias do cidadão, detentor do direito público subjetivo à prestação.

---

[203] Com alusão às entidades do Terceiro Setor, tituladas de acordo com os certificados oriundos da reforma do Estado, é possível observar o seguinte registro: "Diferentemente das antigas paraestatais, o Terceiro Setor é 'gerado imediatamente por iniciativa de pessoas privadas e visa a atingir objetivos não necessariamente vinculados a determinada categoria profissional." ROTHFUCHS, João Vicente. Trabalho, Direito e Terceiro Setor. In: CARVALHO, Cristiano & PEIXOTO, Marcelo Magalhães (Coords.). **Aspectos Jurídicos do Terceiro Setor.** 2ª Ed. Revista e Ampliada. São Paulo: MP, 2008, p. 176.

[204] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 20ª Ed. Revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 206-225.

Isso acontece porque a fuga para o regime privado se estabelece numa perspectiva maquilada pelo Estado. Nessas circunstâncias, o Poder Público nega a presença do fenômeno privatização, defendendo a idéia de que o Estado está apenas publicizando a atuação das ONGs, sem se furtar de seus compromissos na manutenção do serviço público, nas condições peculiares de seu regime.

Nem sempre o discurso é sustentável, tanto é assim que a gestão de serviços públicos pode ser identificada na atuação de particulares, investidos de poderes públicos[205]. Decerto, um mecanismo velado de privatização que a corte administrativa da França reconheceu nos anos 1940, tendo em vista a adequação do regime jurídico da prestação, de acordo com a citação de Vital Moreira, nos seguintes termos:

> Mais uma vez na história do direito administrativo foi o Conselho de Estado francês a rasgar a nova perspectiva, abandonando o paradigma tradicional. No célebre caso *Monpeurt*, de 1942, a alta jurisdição administrativa gaulesa estabeleceu a doutrina de que os actos praticados por entidades particulares no exercício de missões de interesse público e com instrumentos de poder público conferidos por lei eram contenciosamente impugnáveis na jurisdição administrativa, independentemente de serem ou não praticados por entidades administrativas. A partir daí a administração deixava de ser monopólio da Administração pública, estabelecendo-se uma separação entre o conceito material e o conceito subjectivo e orgânico. Daí em diante os organismos criados ou formados por particulares também podiam ser titulares da actividade administrativa.[206]

A decisão do caso *Montepeurt* mostra a preocupação da corte francesa com a verificação da titularidade para a prestação do serviço público, com base material, considerando que o prestador de serviço público é o agente investido de poder para atuar em nome do Estado, mesmo que a delegação de competência não tenha sido formalizada, por isso o regime jurídico de direito público pode ser respeitado em circunstâncias nas quais a legislação não faz menção expressa a sua adoção.

No Brasil, a exegese mais estrita do princípio da legalidade nos coloca diante de um quadro diverso, pois a tendência da doutrina e da jurisprudência pátria nos revela argumentos contrários ao credenciamento das OSCIPs como prestadoras de serviço

---

[205] O aspecto atemporal da assunção de poderes públicos pelo particular é vislumbrada por Pedro Gonçalves, o que justifica a alusão à decisão de meados do século XX, que poderia ser editada nesse momento sem perder o contexto. “O fenómeno do exercício de poderes públicos por entidades privadas não é exclusivo do Estado de Garantia do nosso tempo. As suas inúmeras e conhecidas manifestações no passado levam-nos a concluir que não vamos analisar uma realidade jurídica nova ou sequer recente.” GONÇALVES, Pedro. **Entidades Privadas com Poderes Públicos.** Coimbra: Almedina, 2005, p. 24.

[206] MOREIRA, Vital. **Administração Autônoma e Associações Públicas.** Coimbra: Editora Coimbra, 1997, p. 44

público, mesmo que a tarefa material esteja sendo executada por entidade dessa natureza, já que a Constituição Federal de 1988 estabelece, no artigo 175, que a prestação de serviço público é tarefa executada pelo Estado, diretamente ou por particulares, mediante contrato de concessão ou permissão de serviço público.

É evidente que os termos de parceria não foram disciplinados como instrumentos de delegação de serviço público, mas em muitas circunstâncias a OSCIP acaba vinculada a projetos sociais de base na área de saúde, educação e assistência social, por isso a entidade do Terceiro Setor desenvolve tarefas que só poderiam ser conduzidas diretamente pelo Estado, ou por legítimos delegatários de serviço público, sob o manto de um regime jurídico inadequado.

Nessa perspectiva, fica ainda mais evidente que a OSCIP pode estar numa posição paraestatal, mas não se submete à regulação imposta aos serviços sociais autônomos, nem assume a posição de delegatária de serviço público. Por isso a entidade do Terceiro Setor sai da posição de organização social fomentada pelo Estado em função da desconstituição do fim alcançado pelo termo parceria, passando a atuar como uma empresa privada fornecedora de bens e serviços à Administração Pública, que materializa uma espécie de terceirização social de caráter ilegal.

Nessa perspectiva de terceirização social, a burla ao regime jurídico de direito público se verifica na descaracterização da natureza atribuída à atividade desenvolvida pela OSCIP, pois não se reconhece como serviço público propriamente dito a prestação executada pelo ente do Terceiro Setor, razão pela qual tal instituição, muita vezes investida de poderes públicos, atua de acordo com uma regulação equivocada.

2.6.3 **A fuga para o privado e a legalização do neopatrimonialismo**

O jogo de faz de conta na regulação das parcerias entre Estado e OSCIPs, via de regra, encobre uma forma de delegação de serviço público ilegal, que nos remete à perspectiva não menos ilegal da terceirização aludida. De fato, sob o crivo da legalidade não é razoável credenciar uma organização do Terceiro Setor como prestadora de serviço público, quando a lei não lhe confere tal prerrogativa.

Contudo na situação de fato registrada, observamos que a legislação serve como eixo de sustentação das promessas evasivas concernetes às parcerias entre o Poder Público e as OSCIPs, por isso a regulação da relação entre esses segmentos pode servir para afastar o Estado Democrático de Direito, assim anunciado constitucionamente, de

seu principal compromisso, qual seja a promoção de uma ordem baseada na social-democracia.

A raiz do problema continua sendo a evasão do fim da potestade na gestão da coisa pública, ou seja, uma administração desviada do interesse público vislumbra novas faces de captura do público pelo privado, que se evidenciam em todas as formas de expressão da fuga do regime jurídico de direito público na construção do direito administrativo.

Nesse caso, a regulação da amostra do fenômeno de contratualização na Administração Pública é apenas um dos focos de fuga para o direito privado, inseridos num ambiente onde a dispersão da essência do direito público provoca uma forma de privatização silenciosa e inusitada, pois o Estado não vende seu patrimônio, nem supõe deixar de titularizar os serviços públicos sob sua tutela, mas deixa suas portas abertas para a captura do setor privado.

O equipamento a serviço do fomento das OSCIPs potencializa riscos de favorecimento pessoal, malversação de recursos públicos e fraude no arranjo de montagem e de desenvolvimento do termo de parceria, mas parte das práticas, potencialmente lesivas ao interesse público, são encobertas pelo manto da legalidade, o que pode revelar uma espécie peculiar de refundação do patrimonialismo.

O patrimonialismo é o fundamento de impulso da administração pública anterior na tentativa de implantação do modelo racional legal de gestão, cujos fundamentos influenciaram a construção dos princípios do direito administrativo reconhecidos em todos os países, influenciados pela proposta de construção de uma burocracia estruturada nos ideais de supremacia do interesse público, indisponibilidade dos recursos públicos, primazia da legalidade, respeito à hierarquia e controle.

Por isso podemos supor que a evasão do regime jurídico de direito público construído com base nesses pilares implica uma tomada neopatrimonialista de direcionamento da administração pública, que se mantém formalmente vinculada aos antigos princípios de base weberiana, mas com uma moldura legal que não favorece sua efetividade.

Diante desse cenário, encontramos a fuga para o privado como desconstrução do material regime jurídico de direito público, pois todas as vigas erguidas no modelo de administração pública burocrática continuam registradas na base do direito administrativo, contudo, é possível que a descaracterização do alicerce comece a evidenciar suas nuances nos detalhes do edifício.

Os efeitos perversos desse impacto neopatrimonialista na administração pública são uma possibilidade que não pode ser descartada, pois partimos da premissa de que a Lei 9.790/99 pode servir como instrumento de legalização do neopatrimonialismo na regulação do termo de parceria, o que fragiliza o regime jurídico de direito público na oferta de ação social disponibilizada pela OSCIP, o que potencializaria a natureza privada dos serviços.

Não se trata aqui de defender a idéia de alteração da natureza jurídica do serviço social em sua dimensão formal, até porque boa parte das atividades desenvolvidas pelas OSCIPs se estabelecem em áreas de suporte, configurando-se mais como terceirização[207] do que como delegação de serviço público, mas a fuga para o privado pode desfavorecer as garantias do cidadão como titular do direito público subjetivo à prestação do serviço e, para completar o enredo, é possível que a blindagem legal do Estado contra a evasão dos recursos públicos, supostamente indisponíveis, seja parcialmente abalada.

[207] A terceirização, como apoio em atividades de suporte é válida, mas não deve caracterizar simples repasse de mão-de-obra, o que pode acontecer de acordo com a alusão feita por Tarso Cabral Violin às circunstâncias em que a parceria esconde a transferência de trabalhadores da OSCIP para uma organização pública. VIOLIN, Tarso Cabral. **Estado, Ordem Social e Privatização – as Terceirizações Ilícitas da Administração Pública por meio das Organizações Sociais, OSCIPs e demais Entidades do "Terceiro Setor."** Revista IOB de Direito Administrativo, ano III, nº 26, fevereiro de 2008, p. 23.

CAPÍTULO 3 - O TERMO DE PARCERIA

Nas premissas levantadas no estudo das OSCIPs, as indagações se voltam para a possível distorção do regime jurídico de direito público da engrenagem de articulação entre Estado e Terceiro Setor, por isso precisamos observar o formato de regulação do termo de parceria, pois o instrumento que viabiliza o vínculo dos atores nos fornecerá a fotografia mais nítida desse sistema de gestão dos serviços sociais.

O termo de parceria é um tipo de pacto previsto pela lei 9.790/99, que determina as condições de relacionamento entre o Poder Público e uma OSCIP, no que diz respeito ao desenvolvimento de um projeto social, cuja definição legal está prevista no art. 9º do diploma citado nos seguintes termos:

> Fica instituído o Termo de Parceria, assim considerado 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 fomento e a execução das atividades de interesse público previstas no artigo 3º desta Lei.

A norma citada não indica a natureza do vínculo constituído entre as partes pelo termo de parceria, mas tudo indica que estamos diante de um acordo bilateral de vontades, sob a forma de contrato, pois o elo descrito na citação não parece sugerir o impulso unilateral do Poder Público na determinação desse relacionamento.

Nesse sentido, vale destacar que a obtenção do título de OSCIP não implica necessariamente a formação de um vínculo entre o Estado e a instituição sem fins lucrativos titulada, pois o Ministério da Justifica outorga o certificado para as organizações que preenchem os requisitos dos arts. 3º e 4º da lei 9.790/99, independentemente de aderirem a uma relação jurídica com a potestade.

Por isso, pode-se observar que o elo entre Estado e OSCIP não decorre de um ato administrativo, ou seja, de uma manifestação de vontade unilateral do Estado vinculada à expedição do certificado emitido pelo agente público. Com a sedimentação desse raciocínio residual, podemos evocar a natureza contratual da ligação entre as partes, realçando a consensualidade como traço destacável do pacto, pois nem o Poder Público, nem as instituições tituladas do terceiro setor se obrigam a compartilhar seus interesses,

pois as partes têm autonomia para definir suas prioridades, sobretudo no que diz respeito à escolha de seus parceiros.[208]

O termo de parceria tem sua natureza contratual ratificada pelo art. 10 da Lei 9.790/99, pois esse dispositivo destaca a bilateralidade que marca a relação dos signatários, determinando que o pacto deve discriminar direitos, responsabilidades e obrigações das partes signatárias, estabelecendo cláusulas essenciais voltadas para a determinação do objeto, a especificação de metas, de resultados, a forma de avaliação de desempenho, o financiamento e a publicidade.

A formalização do contrato aludido coloca as OSCIPs diante de um recurso que pode ser considerado o elemento emblemático do título, pois o termo de parceria é instrumento contratual que não pode ser utilizado para pactos com organizações não governamentais desprovidas da certificação disciplinada pela lei 9.790/99.

No conceito extraído da legislação, percebemos o interesse do legislador em vislumbrar a natureza e a finalidade do vínculo entre as partes, pois, no trecho citado na abertura desta seção, é possível extrair que o Estado almeja um vínculo de "cooperação", tendo em vista o fomento e a execução de "atividades de interesse público previstas no art. 3º da Lei.

Na observação dos bastidores do processo legislativo, que antecede a aprovação da Lei 9.790/99, é possível perceber a idéia dos idealizadores do projeto no sentido de disciplinar condições para a gestão compartilhada de políticas públicas, pois o termo de parceria é apresentado como um instrumento de colaboração entre Estado e Terceiro Setor numa diversidade de objetos sociais aparentemente inesgotável para a formalização de um pacto, que se destacaria pela perfeição de seu regime jurídico.[209]

De fato, não podemos desvincular a norma de seu contexto, mas a ideia de união de forças merece uma reflexão mais depurada, pois, no perfil determinado pela Lei

---

[208] Essa autodeterminação fica evidenciada na forma como o Ministério do Desenvolvimento Social desenha o papel do Estado perante os serviços sociais de caráter assistencial, pois fica evidente a posição do Poder Público de responsável pela gestão das atividades, não só como mentor, mas também como gestor das políticas públicas nesse segmento. Por isso mais uma vez ratificamos a idéia de que o Terceiro Setor atua como um possível colaborador eventual no que diz respeito à prestação dos serviços, pois o Estado pode se valer das parcerias ou usar uma estrutura totalmente vinculada à Administração Pública. A consensualidade deve ser observada na reciprocidade das partes.

[209] A inesgotabilidade do objeto social pelos incisos do artigo 3º da Lei 9.790/99, que se referem às possíveis finalidades conduzidas pelas OSCIPs, referenciando atividades de uma abrangência considerável, como "combate a pobreza, desenvolvimento de direitos estabelecidos e promoção da ética." No que diz respeito à adequação do regime jurídico do termo de parceria, é possível referenciar alusão a sua regulação diferenciada, desde o prefácio da cartilha editada pelo Conselho da Comunidade Solidária para dar notícia do título de OSCIP, em FERRAREZZI, Elizabeth e REZENDE, Valéria. **OSCIP – Organização da sociedade civil de interesse público: a lei 9.790/99 como alternativa para o terceiro setor.** 2ª Ed. Brasília: Comunidade Solidária, 2002, p. 13.

9.790/99, os termos de parceria vestem uma roupa que os aproxima mais do contrato de gestão, previsto no § 8º do art. 37 da Constituição Federal e pela lei 9.637/98.[210]

No contrato de gestão, sobretudo aquele firmado pelas Organizações Sociais de acordo com a lei 9.637/98, o Estado estabelece o campo de atuação de uma instituição sem fins lucrativos, definindo as metas, a forma de avaliação e controle, pois a ideia de parceria está vinculada apenas à possibilidade de o Poder Público ter a possibilidade de fomentar, provisionando a prestadora de serviço de dotação orçamentária, recursos humanos e recursos materiais inerentes à execução das tarefas.

Mas o termo de parceria não se dispõe apenas à regulação de um elo de colaboração, pois a Lei 9.790/99 supõe que o pacto deve servir como instrumento de fomento, por isso o sistema de financiamento descrito no Decreto 3.100/99 propõe condições de aporte financeiro para a OSCIP, que nos remetem ao sistema de pagamento dos fornecedores contratados pela Administração Pública, de acordo com a Lei 8.666/93.

Quando fizemos alusão ao financiamento das OSCIPs, evidenciamos que o termo de parceria é uma porta aberta para a remuneração das instituições contratadas pelo Estado por meio desse instrumento, cujos recursos são recebidos por meio de empenho, nos moldes determinados para o pagamento dos contratos administrativos previstos pela Lei 8.666/93.

Nessa perspectiva, vislumbramos uma situação na qual as partes do contrato vão ter atribuições bem equidistantes, pois a lógica determinada para o funcionamento da parceria implica a seguinte equação contratual: a OSCIP realiza as atividades, e o Estado paga a conta da prestação.

De fato, o termo de parceria nos remete à disciplina dos contratos prescritos na Lei Geral de Licitações e Contratos Públicos, guardando muitas identidades no que tange à regulação dos contratos de gestão e até mesmo dos convênios que inspiram o marco regulatório do Terceiro Setor, mas antes de realizar qualquer empreendimento

[210] A previsão legal do contrato de gestão em normas distintas acaba por discriminar formas diversas de existência para o instrumento, pois a Constituição se reporta a um instrumento contratual que supostamente amplia a autonomia da Administração Pública Indireta, mas na realidade do direito brasileiro esses contratos acabam reduzindo a independência das autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, agências e fundações na medida em que traçam diretrizes específicas de atuação, delimitando o alcance específico de sua gestão. Na disciplina da Lei 9.637/98, o contrato de gestão assume novo significado, pois passa a figurar como instrumento que permite ao Estado definir os contornos da gestão de uma instituição que não pertence à Administração Pública, por isso a ideia central é colocar uma prestação de interesse público nas rédeas do setor público. Os termos de parceria se assemelham mais com o contrato de gestão previsto na Lei das Organizações Sociais.

teórico para definir, classificar e comparar esse objeto, precisamos observar o contexto mais geral onde o pacto está inserido, apenas como esboço de uma tendência do direito administrativo contemporâneo.

3.1 A CONTRATUALIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO TENDÊNCIA

O termo de parceria, como observamos, tem sua natureza contratual determinada pela relação comutativa das partes que se articulam para a realização de um objeto social, por isso observamos que o contrato, nesse caso, se constitui como veículo, instrumento, ou meio de realização de uma função administrativa do Estado.

No universo em que se encontra o termo de parceria, há muitos contratos firmados no interesse de impulsionar a gestão que o Poder Público precisa conduzir para a efetivação de funções indeclináveis do Estado, cujo potencial tem sido especialmente maximizado com as reformas estatais oriundas dos desdobramentos da crise que se apresenta na segunda metade do século XX.

O modelo clássico de administração pública pautado na gestão direta, hierarquizada e centralizada do Estado sugere a separação entre o público e o privado, determinando papéis bem equidistantes para o Poder Público, na qualidade de administrador do interesse coletivo e dos particulares que são administrados por esse gestor.

Mas as transformações daquele período incitam mudanças da performance administrativa para o Estado, que se vê obrigado a reestruturar o formato da gestão pública, com ajustes voltados para o funcionamento mais eficiente de suas instituições e a abertura para a colaboração de novos atores no encaminhamento dos negócios do Poder Público. [211]

Podemos observar que o contrato é um recurso que passa a servir o Estado de alternativas nas duas frentes aludidas, pois tal instrumento se utiliza tanto para melhorar

[211] Paulo Silva lista um conjunto de elementos que o Estado passa a utilizar, realçando os mecanismo tipo mercado, para mostrar a influência de instrumentos de gestão privada na Administração Pública, dentre os quais estão: 1) a empresarialização dos estabelecimentos e serviços públicos, sugerindo um formato empresarial de gestão para a Administração Pública; 2) o desenvolvimento de um mercado interno administrativo, para promover a comunicação e interligação das tarefas vinculadas ao setor público; e 3) a introdução de mecanismos de contratualização nas relações endo-administrativas. SILVA, Paulo. A introdução de mecanismos de contratualização no interior da Administração Pública. In: RIBEIRO, Cristina & LOURENÇO, Manuela. **O Controlo em Ambientes e Dimensões da Nova Gestão Pública.** Lisboa: Inspecção Geral de Finanças, 2006, p. 139.

o grau de auto-regulação da Administração Pública, como serve de apoio para a captura dos terceiros que vão colaborar na execução de suas funções administrativas.[212]

No que diz respeito à atuação de instituições privadas contratadas pelo setor público, é possível vislumbrar dois grandes seguimentos. O primeiro onde o Estado chama a instituição privada para dar suporte ao desenvolvimento de tarefas de mera gerência das instituições públicas, também chamadas de atividades-meio, porque não interferem na produção dos fins institucionais, o que ocorre por via de terceirização em setores de manutenção e apoio.[213]

Numa segunda perspectiva, apontamos a atuação de instituições privadas que trabalham fazendo as vezes do Poder Público, ou seja, atuando em regime de substituição, transferência ou delegação, o que ocorre quando o Estado firma contrato para concessão de serviço público, parceria público-privada, contrato de gestão com Organizações Sociais e termos de parceria com as OSCIPs.[214]

Nesse contexto, a contratualização da Administração Pública nos coloca diante de uma tendência identificada nas reformas estatais deflagradas no final do século XX, em que o contrato passa a ser o instrumento que coloca o Estado diante da possibilidade de se fazer substituir por terceiros na execução de diversas tarefas, sobretudo no que diz respeito à prestação do serviço público.[215]

---

[212] Observando a leitura de Paulo Silva, verificamos que o contrato tanto serve como recurso de reordenação interna da Administração, pois abre caminhos para otimização de instrumentos de controle decorrentes de relações bilaterais, supostamente mais eficientes do que aqueles que derivam da hierarquia, como também possibilita o fenômeno referenciado como "desintervenção" ou "*contracting out"*, pelo qual entidades públicas contratam entidades privadas para lhes prestar serviços. RIBEIRO, Cristina & LOURENÇO, Manuela. **O Controlo em Ambientes e Dimensões da Nova Gestão Pública.** Lisboa: Inspecção Geral de Finanças, 2006, p. 138-141.

[213] O sentido atribuído à terceirização, considerando a gestão estrita de atividades-meio da Administração Pública, leva em consideração a discussão de Maria Sylvia Zanella Di Pietro sobre a descaracterização do instituto, quando, a pretexto de terceirizar o Estado, transfere a particular a execução de atividade-fim de sua alçada. DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas.** 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 179.

[214] A Constituição Federal de 1988 se refere à prestação de serviço público delegado, vislumbrando, no art. 175, que o serviço público será prestado diretamente pela Administração Pública ou indiretamente pelos concessionários e permissionários, fazendo alusão estrita ao contrato que historicamente furta a cena da delegação de serviço público por razões de ordem histórica, mas talvez seja possível verificar os elementos da delegação de serviço público em outras modalidades contratuais, por isso referenciamos que o Estado pode se fazer presente por meio de particulares vinculados a diversas modalidades contratuais. Nesse sentido, partimos da premissa levantada por Gaspar Ariño na seguinte passagem: *"Hay que empezar por decir que el Estatuto jurídico del servicio público se ha construido históricamente sobre la forma contractual como técnica de gestión. Tanto la concesión, como más tarde, otras formas de gestión indirecta progresivamente creadas por los ordenamientos – arrendamiento, concierto, gestión interesada y empresa mixta – son contratos administrativos, con todas las peculiaridades que éstos encierran , de los que se derivan un conjunto, un haz de obligaciones y derechos para las partes."* ARIÑO, Gaspar. **Economia y Estado: Crisis y reforma del sector público**. Madrid: Marcial Pons, 2003, p. 316.

[215] Pedro Gonçalves, fazendo exposição sobre os contratos de delegação de funções ou serviço públicos e afins observa que, fora dos contratos de verdadeira colaboração entre as partes, o que se verifica é mesmo

O debate sobre o papel do contrato para a gestão pública na atualidade é rico, sobretudo pela falta de uniformidade no entendimento decorrente da resposta administrativa que esse recurso pode oferecer, pois não se discutem as razões que implicam a escolha do instrumento alçado por razões de ordem política, mas o que está em jogo, o seu mérito, ou seja, a possibilidade do alcance de seus fins.[216]

A tese de que o Estado não pode ser auto-suficiente, provisionando-se a si próprio de todos os bens, serviços e obras de que necessite, justifica o movimento do Poder Público em direção às utilidades e comodidades produzidas pelo setor privado para a alimentação da máquina administrativa, por isso a contratação de entes fora da organização pública para suprimento material da potestade é matéria pacífica, tanto que as discussões sobre a matéria evidenciam movimentos de uniformização e sistematização dos contratos públicos.[217]

Contudo, o contrato chega à posição de ferramenta de gestão integral no final do século XX[218], pois sua aplicação mais significativa deixa de ser o provisionamento dos órgãos e entidades do Estado, já que o instrumento contratual é uma chave que permite a Administração se fazer substituir de forma cada vez mais frequente por instituições privadas.[219]

---

um processo de substituição da Administração Pública pelo particular, "pois que o contratante particular se acha imcubido de actuar *em vez da Administração* na prossecução de fins instiucionais dessa. É por essa razão que essas formas de *contracting out* consubstanciam um instrumento de *privatização da Administração Pública."* Cf. GONÇALVES, Pedro. **O Contrato Administrativo: Uma instituição do direito administrativo do nosso tempo.** Coimbra: Almedina, 2003, p. 74.

[216] Não estamos sugerindo a existência de controvérsia relacionada aos fins políticos do contrato, pois o foco do debate de juristas e gestores públicos está na possibilidade de o regime jurídico de direito público ser preservado quando a formalização do pacto é o recurso de gestão escolhido. De um lado, está a supremacia do interesse público como pilar de proteção dos administrados atingidos pelo contrato, e, de outro, a indisponibilidade dos interesses da Administração na expectativa de que a gestão contratual cumpra padrão de economicidade adequado.

[217] A professora Maria João Estorninho dá notícia desse mecanismo de uniformização e sistematização no Direito Europeu, mostrando uma tendência determinada pela comunidade européia, tendo em vista a formação de um mercado europeu de fornecedores. ESTORNINHO, Maria João. **Direito Europeu dos Contratos Públicos: um olhar português.** Coimbra: Almedina, 2006, p 21-22.

[218] Essa alusão ao contrato como chave de gestão integral não é despropositada, pois contratando o setor privado, o Estado se supre de bens de serviço e obras necessários para a gestão de recursos humanos e materiais de suas instituições e pode deixar nas mãos da iniciativa privada o cumprimento das tarefas que a lei lhe impõe. O contrato não é só um instrumento que permite a relação do Estado com instituições privadas, pois as instituições públicas podem pactuar entre si para objetivar as condições de vinculação de seu relacionamento; é o que ocorre nos contratos de gestão fixados entre entidades da Administração Direta e Indireta, onde o contrato é uma ferramenta de auto-regulação da máquina do Estado e de regulação da ordem econômica e social conduzida pelo Poder Público. CHEVALLIER, Jacques. Synthèse. In: FORTIN, Yvonne (Dir.). **La Contratualisation dans le secteur public des pays industrialisés depuis 1980.** Paris: L'Harmattan, 1999, p. 400-4005.

[219] A relevância do contrato como ferramenta de gestão para o Estado é matéria frequentemente referida no direito administrativo anglo-saxão, o que podemos ilustrar referenciando Craig, na passagem que introduz capítulo exclusivamente dedicado a matéria, com a seguinte síntese: *"Contract is, however, of more general importance for governance, and will be the focus of the current chapter. There are two*

Essa explosão do Estado como ferramenta de substituição ocorre quando o Poder Público muda sua estratégia de intervenção na economia, quebrando monopólios e transferindo para o setor privado a exploração de serviços públicos econômicos, mediante contratos de concessão. [220]

Mas as margens do relacionamento contratual entre Estado e setor privado são redesenhadas quando o Poder Público aumenta o rol de situações nas quais a contratação do setor privado é a estratégia de gestão, o que se observa na prestação de serviços sociais e na área de infra-estrutura.

A diversificação dos segmentos onde a gestão pública se baseia no contrato de locação das forças do setor privado gera a multiplicação de regulamentos e logo eclodem as dúvidas sobre a possibilidade de o Estado manter um padrão de submissão das instituições privadas contratadas ao regime jurídico de direito público próprio à consecução das tarefas da Administração.[221]

A apreensão de contratar o setor privado não é, contudo, observada em todas as discussões sobre a matéria, principalmente na realidade de onde a lógica de atuação do setor privado sempre teve força frente ao Poder Público e onde os mecanismos de regulação, numa perspectiva de aperfeiçoamento considerável, servem como escudos da sociedade para a proteção do interesse público.[222]

---

different aspects to this topic. There is the general governmental strategy of contracting-out for services, rather than undertaking the task in-house. There are also concerning the making of such contracts, and the legal constraints imposed by domestic and EC law on the terms included therein." CRAIG, P. P. **Administrative Law.** 5ª Ed. London: Sweet & Maxwell, 2003, p. 123.

[220] O domínio econômico é uma das engrenagens fundamentais do novo estilo de gestão adotado pelos Estados, nos momentos de forte intervencionismo econômico, o que André de Laubadère chama de administração por meio de via contratual. LAUBADÈRE, André de et al. **Traité des contrats administratifs.** Volume 1. Paris: LGDJ, 1983, p. 20.

[221] Paulo Otero discute as possíveis distorções do regime jurídico de direito público, o uso de instrumentos privados de gestão capturado pelo Estado em título designado: "Privatização das formas organizativas de Administração Pública.", apontando o contrato como matriz organizacional indissociável da gestão pública e questionando o sentido das atividades supostamente publicizadas pelo Poder Público. OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade.** 1ª Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003, p. 304-312.

[222] Nicholas Henry discute as políticas de privatização, observando as diversas motivações para a contratação do setor privado, construindo um elenco de vantagens, observando que experiências empíricas mostraram pouca ou nenhuma objeção do público afetado pelos contratos, onde foi possível visualizar técnicas de gestão inovadoras, com a participação de profissionais com formação mais específica, abertura para a participação da sociedade na gestão e promoção do voluntariado. Segue o registro que serve como desfecho da exposição: *"The decision by polymakers to contract out the implementation of their policies to private entrepreneurs is, in short, at least as much a political decision as it is a managerial and financial one. As we discuss later in this chapter, political considerations also appear to play a prominent role in the decisions made by public officials to create government corporations for the delivery of public services. "* HENRY, Nicholas. **Public Administration and Public Affairs.** 6ª ed. New Jersey: Prentice Hall, 1995, p. 321.

Numa alusão aos instrumentos contratuais utilizados pelo Estado na articulação de políticas públicas, sabemos que o termo de parceria é um modelo dentre outros instrumentos disponíveis na legislação brasileira, e, para identificar o segmento onde se localiza tal contrato, vamos vislumbrar as possíveis estratégias utilizadas pelo Poder Público para executar suas tarefas por meio de terceiros.

O elenco de alternativas proposto por Paulo Silva não nos coloca diante das espécies disciplinadas por nosso ordenamento jurídico, pois o que vamos observar na lista abaixo é o conjunto de técnicas de gestão:

> - da contratação no exterior ("*contracting out*") – em que "o Estado recorre à prestação por entidades privadas de serviços ou actividades complementares ou instrumentais das suas tarefas públicas."
> - dos contratos de gestão – com que "o Estado transfere para uma entidade privada as operações de gestão e manutenção do estabelecimento ou serviço público já em funcionamento sem que aquela assuma o risco financeiro da operação, o qual continua a pertencer ao Estado."
> - dos contratos de concessão – "pelos quais o Estado confia a um terceiro, quase sempre uma entidade privada, durante um certo prazo, a prestação de um serviço público por sua conta e risco."
> - dos contratos de cooperação – " contratos de parceria entre entidades públicas e privadas, associando os particulares no desempenho de tarefas públicas o na gestão de serviços públicos."
> - ou ainda em outras formas de contratação associadas ao sentido jurídico do termo, que podemos encontrar na moderna Administração Pública.[223]

Os termos de parceria são frequentemente classificados como uma espécie de contrato de cooperação, pois a instituição privada contratada se volta para a realização de atividades sociais definidas em seus objetivos estatutários, por isso, ao concretizar as metas do contrato, tais entidades suprem o interesse do Estado, quando, em tese, estão cumprindo a finalidade para a qual foram constituídas.

Nesse contexto, a reciprocidade do interesse das partes, promovido pela execução do termo de parceria, sugere que o Estado e a OSCIP compartilharam objetivos comuns, por isso, nessa modalidade de pacto, seria possível observar uma convergência de interesses, objetivos ou fins entre os signatários.

A construção dessa premissa nos indica a necessidade de levantar aqui uma problemática teórica bastante difundida entre os publicistas brasileiros, adeptos de uma

---

[223] RIBEIRO, Cristina & LOURENÇO, Manuela. **O Controle em Ambientes e Dimensões da Nova Gestão Pública.** Lisboa: Inspecção Geral de Finanças, 2006, p. 140. MOREIRA, Vital & MARQUES, Maria Manuel L. **Desintervenção do Estado, privatização e regulação de serviços públicos.** Economia & Perspectiva, Vol II, nº 3/4, 1998, pp. 133 a 158.

noção conceitual estrita do contrato administrativo, que só se observaria nas hipóteses em que os pactuantes fossem observados conduzindo interesses divergentes.

Por isso o termo de parceria não poderia ser considerado um contrato administrativo propriamente dito, ou seja, o instrumento utilizado pelo Poder Público para articular a participação de OSCIPs na gestão de serviços sociais não estaria adstrito às normas estruturais que regem os contratos públicos.

Para defender essa tese, já vislumbramos que o Conselho da Comunidade Solidária prescreve o termo de parceria como pacto *sui generis*, pois tal pacto se assemelha aos convênios administrativos dada sua finalidade, o que justifica um tratamento jurídico diferenciado para esses pactos, no sentido de flexibilizar o regime jurídico de direito público aplicável aos contratos administrativos, de acordo com a Lei 8.666/93.

Antes de fazer qualquer juízo de valor conclusivo sobre a natureza jurídica dos termos de parceria, é necessário observar o possível paradigma que serve de referência para sua construção aos olhos da dogmática jurídica.

3.2 POSSÍVEIS PARADIGMAS PARA A CONSTRUÇÃO DOGMÁTICA DO TERMO DE PARCERIA

O termo de parceria é mesmo um recurso que desafia a experiências dos juristas na concepção de um raciocínio dedutivo capaz de elucidar sua matriz dogmática, pois a Lei 9.790/99 disciplina um instrumento voltado para vincular Estado e OSCIPs na condução de serviços sociais, cujas características desafiam os sistemas de classificação do direito administrativo.

Se o termo de parceria fosse um animal, provavelmente os biólogos especializados em taxometria estariam diante de um novo ornitorrinco, pois estamos nos referindo a um ser que possui características de mamífero, de réptil e de ave concomitantemente, tal qual o instrumento jurídico aludido, onde a formalização do ajuste entre Estado e terceiro setor pode ter natureza de convênio, de contrato ou de coisa alguma descrita pela doutrina administrativista brasileira.

A analogia lançada pode ser um tanto quanto confusa, a priori, mas decerto será mais esclarecedor para esta seção desprezar um critério de classificação taxativo, mesmo que seja possível observar um conjunto de correntes doutrinárias no direito

administrativo ora identificando o termo de parceria como convênio, ora sugerindo sua natureza contratual.[224]

A Associação Brasileira das ONGs, logo que a Lei 9.790/99 entrou em vigor, divulgou uma publicação que dispõe sobre a relação do termo de parceria – entre o contrato e o convênio, sugerindo o caráter *sui generis* do ajuste entre o Estado e as entidades do Terceiro Setor decorrentes da norma que já àquela altura despertava muitas dúvidas.[225]

A referência é muito válida para o esmiuçamento do ornitorrinco que nos serve de foco, se o interesse é identificar os caracteres do termo de parceria vinculados aos institutos jurídicos, onde é possível verificar alguma base matricial, por isso vamos eleger alguns critérios de observação para essa imersão, quais sejam:

a. O regime de seleção do ente privado e a polarização das partes, abstraindo a influência proveniente do convênio;
b. A essência do objeto pactuado e regime de execução do ajuste, vislumbrando os traços do contrato de gestão observados no termo de parceria;
c. A natureza do vínculo constituído entre o Estado e OSCIP, observando o caráter contratual da relação entre as partes, pois a relação entre as partes não decorre de manifestação de vontade unilateral do Estado.

3.2.1 **O convênio**

O convênio é um tipo de acordo em que entidades públicas podem firmar ajuste com outras entidades públicas ou com instituições privadas para a realização de

[224] Parcela significativa dos administrativistas brasileiros consideram que o contrato e o convênio são institutos de natureza jurídica diversa, pois os interesses capazes de mobilizar o vínculo entre as partes difere, posto que no convênio as partes supostamente comungam do mesmo propósito, enquanto no contrato os signatários encontram-se em posição antagônica, em função da divergência de seus interesses. A construção doutrinária não é fruto de uma criatividade despropositada, pois o art. 116 da Lei 8.666/93 – Lei Geral das Licitações e Contratos Públicos – dispõe sobre a aplicação subsidiária dessa norma aos convênios, desencadeando uma regulação específica para esses acordos de vontade no âmbito de cada entidade da Administração Direta do Estado. Esse entendimento é ratificado por Hely Lopes Meirelles, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Diógenes Gasparini, José dos Santos Carvalho Filho, Edmir Netto de Araújo, Francisco de Assis Alves, dentre outros. Mas como não é possível observar um consenso doutrinário, observamos a construção de teses que reconhecem, ao menos em parte, algum caráter contratual aos convênios a partir de apontamentos levantados por Marçal Justen Filho, Toshio Mukai, Silvio Luís Ferreira da Rocha e Odete Medauar.

[225] CICONELLO, Alexandre. **Relações com a administração Pública (contratos, convênios e termos de parceria).** Confira em http://www2.abong.org.br/final/caderno2.php?cdm=12148. Consulta em 10/07/2007.

objetivos que interessem a ambas as partes, sendo as partes vinculadas à execução de um plano de trabalho com direitos e deveres recíprocos, enquanto as mesmas estiverem interessadas em partilhar compromissos relacionados à sua execução.

Já mencionamos o fato de que a doutrina administrativa brasileira nega caráter contratual aos convênios devido a peculiaridades de seu disciplinamento legal, sobretudo no que diz respeito à convergência dos interesses da partes e à possibilidade da desconstituição do vínculo entre as partes por interesse de qualquer dos conveniados desprovido de ônus, caso o objeto do ajuste tenha sido regularmente executado até a denúncia do convênio.

Decerto os traços desse regime específico observados em sua regulação, que apresentaremos a seguir, poderão fornecer os elementos para a construção da interface entre convênio e termo de parceria, sobretudo quando observarmos a flexibilidade no que diz respeito à seleção, pelo Poder Público, das instituições privadas a formalizar tais ajustes.

Os convênios têm sua previsão constitucional disciplinada nos arts. 71, inciso VI, 199 §1º e 241 *caput*, com a nova redação dada pela Emenda Constitucional 19/98, mas os dispositivos mencionados tratam dos vínculos entre instituições públicas e entre estas e as organizações do setor privado, sem exaurir o rol das hipóteses em que o ajuste pode ser firmado.

A liberdade conferida a cada entidade com autonomia política decorrente do federalismo brasileiro enseja a liberdade da Administração Pública Direta de legislar sobre convênio, disciplinando normas gerais referentes a seu regime jurídico, sendo possível mencionar o destaque da legislação federal com o advento dos Decretos 93.872/86 e 5.504/05 e da Instrução Normativa da Secretaria do Tesouro Nacional n. 01/97.

O realce direcionado para a legislação federal decorre da perspectiva de auto-regulação da Administração Pública, nessa esfera da federação, desenvolver-se de forma mais dinâmica, o que, às vezes, provoca uma espécie de reedição das normas federais nos âmbitos estadual e municipal da máquina administrativa do Estado.

Na investigação dos atos administrativos normativos que disciplinam o convênio na dimensão do governo federal, pudemos observar que, entre 1986 e 2005, o legislador dá um grande salto na regulação do instituto, pois o Decreto 93.872/86 disciplina a formalização, a execução e o controle desses ajustes com uma margem de abstração considerável.

Talvez as arestas da lei tenham colaborado para as distorções[226], frequentemente noticiadas no que diz respeito aos convênios firmados entre Poder Públicos e instituições privadas, pois, apesar de a norma supramencionada estabelecer que a divergência do interesse dos partícipes implica a realização de contrato[227], não se verifica nesse regulamento a previsão de instrumentos suficientes para que o Estado mantenha a tutela do interesse público.

Os principais distúrbios relacionados com a edição dos convênios ocorrem quando esses são firmados com organizações privadas, que acabam capturando recursos públicos para a concretização de seus estritos interesses, sobretudo quando o convênio é apenas o disfarce de um contrato administrativo suprimido no interesse de fugir ao rigor da Lei 8.666/93.

Mas, com o advento da legislação mais recente, parece que o governo federal propõe a armação de um cerco contra a "prostituição" do convênio, pois a Instrução Normativa n. 01/97 da Secretaria do Tesouro Nacional provavelmente se inspirou na Lei 8.666/93 para a lapidação de um regime de rigor contratual para o instituto, e o Decreto 5.504/05 passa a determinar a obrigatoriedade de licitação nos convênios vinculados a repasse de recursos do governo federal a instituições privadas.

Vale a pena apontar alguns ganchos que a instrução normativa aludida prescreve para os convênios federais:

a. O repasse de recursos públicos federais para instituição privada conveniada ao Poder Público depende de previsão na Lei de Diretrizes Orçamentárias;
b. O objeto do convênio pode se referir à prestação de serviço público e execução de obra pública;
c. O repasse de recursos públicos, cujo valor ultrapasse o limite disposto na alínea "a", inciso II, do *caput* do art. 23 da Lei 8.666/93, pode ensejar a elaboração de projeto básico simplificado;

---

[226] A principal distorção relacionada à adoção dos convênios pelo Poder Público reside na substituição do contrato administrativo pelo convênio, o que frequentemente se revela como prática voltada à burla ao dever de licitar, o que Tarso Cabral Violin chama de fuga do procedimento licitatório, mencionando a possibilidade de a lesão ao direito ser evitada com a aplicabilidade do art. 38 da Lei 8.666/93, o qual dispõe sobre a necessária apreciação prévia das minutas de convênio por assessoria jurídica da Administração. Cf. VIOLIN, Tarso Cabral. **As parcerias do "terceiro setor" com a Administração Pública.** Fórum Administrativo de Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 6, n. 70, p. 8219-8362, dez. 2006, p. 8232.

[227] § 1º do art. 48 do Decreto 93.872/86: "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 a contraprestação correspondente, ou seja, o preço, o acordo ou ajuste constitui contrato."

d. A instituição conveniada ao Poder Público deverá observar os prazos determinados pelo concedente do convênio, mantendo-se este na condição de tutor do ajuste, responsável pelo planejamento nos padrões determinados pelo cronograma de trabalho;
e. A previsão de registro cadastral das instituições privadas interessadas em firmar convênio com o Poder Público, com a definição de quesitos de habilitação jurídica, técnica e fiscal;
f. A formalização do convênio com a documentação e arquivamento determinados pela Lei Geral de Licitações e Contratos, sendo vedado o ajuste verbal;
g. A obrigação da entidade pública concedente do convênio de prorrogar o prazo de execução das obrigações da conveniada em caso de atraso no repasso dos recursos previstos para a execução do convênio.
h. A denúncia do convênio pode ser feita por ambas as partes a qualquer tempo, encerrando o ajuste, mas a conveniada precisa comprovar o cumprimento regular das suas obrigações até o momento da denúncia;
i. O Plano de Trabalho do convênio deve ser obrigatoriamente cadastrado no SIAF – Sistema Integrado da Administração Financeira do Governo Federal;
j. As disposições sobre publicação, alteração, execução e fiscalização do convênio indicam a inspiração da Lei 8.666/93;
k. A entidade conveniada pelo Poder Público estará obrigada a licitar preferencialmente nos moldes do pregão eletrônico, quando os recursos públicos transferidos em função do convênio, forem utilizados para execução de despesas vinculadas a contrato de aquisição de bens e serviços;
l. A instituição privada conveniada pelo Poder Público será obrigada a prestar contas com a apresentação de relatório de execução de despesas, justificando os recursos públicos recebidos;
m. A rescisão do convênio decorrente de inadimplência da entidade privada conveniada enseja a abertura de processo administrativo, via Tomada de Contas Especial, que pode ensejar gravame a mesma, caso persista o descumprimento das suas obrigações.

Apesar do destaque dos pontos de amarração que subordinam os convênios, a rigor praticamente idêntico àquele imposto em relação aos contratos administrativos, não

podemos deixar de vislumbrar que a sucumbência da organização privada ao ajuste não segue o rigor da Lei 8.666/93, pois a possibilidade de denúncia do convênio a qualquer tempo se perfaz como uma forma de rescisão unilateral do ajuste não permitida nos contratos firmados de acordo com o regime do art. 58 da norma citada.

Além disso, vale realçar que as consequências da Tomada Especial de Contas do art. 37 da Instrução Normativa STN 01/97, decorrente do inadimplemento do convênio, nem de longe alcançam o gravame imposto pelos artigos 80 e 87 da Lei 8.666/93, ao dispor dos desdobramentos decorrentes do descumprimento das obrigações do particular contratado pelo Estado.

As dessemelhanças entre convênios e contratos administrativos não desnaturam o enrijecimento da norma, e essa tendência que se observa no aumento do rigor relativo à constituição dos convênios certamente afeta de forma positiva a regulação dos termos de parceria, pois a legislação, quando se refere às formas de ajuste não disciplinadas pela Lei 8.666/93, parece alocar esses acordos num mesmo conjunto, observando que se trata de instrumentos congêneres.[228]

A expressão "congênere" não implica a observação de uma identidade intrínseca entre convênio e termo de parceria, mas há dois pontos onde a similitude pode ser apontada, qual seja: na forma de seleção da instituição privada vinculada ao ajuste e na polarização dos interesses dos partícipes.

Apesar de reconhecermos que uma situação de colaboração entre setor público e privado não enseja necessariamente a disponibilização de recursos do erário, sabemos que o convênio quase sempre implica a mobilização de dinheiro público para instituição privada conveniada ao Poder Público, mesmo que a relação entre as partes não sugira a configuração de uma contrapartida.

De fato, pela suposta constituição de um vínculo de mútuo auxílio, o Estado pode direcionar recursos diversos, dispondo de pessoal, bens e dinheiro para provisionar a

[228] No artigo primeiro do Decreto 5.504/05, a alusão aos instrumentos congêneres ao convênio é suprida pela menção no caput ao consórcio administrativo e pela aplicação aos contratos de gestão e termos de parceria, de acordo com seu parágrafo quinto, nos seguintes termos: "Art. 1º Os instrumentos de formalização, renovação ou aditamento de convênios, instrumentos congêneres ou de consórcios públicos que envolvam repasse voluntário de recursos públicos da União deverão conter cláusula que determine que as obras, compras, serviços e alienações a serem realizadas por entes públicos ou privados, com os recursos ou bens repassados voluntariamente pela União, sejam contratadas mediante processo de licitação pública, de acordo com o estabelecido na legislação federal pertinente." (...) § 5º Aplica-se o disposto neste artigo às entidades qualificadas como Organizações Sociais, na forma da Lei no 9.637, de 15 de maio de 1998, e às entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, na forma da Lei no 9.790, de 23 de março de 1999, relativamente aos recursos por elas administrados oriundos de repasses da União, em face dos respectivos contratos de gestão ou termos de parceria.

entidade privada conveniada, que, devido à natureza do ajuste, seria fomentada pela potestade, por isso os investimentos seriam recebidos a título de incentivo, descaracterizando a contraprestação contratual.[229]

Independentemente da natureza dos recursos recebidos pelo ente privado conveniado, seja o caráter de fomento ou de contrapartida, o que importa registrar é o debate sobre a possível burla aos princípios da moralidade e da impessoalidade decorrentes desse provisionamento, por isso o Decreto 5.504/05 parece apaziguar uma questão bastante controversa ao dispor sobre a obrigatoriedade de licitação nos convênios onde se verificam transferências de recursos do governo federal.[230]

Da mesma forma, a escolha pela entidade qualificada como OSCIP para a realização de engajamento entre Poder Público e Terceiro Setor, na realização de atividades sociais, parece ter sido reforçada pela constituição de um vínculo, via termo de parceria, que, a priori, também não implicava a seleção da instituição privada por meio de licitação pública.[231]

Mas, em prescrição disposta no Decreto 5.504/05, o rigor alinhavado para os convênios é estendido aos termos de parceria a serem firmados entre o Estado e as

---

[229] Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, quando o convênio é firmado entre Poder Público e instituição privada, verifica-se uma forma típica de fomento, onde o Estado apenas incentiva o particular que desempenha uma atividade benéfica para a sociedade, observando, dentre os instrumentos de estímulo ao setor privado, os seguintes: "auxílios financeiros, subvenções, financiamentos, favores fiscais, desapropriação por interesse social em favor de entidades privadas sem fins lucrativos" DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública.** 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2002, p.192

[230] Art. 1º Os instrumentos de formalização, renovação ou aditamento de convênios, instrumentos congêneres ou de consórcios públicos que envolvam repasse voluntário de recursos públicos da União deverão conter cláusula que determine que obras, compras, serviços e alienações a serem realizadas por entes públicos ou privados, com os recursos ou bens repassados voluntariamente pela União, sejam contratados mediante processo de licitação pública, de acordo com o estabelecido na legislação federal pertinente. (...)§ 1º Nas licitações realizadas com a utilização de recursos repassados nos termos do caput, para aquisição de bens e serviços comuns, será obrigatório o emprego da modalidade pregão, nos termos da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e do regulamento previsto no Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005, sendo preferencial a utilização de sua forma eletrônica, de acordo com cronograma a ser definido em instrução complementar.

[231] Maria Nazaré Lins Barbosa dispõe sobre a necessidade de a Lei 8.666/93 prescrever expressamente mais uma hipótese de dispensa de licitação para a celebração de termo de parceria com OSCIPs, ressaltando ser tal medida necessária para evitar o "inconveniente" relativo à interpretação da obrigatoriedade do concurso de projetos previsto no Decreto 3.100/99, que dispõe sobre essa forma de seleção num dispositivo de teor discricionário. Cf. BARBOSA, Maria Nazaré Lins. Os termos de parceria como alternativas aos convênios: aspectos jurídicos. In: SZAZI, Eduardo. **Terceiro Setor: regulação no Brasil.** 2ª Ed. São Paulo: Peirópolis, 2001, p. 30. A dispensa da licitação, mesmo via concurso de projetos, é defendida com mais suavidade por Fernando Borges Mânica e Gustavo Henrique Justino de Oliveira, que defendem a realização da seleção prevista no Decreto 3.100/99 em caráter não obrigatório, depondo a favor da discricionariedade. Cf. OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de; MÂNICA, Fernando Borges. **Organizações da sociedade civil de interesse público: termo de parceria e licitação.** Fórum Administrativo de Direito Público, Belo Horizonte, ano 5, n.49, p. 5209-5351, mar. 2005, p.5235.

OSCIPs, que determina a obrigatoriedade de licitação quando o ajuste mobilizar recursos a serem repassados pelos cofres da União.[232]

A identidade entre convênios e termos de parceria fica bem registrada no que diz respeito à exigência de seleção pública para a escolha de entidade privada a constituir acordo com o Estado, mas a semelhança também se estende à finalidade do ajuste, que, em tese, marca a constituição de um vínculo de colaboração, por isso Estado e particular estariam num mesmo polo de interesses no que diz respeito à concretização do objeto, tanto do convênio como do termo de parceria.

3.2.2 **O contrato de gestão**

A natureza híbrida do termo de parceria vislumbra sua identidade com outras formas de pacto passíveis de serem alçadas pelo Estado, dentre as quais verificamos a figura do contrato de gestão, com inspiração no contrato de programa disciplinado pelo direito francês, cujo destaque recai sobre a inauguração de uma fase de contratualização das relações entre organizações públicas e posteriormente entre estas e o setor privado.

Inicialmente, os contratos de programa, disciplinados pelo direito francês, marcam a concepção de um novo sistema de vinculação entre instituições públicas, sobretudo aqueles de caráter autônomo, que passam a se submeter a diretrizes de controle administrativo mais rígidas, com redução de autonomia e priorização de metas determinadas pelos centros de planejamento estratégico do governo.

Tradicionalmente, de acordo com o modelo racional legal weberiano, a viga mestra da Administração Pública é a hierarquia que interfere no escalonamento das instituições e das carreiras no serviço público criando elos de controle entre órgãos e

---

[232] Rreferindo-se à aplicação do disposto na nota que inicia o rodapé, vejamos o disposto no § 5º do art. 1º do Decreto 5.504/05: "Aplica-se o disposto neste artigo às entidades qualificadas como Organizações Sociais, na forma da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, e às entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, na forma da Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999, relativamente aos recursos por elas administrados oriundos de repasses da União, em face dos respectivos contratos de gestão ou termos de parceria." Em momento anterior à publicação dessa norma, é importante registrar que a realização de licitação para a seleção de OSCIPs, tendo em vista que a assinatura de termo de parceria já foi considerada como um entrave inconcebível, pois Augusto Franco realça que, para a realização desse tipo de ajuste, o Estado incorrer na prática de "inadequações" relativas ao processo concorrencial descrito na Lei 8.666/93, bem como dispensar as "inconveniências" relativas à regulação dos convênios, disposta na Instrução Normativa 01/97. FRANCO, Agusto de. Prefácio. In: FERRAREZI, Elisabeth & REZENDE, Valéria. **OSCIP – Organização do Sociedade Civil de Interesse Público: a Lei 9.790/99 como alternativa para o terceiro setor.** Brasília: Comunidade Solidária, 2002, p. 16.

agentes, mas o registro dos distúrbios dos mecanismos de correção decorrentes desses vínculos é matéria de conhecimento geral incontestável.[233]

Durante o século XX, a organização das formas de administração autônomas já levanta indícios das falhas do sistema de controle hierárquico, mas a autonomia concedida aos gestores públicos, responsáveis pelo cumprimento dos objetivos estatutários das instituições classicamente revestidas da forma de autarquia, não se perfaz suficiente para a gestão eficiente da coisa pública, na medida em que as adversidades decorrentes da aplicação irregular de recursos públicos começam a se revelar de forma recorrente.

A utilização dos contratos como ferramenta de organização das estruturas da Administração Pública tomam corpo como uma espécie de meio-termo entre o controle hierárquico clássico e o já desacreditado controle finalístico, por isso o contrato de gestão parece sugerir uma alternativa para o equilíbrio, constituindo-se como um protocolo de intenções de vincular duas instituições a um sistema de colaboração e compromisso com a realização de uma atividade pública lançada por metas objetivas.

Contudo, o contrato de gestão pode ser reconhecido com outra configuração, na França, quando o Estado passa a celebrar os ajustes assim intitulados com instituições privadas de finalidade lucrativa ou não, o que nos remete à observação, nesse caso, de um importante instrumento de intervenção social e econômica.

Nessa perspectiva, verificamos que o Poder Público pode celebrar contrato de gestão com uma instituição privada sem fins lucrativos, comprometendo-se a lhe prestar auxílios específicos quando do cumprimento de metas acordadas entre as partes relativas à realização de um empreendimento social, como também, pode o ajuste ser firmado

---

[233] Alejandro Nieto consegue sintetizar os aspectos que depreciam a hierarquia como fonte de organização e correção interna das instituições públicas ao realçar que a impunidade frequente observada nos processos de responsabilização dos agentes públicos acaba por estabelecer um sistema de controle de fachada. O recorte do texto evidencia com muita clareza a idéia que suscitamos, por isso a referência literal: *"Los funcionários que no cumplen sus deberes están sujetos a una responsabilidad disciplinaria que ejercen su superiores. La experiencia y la estadística demuestran, no obstante, que la amenaza del castigo es remotísima y que sólo se disciplina por razones que nada tienen que ver con la infracción, ordinariamente por represalias. (...) Las inspecciones de servicios no suelen funcionar, dado que sus informes son archivados sistemáticamente cuando no agradan a los superiores y es explicable que, en consecuencia, los inspectores, conscientes de la inutilidad de sus esfuerzos, se limiten a realizar actividades rutinarias que no compremetan a nadie. Salvo, naturalmente que se les haya ordenado realizar una inspección a fondo como represalia a algo que no tenga la menor relación con el servicio."* NIETO, Alejandro. **La "nueva" organización del desgobierno.** Barcelona: Ariel, 1997, p. 206-207.

com entidades do mercado, que passam por dificuldades, tendo em vista sua recuperação.[234]

Podemos registrar que o contrato de gestão, em meados do século XX, já estava com sua construção elaborada pelo direito francês, sendo possível, então, observá-lo em dois campos de atuação do Poder Público, ora como ferramenta de controle de instituições públicas autônomas, ora como fonte de fomento do setor privado, que inclui o auxílio de entidades do Segundo Setor, onde está o mercado, e do Terceiro Setor, onde estão as instituições sem fins lucrativos.[235]

A influência do direito francês não pode ser negada na concepção do contrato de gestão no Brasil, mas não podemos registrar aqui uma situação de importação estrita do recurso, pois esse tipo de pacto apresentará um delineamento jurídico *sui generis,* mesmo quando servir para disciplinar as relações entre instituições públicas, sendo possível apontar dessemelhanças mais significativas quando o ajuste for celebrado com instituição privada.

O contrato de gestão é trazido para o direito brasileiro primeiro pela infraconstitucional, chegando à nossa Constituição após sete anos de questionamentos quanto a sua constitucionalidade. As primeiras normas a disciplinar o instituto nascem durante o governo de Fernando Collor de Melo, quando ainda não havia qualquer projeto de reforma gerencial no Brasil, em 1991.

A Lei 8.246/91 e o Decreto 137/91 são editados com o propósito de inserir o contrato de gestão nas relações entre o governo federal e empresas estatais, ou seja, pessoas jurídicas de direito privado inseridas no âmbito da Administração Pública Indireta, sendo a Companhia Vale do Rio Doce e a Petrobrás pioneiras na deflagração desse instrumento de relacionamento.

Fato curioso é perceber que o direito francês disciplina o contrato de gestão entre instituições públicas para melhorar a amarração do controle dos núcleos de planejamento do governo, enquanto o direito brasileiro parece caminhar na contramão

---

[234] É possível apontar o contrato de gestão entre Poder Público e setor privado, na França, servindo como instrumento de intervenção com viés típico de direito econômico, pois, segundo André de Laubadère, tais contratos, nesse contexto "não têm por objetivo alcançar prestações para o Estado, mas realizar a política de intervencionismo concebida e decidida pelo Estado. São instrumentos de realização dessa política." LAUBADÈRE, André de. **Direito Público Econômico.** Coimbra: Almedina, 1985, p. 423.

[235] Marcelo de Matos Ramos se remete às experiências de contratualização nos âmbitos nacional e internacional, vislumbrando, nos anos 1960, a assinatura do primeiro pacto com as caracteríticas de um contrato de gestão, qual seja o contrato programa, na França. RAMOS, Marcelo de Matos. **Contratos de Gestão: instrumentos de ligação entre os setores do aparelho do Estado.** Revista de Serviço Público, ano 48, número 2, mai.-ago./1997, p.84-85.

da história, sugerindo que tais contratos permitiram o aumento da autonomia das instituições com as quais o governo vier a se relacionar.[236]

Como se não bastasse o direcionamento estabelecido pela legislação infraconstitucional, vem a EC 19/98 inserir o contrato de gestão no texto do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, mantendo a entonação das normas anteriores, mesmo considerando que o plano diretor da reforma que inspira a emenda sugere a necessidade de um controle mais expressivo das entidades da Administração Indireta do setor de serviços exclusivos do Estado.

O contrato de gestão entre instituições públicas não é fonte capaz de nos fornecer elementos identificadores do termo de parceria, o que supostamente se verifica na observação de tais contratos, quando são firmados entre o Estado e instituições privadas, de acordo com os termos da Lei 9.637/98.

As únicas instituições privadas que podem firmar contrato de gestão com o Estado, nos moldes do direito administrativo brasileiro, são as Organizações Sociais, assim denominadas as pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos que recebem, dos órgãos de cúpula da Administração Pública Direta, tal qualificação, tendo em vista a realização desse pacto, que lhes impõe a execução de atividades sociais específicas, exercendo o Poder Público papel de patrocinador, gerente e fiscal do ente do Terceiro Setor.

A Lei 9.637/98 autoriza o Poder Público a fomentar as Organizações Sociais com o repasse de recursos financeiros, bem como a cessão de bens e servidores públicos, de forma prévia à execução do contrato de gestão, no interesse de garantir seu suporte, o que fica evidente na estratégia de extinção da entidade pública anteriormente responsável pela administração das tarefas transferidas para a instituição privada em tela.

---

[236] Tarso Cabral Rivolin cita a crítica que a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro faz à falta de reflexão relacionada à incorporação do instituto disciplinado pelo direito estrangeiro ao nosso ordenamento jurídico, confirmando a perspectiva de ampliação da autonomia das entidades com as quais o Estado celebra o pacto, observando que o Decreto 137/91: "liberava as empresas estatais de alguns controles prévios e fazia a primeira menção ao contrato de gestão." VIOLIN, Tarso Cabral. **As parcerias do "terceiro setor" com a Administração Pública.** Fórum Administrativo de Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 6, n. 70, p. 8219-8362, dez. 2006, p. 8238. No mesmo sentido, Fernando Facury Scaff depõe sobre o sentido da legislação infraconstitucional, que regula o contrato de gestão, na seguinte síntese: "Por tudo isso, o regime do contrato de gestão instaurado pela Lei 8.246/91 visou, em primeiro lugar, a restabelecer amplitude razoável de liberdade administrativa para o responsável gerir recursos públicos que lhe são confiados, para que possa executar as atividades que deverão ser desenvolvidas, com vistas a atingir os objetivos de interesse coletivo, fixados na programação submetida à aprovação dos ministérios competentes, juntamente com o plano orçamentário." SCAFF, Fernando Facury. **Contrato de Gestão, Serviços Sociais Autônomos e Intervenção do Estado.** Revista de Direito Administrativo, Rio de janeiro, 225:273-297, jul/set. 2001, p. 285.

A legislação supracitada não vincula a qualificação de uma Organização Social à extinção de uma instituição pública, mas quase sempre, na prática, o mecanismo sugerido pela norma para o Laboratório Nacional Luz Síncroton e para a Fundação Roquete Pinto acaba por se efetivar em larga escala, por isso os bens e servidores cedidos geralmente integravam o ente público extinto, e os recursos repassados podem ser, no todo ou em parte, aqueles que proviam os cofres dessa instituição.[237]

De acordo com os dados apontados, logo se vê que o contrato de gestão firmado entre o Estado e as Organizações Sociais, nos moldes da legislação brasileira, não se assemelha ao instrumento de intervenção social e econômica disciplinado pelo direito francês, pois o pacto firmado entre Poder Público e as instituições privadas sem fins lucrativos, tituladas pela Lei 9.637/98, não passa de uma estratégia de privatização que em nada lembra o mecanismo de fomento concebido na França.[238]

Mesmo considerando que os contratos de gestão celebrados com as Organizações Sociais possibilitam a realização de forma de privatização, não podemos negar suas semelhanças com os termos de parceria, pois a Lei 9.790/99 dispõe que o objeto do ajuste também é uma atividade social, sendo o Estado novamente chamado a assumir o papel de fiscal.

O objeto do contrato de gestão e do termo de parceria se identificam, porque ambos se referem à realização de um empreendimento social, mesmo que, a priori, seja possível observar um maior detalhamento dos fins que poderão ser alcançados pelo termo de parceria, dada a amplitude de objetivos passíveis a serem desenvolvidos pelas Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público. [239]

---

[237] Nas disposições prescritas nos arts 21 a 23 da Lei 9.637/98, é possível observar uma espécie de projeto piloto da operação típica de substituição de entidades da Administração Pública por instituições, determinando a extinção das instituições públicas aludidas e qualificação de Organizações Sociais voltadas para a absorção de suas competências, que passam a utilizar os recursos públicos dantes vinculados à estrutura do Estado, no que se destaca a cessão de servidores e bens públicos e o repasse de recursos financeiros do erário.

[238] Em outra oportunidade, já realçamos o sentido da privatização que se realiza em decorrência da qualificação de uma Organização Social que absorve as atribuições de uma instituição pública extinta. Nesse caso, fica destacada a mudança da natureza jurídica do regime de execução da atividade desenvolvida preliminarmente pelo ente público, pois a assunção de suas competências pela OS enseja a aplicação de normas de direito privado, principalmente, na gestão de recursos humanos e materiais da instituição sem fins lucrativos. NÓBREGA, Theresa Christine de Albuquerque. **As Organizações Sociais: Uma Tentativa de Mudança do Paradigma de Gestão Pública Social no Brasil.** Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, sob a orientação do Professor Doutor Francisco Queiroz Bezerra Cavalcanti. Recife, 2003, p. 90.

[239] O art. 1º da lei 9.637/99 dispõe sobre o objeto social a ser desenvolvido pelas Organizações Sociais, estabelecendo que as atividades dessas instituições podem ser dirigidas "ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde." O art. 3º da Lei 9.790/99 prestigia os mesmos segmentos de atuação disciplinados na Lei das OS, mas abre um

Mas a principal identidade talvez resida na tutela que o Poder Público tem o dever de exercer em relação à execução dos pactos, pois, tanto no contrato de gestão como no termo de parceria, o Estado assume a posição de fiscal, sendo responsável pelo acompanhamento das atividades previstas no ajuste, o que poderíamos observar como uma forma de auditoria externa permanente.

No que diz respeito à similitude decorrente do fomento, não podemos precisar uma situação de identidade por diversos motivos, sendo o primeiro concernente à natureza do vínculo que se estabelece quando as entidades do Terceiro Setor celebram contrato de gestão e termo de parceria, pois já registramos que a qualificação das Organizações Sociais supõe a realização de uma estratégia de privativatização e, na seção referente ao financiamento das OSCIPs, já levantamos a possibilidade de as transferências de recursos se constituírem como contrapartida contratual.

Num segundo ponto de reflexão, destacamos o fato de a Lei 9.637/98 dispor expressamente sobre elementos agregados à execução do contrato de gestão, que não estariam disponíveis às OSCIPs "parceiras" do Estado, pois a Lei 9.790/99 não dispõe sobre a possibilidade de cessão de bens e servidores para gestão do termo de parceria.

Os contratos de gestão e os termos de parceria seriam formas de ajuste ente Estado e particular de caráter congênere, sobretudo para os juristas que negam caráter contratual a todas as formas de acordo em que o Poder Público supõe partilhar seus interesses com os fins perseguidos pela instituição privada com a qual o ajuste é celebrado, por isso Maria Sylvia Zanella Di Pietro, José dos Santos Carvalho Filho e Eduardo Szazi referenciam a aproximação entre termo de parceria, contrato de gestão e convênio.[240]

3.2.3 **O contrato administrativo**

Para arrematar a reflexão sobre o paradigma de construção do termo de parceria, vamos tentar observar sua natureza contratual, verificando em que pontos seria possível observar sua proximidade com os contratos administrativos propriamente ditos, ou seja,

---

leque mais amplo de serviços sociais, porque se refere especificamente à atividades de assistência social, como a promoção da segurança alimentar, experimentação de modelos de desenvolvimento sustentável, assessoria jurídica para a promoção de novos direitos, desenvolvimento de valores ligados a paz, cidadania, democracia e direitos humanos, dentre outros.

[240] Confira as exposições nas seguintes referências: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública.** 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2002, p.209; CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 9ª Ed. Rio de janeiro: Lúmen Júris, 2002, p. 265; SZAZI, Eduardo. **Terceiro Setor: regulação no Brasil.** 2ª Ed. São Paulo: Peirópolis, 2001, p. 109.

pactos onde o Estado submete o particular ao regime jurídico de direito público presente nas cláusulas exorbitantes do art. 58 da Lei 8.666/93, figurando as partes em polos de interesses contrapostos.

A observação de qualquer grau de aproximação entre os termos de parceria e os contratos administrativos é matéria sempre controvertida, pois nos acordos firmados entre Estado e OSCIPs reside preliminarmente a idéia de colaboração entre os entes, o que também se verifica nas relações oriundas dos convênios e dos contratos de gestão firmados entre o Poder Público e as Organizações Sociais.

É justamente na suposta situação de parceria[241] entre os entes implicados no ajuste que se concentra o cerne da argumentação de todos os juristas convictos na negação da possível natureza contratual a ser observada nos termos de parceria, mesmo que outros elementos sejam realçados, como a não-aplicabilidade do regime jurídico de direito público aos acordos referidos, bem como de características indissociáveis dos contratos, como a sinalágma e a comutatividade.

De fato, não podemos sugerir que o termo de parceria porta as mesmas características de um contrato administrativo, nos moldes disciplinados pela Lei 8.666/93, mas a natureza contratual do ajuste pode ser vislumbrada respeitosamente, mesmo diante dos argumentos de autoridade bem elaborados, que observam o termo de parceria como um "pseudocontrato."[242]

---

[241] O esvaziamento conceitual do termo de parceria remete às obras elementares de direito administrativo brasileiro a uma abordagem quase sempre sutil do termo de parceria, com a citação da Lei 9.790/99 e alguma ponderação sobre a relação entre OSCIPs e OSs, o que faz o termo de parceria ser encarado frequentemente como tipo específico de contrato de gestão. Em algumas circunstâncias, a melhor forma de aclarar a essência do termo de parceria é reconhecê-lo como uma espécie de convênio recauchutado, o que verificamos na argumentação de Maria Nazaré Lins Barbosa, reiterada por Sílvio Luís Ferreira da Rocha. Mas, às vezes, a ênfase pronunciada na finalidade idealizada para o termo de parceria chega a furtar seu caráter contratual, o que observamos no discurso que fortalece tal objeto como instrumento de fomento em forma de ajuste, razão pela qual não se aplicaria a esses acordos a Lei de Licitações Públicas, pois, de acordo com Gustavo de Oliveira e Fernando Mânica, "não se trata de contratação administrativa, mas de uma nova modalidade de acordo administrativo." OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de & MÂNICA, Fernando Borges. **Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público: Termo de Parceria e Licitação.** Fórum Administrativo – Direito Público, Belo Horizonte, ano 5, n.49, p. 5225-5237, mar. 2005, p. 5234.

[242] Se for possível associar contrato de gestão e termo de parceria numa única categoria jurídica, dada a finalidade de colaboração decorrente da convergência de interesse das partes, é possível vislumbrar uma natureza jurídica completamente *sui generis* para esses instrumentos, classificados por Egon Moreira, como "'acordos cooperativos funcionalizados': manifestações plurilaterais de compromisso, cujos objetivos devem ir além dos limites dos interesses íntimos dos partipantes." Nessa perspectiva, o jurista propõe o seguinte conceito: "O termo de parceria é um acordo de cooperação funcionalizado, através do qual se formalizam os compromissos de fomento e execução de determinad atividade de interesse público." MOREIRA, Egon Bockmann. **Terceiro Setor da Administração Pública. Organizações Sociais. Contratato de Gestão: Organizações sociais, Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público e seus "vínculos contratuais" com o Estado.** Revista de Direito Administrativo, Rio de janeiro, 227: 309-320, jan./mar. 2002, p. 318-319.

A primeira tarefa a ser realizada reside na alusão às formas pelas quais o Estado manifesta sua vontade, pois se observamos que o direito administrativo buscou inspiração no direito civil para determinar a natureza das declarações passíveis de produzir efeitos jurídicos válidos, então nos resta supor que, quando o Poder Público se pronuncia, observa-se a produção de atos ou contratos, considerando a unilateralidade ou a bilateralidade da vontade exprimida.[243]

Quando os efeitos jurídicos da manifestação de vontade do Estado se concretizam com a declaração do agente competente, independentemente da aquiescência de outrem, observamos o nascimento do ato administrativo, capaz de declarar, criar, modificar e extinguir direitos e obrigações relativas à atuação do Poder Públicos e dos particulares de um moldo geral.[244]

Mas, se os efeitos jurídicos da expressão volitiva da potestade dependem de ratificação, apreciação ou concordância de um terceiro, seja este ente público ou privado, então não há que se falar em ato, e sim em contrato, pois a bilateralidade é o eixo da manifestação de vontade mesmo nas situações em que a bilateralidade na formação do pacto é restringida pela situação de adesão imposta por uma das partes.

Com a exposição dessas premissas, partimos para o exame do termo de parceria como um instrumento que enseja a manifestação volitiva do Estado, advertindo que tal declaração não se aperfeiçoa se o particular, no caso em questão, a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, não formalizar a assunção do compromisso determinado na minuta do ajuste.

Ora, se o Estado pudesse atribuir unilateralmente à OSCIP o poder-dever de tal instituição desenvolver uma atividade social, então estaríamos diante de uma espécie de

---

[243] A intensa difusão da lógica e dos instrumentos do direito privado no direito administrativo contemporâneo podem ser observados como uma tendência macro na exposição de Paulo Otero em "Legalidade e Administração Pública", também pontuada em "La crisis de identidad del derecho administrativo: privatización, huida de la regulación pública y Administraciones Independientes" de Eva Daroca, tomando um contexto mais estrito no que tange à disciplina dos contratos na tese de Maria João Estorninho "A fuga para Privado," que também se pronuncia nas relações interdisciplinares do direito administrativo brasileiro com o direito civil, de acordo com Hely Lopes Meirelles. MEIRELLES. Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 32ª Ed. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2006, p.43.

[244] A aptidão do ato administrativo para a produção de efeitos válidos importa em seu aperfeiçoamento, mesmo que as resultantes da manifestação de vontade do Estado ainbda não se apresentem. Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Melo prescreve que: "O ato administrativo é *perfeito* quando esgotadas as fases necessárias à sua produção. Portanto, ato perfeito é o que completou o ciclo necessário à sua formação. Perfeição, pois, é a situação do ato cujo processo está concluído." MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 20ª Ed. Revista e Atualizada. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 360.

alvará atípico, ou seja, uma forma de "licença deturpada" [245], pois o ato negocial,[246]cuja disciplina determinada pelo direito administrativo atribui a possibilidade do Estado de dispor das condições para o exercício de direito a particular estaria deformado pela ausência de liberdade do ente privado para dispor de seu próprio direito.

Por isso, não vislumbramos a possibilidade de o termo de parceria ser enquadrado como manifestação unilateral de vontade do Estado, pois não é possível enquadrar o termo de parceria em quaisquer das espécies de ato[247], nem é provável supor que a declaração do Poder Público, atribuindo obrigações às OSCIPs no desenvolvimento de atividades sociais, pudesse se aperfeiçoar sem a aquiescência da instituição privada.

Nessa perspectiva, julgamos que a bilateralidade é característica essencial da relação constituída entre os entes que se vinculam mediante termo de parceria, razão pela qual defendemos o caráter contratual do ajuste entre Estado e OSCIP, abstraindo que a manifestação de vontade do Poder Público enseja a concordância, pelo menos no plano formal, por parte da entidade do Terceiro Setor.

Nos termos de parceria, assim como nos contratos administrativos, a elaboração do pacto pode ficar a cargo de um dos signatários, principalmente se considerarmos que cabe ao Estado a decisão de desenvolver atividades sociais de forma associada ao Terceiro Setor, se considerarmos que, a priori, há uma estrutura erguida na Administração Pública para cumprir os compromissos dispostos na Ordem Social da Constituição de 1988.

Nesse caso, o ato jurídico bilateral se aperfeiçoa mesmo nas situações em que o Estado elabora as cláusulas do termo de parceria unilateralmente, pois a parte aderente,

---

[245] A relação que vincula Estado e OSCIP no desenvolvimento de um projeto social não se reveste com a forma de alvará, pois as licenças e autorizações são requisito fundamental para o exercício do direito do particular, que passa a poder exercê-lo em função do porte da credencial própria emitida pelo Poder Público. Dessa forma, o alvará "faculta a prática, pelo administrado, de determinada condulta ou atividade." Nessa perspectiva, o objetivo da Administração é adequar o interesse privado ao interesse público, o que se verifica como uma ferramenta preventiva de poder de polícia. PESTANA, Marcio. **Direito Administrativo Brasileiro.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 235 e 503.

[246] Hely Lopes Meirelles dividiu os atos administrativos em cinco grandes categorias, e foi buscar no direito europeu a inspiração para designar, como atos administrativos negociais, as manifestações de vontade vinculadas a interesse recíproco do Estado e do particular, vislumbrando o caráter unilateral do que considerava como "negócio jurídico público." MEIRELLES. Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 32ª Ed. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 186.

[247] Nessa perspectiva, podemos supor que, se o termo de parceria fosse uma manifestação de vontade unilateral do Estado, não abarcaria a essência própria de um ato administrativo, pois não consubstancia uma norma, uma sanção, um enunciado, sobre situação de fato ou direito declarada pelo Estado, nem um expediente de condução gerencial da Administração Pública. Por isso não se enquadraria nas categorias jurídicas reconhecidas pelo direito administrativo posto.

pode não ter a faculdade de discutir as cláusulas do pacto com a parte dotada da barganha ou poder de elaborá-lo, mas o proponente, investido de poder para propor a adesão, não tem a possibilidade de coagir o aderente a sucumbir diante do termo de contrato.

Por isso, não há que se negar a bilateralidade dos contratos em que o Estado, figura no polo de contratante, pois, mesmo sendo a grande maioria desses pactos celebrados diante da adesão do particular, observa-se que, em todos os casos, a pessoa física ou jurídica de direito privado aquiesceu diante dos termos propostos pelo Poder Público.

Diante da confirmação da bilateralidade do vínculo embutido no termo de parceria, não seria mais necessário apresentar prova do caráter contratual desse ajuste, mas, algumas vezes, a negação da natureza jurídica do pacto disciplinado pela Lei 9.790/99 decorre da ausência de reciprocidade nas contraprestações, observadas no que diz respeito aos contratos administrativos regulados pela Lei 8.666/93.

Na formação dos contratos, a comutatividade[248] é um quesito frequentemente contemplado como suporte da essência de qualquer ato jurídico bilateral, pois pressupõe a situação de igualdade entre as partes, decorrente da equivalência intrínseca entre as prestações a serem por elas efetuadas.

Contudo, o direito admite a juridicidade das situações de desigualdade, quando a natureza do pacto não permite, aos signatários, conhecimento prévio dos desdobramentos de fato que podem interferir no montante das obrigações a serem honradas em função do risco que pesa sobre o ajuste. Nessa perspectiva, o direito civil regula condições para a salvaguarda de um padrão de justiça adaptado ao contrato aleatório.[249]

---

[248] "Comutativos: aqueles contratos dotados de perfeita onerosidade, com correspondência entre as atribuições patrimoniais. A regra de equilíbrio deve ser aplicada no sentido de, tanto quanto possível, igualar as prestações em sentido oposto;" VASCONCELOS, Pedro Pais. **Teoria Geral do Direito Civil.** 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 2005, p.287.

[249] "Na síntese do preclaro Menezes Cordeiro, a característica dos aleatórios é o desconhecimento das vantagens patrimoniais. Isso porque a prestação de uma parte, ou de ambas, é incerta, sendo que as dúvidas sobre o que será prestado pode se revelar: (i) sobre coisas futuras: (a) seja sobre a própria existência da coisa; (ii)seja sobre a quantidade que existirá; (ii) sobre um desfecho, que ocorre nas coisas presentes sujeitas a risco e cuja situação atual não é conhecida pelas partes. (...) A diferença de arquitetura nos contratos chamados de aleatórios leva a uma diferente solução no que diz respeito ao exame dos deveres contratuais a serem cumpridos, à necessidade de equilíbrio contratual e, em continuação, à possibilidade de caracterização da lesão." CAVALCANTI, Flávio de Queiroz Bezerra. **O conteúdo da prestação securitária e o contrato aleatório.** Revista Brasileira de Direito do Seguro, Ano I, 1ª ed. – Jan.2009. São Paulo: MP editora, p.102.

.

No termo de parceria, a falta de comutatividade não decorre do risco na determinação do montante das obrigações, mas não é possível supor um sistema de equivalência prestacional se as partes não estão esperando contrapartidas diferentes, por isso diante de uma suposta situação de colaboração não é possível atribuir caráter comutativo aos referidos acordos.

Mesmo considerando a ausência de equiparação entre as prestações das pactuantes no termo de parceria, não podemos duvidar do caráter contratual do ajuste, pois quando Estado e OSCIP se aliam para o desenvolvimento de um fim social, verifica-se um vínculo entre os entes que supõe reciprocidade de direitos e deveres para ambos.

Nesse contexto, observamos o caráter sinalagmático do termo de parceria, pois o ajuste entre os pactuantes sugere colaboração, coordenação, parceria, o que significa dizer que o Poder Público e a entidade do terceiro setor constituem uma aliança onde as partes estão sujeitas à obrigação mútua de se auxiliarem no desenvolvimento do objeto do pacto.

No percurso desta exposição, resta evidente o interesse em fechar a chave de compreensão teórica do termo de parceria, pois a observação do paradigma que serve de fonte para a construção do instituto puxa o gancho das reflexões subsequentes deste capítulo, sobretudo no que diz respeito à delimitação de sua natureza jurídica.

Com as premissas aqui levantadas, podemos realçar que o caráter contratual do termo de parceria não nega suas semelhanças com o convênio e com o contrato de gestão, mas prevalece diante das identidades apresentadas, pelo fato de defendermos a ideia de que os instrumentos congêneres aludidos também são formas contratuais.

Estamos, neste ponto, exercitando a difícil tarefa de encontrar um gênero que sirva de ponto de partida para o exame da espécie em tela, pois amparando a premissa de que o termo de parceria é um contrato, podemos então tentar compreender qual é a espécie de contrato que está no foco dos holofotes.

3.3 UMA REFLEXÃO SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DO TERMO DE PARCERIA

Nesta seção que aborda a natureza jurídica dos termos de parceria, é possível verificar um desafio teórico que pode desafiar as bases ideológicas da reforma gerencial

do Estado no Brasil, pois a ideia de que o termo de parceria cela uma pacto de colaboração entre Poder Público e OSCIP pode ser descaracterizada.

Aqui a ousadia está na relativização do interesse da entidade do Terceiro Setor na parceria, pois, se julgarmos que as partes vão compartilhar o ideal de concretizar o projeto social previsto no contrato, estamos diante de um compartilhamento de objetivos, mas, se duvidarmos dessa premissa, concluiremos que o termo de parceria é apenas mais um instrumento de terceirização ou de delegação de serviço público[250].

A não ser que o olhar na essência da parceria resgate a tendência para o desenvolvimento de uma administração pública consensual[251], onde se observa a ideia de que, nos contratos administrativos, as partes são sempre parceiras, buscando uma colaboração recíproca, ou seja, o particular contratado pelo Estado é sempre do Poder Público, por isso todo contrato coloca as partes diante de um regime de colaboração.[252]

Quando partimos da possibilidade de o termo de parceria servir como instrumento passível de forjar uma relação de colaboração entre Estado e OSCIP, não é possível deixar de refletir sobre a distorção da relação de parceria numa perspectiva axiológica, pois, levantada a hipótese de desvio de finalidade do termo de parceria, há que se se considerar a formação de um vínculo entre as partes, voltado para outros propósitos.

Se a Administração pública firma termo de parceria com OSCIP, mas os signatários do pacto não convergem diante de um projeto social comum, marcado pela cooperação das partes, então o termo de parceria pode ser o alicerce de um vínculo,

---

[250] Quando o Terceiro Setor se coloca na posição de prestador de serviços sociais, não há que se falar em delegação de serviço público, mas o Estado tutela a atividade não como poder delegante, pois atua como agente regulador, já que autoriza e fomenta a atividade, exercendo Poder de Polícia. Nesse caso, o Poder público define as condições mínimas para a ação particular e estimula seu objeto. "Destarte, há possibilidade de atuação também da iniciativa privada na prestação de serviços sociais, tanto pelo terceiro setor (de preferência) quanto pelo mercado. Nesse caso não será concessão ou permissão, mas autorização do Poder Público, que controlará a execução dos serviços sociais, situação que terá trtamento normativo mais estrito que as demais atividades privadas." VIOLIN, Tarso Cabral. **Uma Análise Crítica do Ideário do Terceiro Setor no Contexto Neoliberal e as Parcerias com a Administração Pública.** Revista Zênite de Licitações e Contratos, ano XIII, nº 150, agosto de 2006, p. 680. Essa ideia é ratificada por Gustavo de Oliveira e Fernando Mânica numa alusão à natureza do pacto firmado entre Estado e OSCIPs, pois "(...) o termo de parceria é instrumento criado para que entidades do Terceiro Setor recebam *incentivo* para atuar *ao lado* do ente público, *de maneira distinta* dele, e não para que substitua tal ente, fazendo as vezes do Poder Público." OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de & MÂNICA, Fernando Borges. **Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público: Termo de Parceria e Licitação.** Fórum Administrativo – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 5, n. 49, p. 5209-5351, mar. 2005, p. 5232.

[251] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno: Legitimidade: Finalidade: Eficiência: Resultados.** Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 36-39.

[252] RAINAUD, Jean Marie. **Le Contrat administratif: volonté des parties o loi de service public.** Revue Du Droit Public, p. 1.183-1.204, set.-out. 1985, p. 1.198. No mesmo sentido, MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução.** 2ª edição revista, atualizada e ampliada**.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.209.

voltado para outros fins, mesmo que o Poder Público consolide a posição de agente de fomento, prevista na Lei 9.790/99, ao menos do ponto de vista formal.

A reflexão sobre a possível descaracterização do objetivo, disciplinado por lei para o termo de parceria, remete-nos à possível desconstrução da regulação proposta para o formato de parceria entre Estado e OSCIP, o que abre perspectiva para a corrupção do regime jurídico de direito público arraigado ao pacto.

A desnaturação do regime jurídico de direito público, quanto à finalidade a ser alcançada pelo termo de parceria, direciona-nos a perceber dois possíveis fenômenos decorrentes dessa deturpação regulatória, pois se o termo de parceria não se constitui como instrumento de colaboração entre Poder Público e OSCIP, é provável que esse acordo se estabeça como uma forma desvirtuada de terceirização[253] ou de delegação de serviço público.

Nas circunstâncias em que o Estado deixa de selecionar pessoal por meio de concurso público para suprir os quadros de pessoal dos órgãos e entidades da Administração Pública, camuflando a escassez de recursos humanos com a designação de OSCIP, para subsidiar o trabalho da instituição pública com a cessão de voluntários, pode-se verificar uma forma adulterada de terceirização na gestão da máquina administrativa do Estado.

Mas se, por outro lado, a Administração Pública reduz drasticamente sua intervenção direta em áreas fundamentais do domínio social, ou deixa de prestar serviços fundamentais em segmentos da educação, da saúde e da assitência, suprindo a ausência da máquina administrativa do Estado com a atuação de uma OSCIP, então estamos diante de uma forma maquiada de delegação de serviço público, que se aproxima de uma concessão ou permissão de serviço público, pois a entidade do Terceiro Setor passa a fazer as vezes do Poder Público na execução de atividade de sua alçada.

Nas duas perspectivas de desvio de finalidade do termo de parceria, o que se potencializa são formas deturpadas[254] de terceirização e delegação de serviço público,

---

[253] Como os serviços sociais não podem ser classificados como atividade-meio da Administração Pública, as OSCIPs não podem fornecer mão-de-obra para a máquina administrativa do Estado, pois "(...) a terceirização na Administração Pública apenas será lícita se as atividades repassadas para terceiros forem relativas à atividade-meio do órgão ou entidade estatais, e ainda se inexistente a pessoalidade e a subordinação direta." VIOLIN, Tarso Cabral. **Estado, Ordem Social e Privatização – as Terceirizações ilícitas da Administração pública por meio da Organizações Sociais, OSCIPs e demais entidades do "Terceiro Setor."** Revista IOB de Direito Administrativo, Ano III, nº 26, fevereiro de 2008, p. 22.

[254] Sobre as formas deturpadas de atuação do Terceiro Setor, Tarso Cabral Violin menciona os vícios provocados pela remuneração dos dirigentes das OSCIPs, o nepotismo na contratação de parentes, o superfaturamento das contas, a fuga do voluntariado, vislumbrando a pilantropia se propaga com as instituições de "fachada." VIOLIN, Tarso Cabral. **Uma Análise Crítica do Ideário do Terceiro Setor no**

que podem, a priori, compor uma situação de risco relacionada à produção de políticas públicas sociais, mas pecam pela inadequação do regime jurídico que determina o formato jurídico dos institutos do direito administrativo.

A questão aqui levantada não tem um foco meramente formal, pois a construção falsificada de um sistema de terceirização ou de delegação de serviços públicos sustentado pela atuação de OSCIPs, pode violentar o regime jurídico de direito público atinente à prestação de serviços sociais, em função de uma dinâmica de direito privado passível de corromper o *layout* de fornecimento de políticas públicas de base para construção do Estado Democrático de Direito.

Nesse cenário, fica evidente que a distorção do regime jurídico de direito público pode ser considerada como uma fuga para o direito privado[255] temerária, pois se associa a um mescanismo de privatização desprovido de regulação[256], o que atenta contra um pilar fundamental do direito administrativo, qual seja a legalidade, pois a desregulação, nesse caso, ocorre de fato, sem o crivo da lei.

3.3.1 **A delimitação da fuga para o privado no fomento estatal das OSCIPs**

O regime privado se apresenta no direito administrativo como um fenômeno necessário ao fornecimento de instrumentos que são fundamentais para que o Estado determine alguns dos instrumentos de gestão imprescindíveis a seu funcionamento, buscando para tal, instituto cuja origem nos remete ao direito privado, tal como é o contrato.

Contexto Neoliberal e as Parcerias com a Administração Pública. Revista Zênite de Licitações e Contratos, ano XIII, nº 150, agosto de 2006, p. 683.

[255] A professora Maria João Estorninho elucida formas de atuação da Administração Pública portuguesa através de "meios jurídico-privados," destacando exemplos em entidades voltadas para o interesse social, como o Centro Cultural de Belém e a Fundação da Universidade de Lisboa. Nas diversas experiências atreladas aos instrumentos de gestão privada, a narrativa enaltece os ganhos, vislumbrando aspectos relacionados com a eficiência institucional, gestão financeira e cooperação internacional, mas evidencia as ambiguidades e riscos do fenômeno, anotando: "na verdade, é fácil imaginar que, por detrás desse tipo de fenômenos, existam por vezes objectivos velados e subreptícios, como sejam os de tentar ultrapassar as vinculações jurídico-públicas a que a Administração de outro modo estaria sujeita, em relação às competências, às formas de organização e de actuação, aos controlos ou à responsabilidade." ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o Direito Privado: Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública.** Coimbra: Almedina, 1999, p. 67.

[256] A desregulação de fato promovida pela inserção de instrumentos privados de gestão na Administração Pública é enunciada por Paulo Otero nas saídas discricionárias evocadas pelo Poder Público para conduzir a gestão de sua máquina, o que pode representar uma violência à ordem jurídico-administrativa fundada no direito, pois, segundo o jurista português adverte, esse fenômeno "envolve um auténtico mecanismo arbitrário (e incosntitucional) de auto-atribuição de uma margem de liberdade de escolha da normatividade reguladora de sua actividade." OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade.** 1ª Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003, p. 284.

A incidência do regime jurídico de direito privado nos termos de parceria pode desencadear repercussões negativas no que diz respeito às garantias de que são titulares os cidadãos, pois é comum observarmos que a regulação do direito administrativo com as ferramentas do direito privado implica possíveis lesões ao interesse público. Nesse sentido, Paulo Otero nos remete à seguinte reflexão:

> A privatização do Direito regulador da actividade administrativa desenvolvida por entidades públicas conduz, deste modo, ao surgimento de uma normatividade que, expressando uma administração de Direito Privado ou uma privatização do Direito administrativo, se encontra impregnada de preocupações de interesse geral e de respeito pelos direitos dos particulares, consubstanciando uma osmose geradora de um Direito híbrido, a meio caminho entre o Direito Privado e o Direito Administrativo.[257]

Nesse espaço onde o direito privado vai se deitando no espaço do direito público, há sempre um apelo legítimo pela reforma da engrenagem ineficiente da Administração Pública rígida e lenta,[258] submetida ao escudo e à espada do direito administrativo, por isso é frequente o clima de entusiasmo vinculado à inserção das ferramentas de direito privado na gestão da máquina pública.

O enaltecimento dos possíveis ganhos decorrentes das relações entre Estado e Terceiro Setor, por meio do termo de parceria, não evideciam os arranjos do regime jurídico de direito privado na administração pública, porque uma OSCIP aliada ao Poder Público não se propõe formalmente a prestar serviço público social, nem se configura como fornecedora de uma tarefa terceirizada, pois o vínculo desses atores será sempre uma estratégia de fomento social inocente para fortalecer a sociedade civil brasileira, de acordo com o modelo de regulação disciplinado por lei.

Contudo, a possível distorção da proposta de fomento social prescrita na Lei 9.790/99 porta lesões ao regime jurídico de direito administrativo, passíveis de soltar o espectro patrimonialismo, que corrompe a base da Administração Pública racional-legal weberiana, erguida sob o ideial de legalidade e interesse público.

Nessa perspectiva, seria possível supor que a fuga para o direito privado se apresenta na relação contratual entre Estado e OSCIP, de forma mascarada e coberta

---

[257] OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade.** 1ª Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003, p. 311.

[258] O resumo da rivalidade entre os regimes jurídicos fica registrado por Daroca no seguinte trecho: *"Por ello, a la supuestamente mayor agilidad, flexibilidad y eficacia del Derecho Privado, se opone la lentitud, rigidez y, en definitiva, ineficiencia del Derecho Administrativo."* DAROCA, Eva Desdentado. **Las crisis del Derecho Administrativo: privatización, huida de la regulación pública y Administraciones independientes.** Valencia: Tirant lo blanch, 1999, p. 106.

pelo manto da legalidade, por isso não estaríamos diante de uma refundação do patrimonialismo[259], mas sim de uma tomada neopatrimonialista específica, dadas as peculiaridades do fenômeno aqui elucidado.

Na Espanha, é louvável o esforço de alguns juristas[260] na construção de uma teoria do universo paralelo do direito administrativo, por isso o neopatrimonialismo é observado no seio da administração pública como elemento que integra o sistema de gestão da máquina administrativa do Estado, apesar de a ordem jurídica formal descrendenciar qualquer instituto contrário à supremacia do interesse público, sob o manto da legalidade.

O cerne do debate não se refere especificamente aos efeitos perversos[261] da fuga para o direito privado, pois as interseções dos regimes jurídicos não são essencialmente malignas, por isso a questão fundamental se pronuncia numa reforma silenciosa do modelo de gestão pública burocrático-gerencial, que mostra resultados materiais não só nos pactos celebrados entre Estado e Terceiro Setor, mas também na expansão do fenômeno macro da contratualização na Administração Pública.

Talvez o avanço do neopatrimonialismo, enquanto prática na administração pública, seja um dos efeitos da dispersão das reformas administrativas do Estado,

---

[259] O patrimonialismo já apresenta uma roupagem específica nas relações entre Estado e Terceiro Setor, como é possível extrair do seguinte trecho: "Atualmente vemos um oportunismo das entidades do terceiro setor, quando vão atrás de dinheiro público para fazer caixa, pagar contas, criar empregos, fazendo *lobby* junto ao Estado para obter vantagens nem sempre legítimas, o que causa uma promiscuidade entre o Estado e a sociedade civil, podendo, assim, o próprio terceiro setor ser uma fonte de corporativismo." VIOLIN, Tarso Cabral. **Uma Análise Crítica do Ideário do Terceiro Setor no Contexto Neoliberal e as Parcerias com a Administração Pública.** Revista Zênite de Licitações e Contratos, ano XIII, nº 150, agosto de 2006, p. 683.

[260] O impulso pela sistematização teórica das relações entre neopatrimonialismo e Administração Pública se evidenciam na obra de Alejandro Nieto e de Marcos Puente. Em "La 'nueva' organizacíon del desgobierno", Aliendro Nieto propõe uma espécie de lógica paralela à ordem jurídica, a que se submeteria a Administração em suas principais engrenagem, quais sejam gestão de recursos humanos, materiais e controladoria. O amadurecimento dessa obra, uma década mais tarde, com "El desgobierno de lo público" é surpreendente pela consolidação das premissas que afundam o modelo racional-legal weberiano no caldo de cultura invencível sob o qual a repousa a sociedade ibérica e suas adjacências. Enquanto Alejandro Nieto concebe uma teoria que supõe a institucionalização do neopatrimonialismo, Marcos Puente se ocupa da propositura de um sistema de classificação para sistematizar os efeitos do fenômeno em "La Inactividad de la Administración."

[261] Nos termos de parceria, firmados entre Estado e OSCIPs, é possível observar a regulação de um instrumento de fomento social legítimo, mas Tarso Cabral Violin alerta para outros objetivos subjacentes à gestão dessa engrenagem, afirmando o seguinte: "(...) entendemos que tanto as organizações sociais quanto as OSCIPs servem para que o Estado fuja de suas responsabilidades constitucionais, principalmente em áreas como educação e saúde, nas quais o terceiro setor é utilizado como prestador de serviços sociais, fazendo com que o Estado extinga entidades da Administração Pública (por mais que na Lei das OSCIPs essa extinção não seja explícita), sucateie sua burocracia, fugindo do regime jurídico administrativo, e repassando por meio de parcerias para a iniciativa privada sem fins lucrativos os serviços sociais." VIOLIN, Tarso Cabral. **Uma Análise Crítica do Ideário do Terceiro Setor no Contexto Neoliberal e as Parcerias com a Administração Pública.** Revista Zênite de Licitações e Contratos, ano XIII, nº 150, agosto de 2006, p. 684.

durante o século XX; todas as propostas realizadas até o momento no Brasil evidenciam a criação e o fortalecimento de ferramentas burocráticas, direcionadas ao combate das típicas práticas de captura do público pelo privado, mas as reformas sempre falham.[262]

3.3.2 **Como fica o serviço "público" social**

A discussão esposada nesse título nos remete a uma das principais vigas da tese central da pesquisa em curso, pois o regime jurídico dos termos de parceria, firmados entre o Estado e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, pode enaltecer o regime jurídico de direito público, mas não abarcará o rigor de contrato de delegação de serviço público.

Nesta perspectiva, convém observar, com o rigor do direito administrativo ocidental, o conceito de serviço público, tendo em vista sua distinção das atividades privadas, sobretudo quando a aparência confunde o olhar do senso comum, numa época em que Estado e particulares exploram áreas de interesse marcadas por uma frequente interseção.

A tarefa poderia ser mais simples se o conceito trazido a lume não fosse marcado por tanta imprecisão, dado seu caráter histórico e político, acabamos por pisar num terreno onde as dúvidas prevalecem sobre as certezas, na construção de uma teoria que impulsiona os mais firmes doutrinadores à arte da diplomacia jurídica de omitir o que está supostamente revelado.

A teoria do serviço público é uma construção do direito administrativo francês[263], mas a clássica concepção da Escola de Bordeaux está passando por uma reciclagem permanente, pois o conceito de serviço não é estático, por isso a expressão é tomada num sentido amplo quando abarca toda atividade imputada ao Estado, de caráter prestacional ou não, titularizada pelo Poder Público, mas cuja prestação pode ser desenvolvida pela Administração Pública ou por terceiros.[264]

---

[262] "A persistência dessas questões revela que 'novas reformas são formuladas para lidar com velhos problemas,' evidenciando que as políticas de reforma são muito frequentemente 'descontinuadas, abandonadas, terminadas.'" REZENDE, Flávio da Cunha. **Por que falham as reformas administrativas?** Rio de Janeiro: FGV, 2004, p. 33-34.

[263] "O surgimento da noção de serviço público na França tem significativa importância no cenário social, político e econômico desse país. Antes de aparecer como conceito meramente jurídico, inserido no direito administrativo, ele representou um marco no processo de mutação do Estado, propriamente dito." JUSTEN, Monica Spezia. **A noção de serviço público no direito europeu.** São Paulo: Dialética, 2003, p.18.

[264] Em sua formulação clássica, o serviço público engloba todas as competências do Poder Público, incluindo segurança nacional, administração da justiça, fiscalização em todas as áreas pertinentes ao

Não estamos afirmando que o serviço público, como função administrativa estrita do Estado, surge na França do final do século XIX, mas é importante vislumbrar que a escola de serviço público francesa impulsiona a sistematização teórica do instituto, não só pela construção do conceito, mas também pela determinação de categorias de classificação fundamentais para o delineamento de decisões em matéria de contencioso administrativo.[265]

Na alusão que propomos, fundamental não é identificar a origem do serviço público como atividade do Estado, desenvolvida pela disposição graciosa do soberano ou por determinação legal decorrente de foro constitucional, por isso a fundação da Escola de Bordeaus é apenas um ponto de partida epistemológico que nos fornece o corte necessário para a observação das variáveis sobre o tema no século XX.

A idéia de que serviço público é uma matriz fundamental de atuação do Estado, no exercício de sua função administrativa, é apenas uma composição doutrinária, voltada para sistematizar as obras dos cursos de graduação em direito, pois a noção de serviço público é muita mais rica do que qualquer conceito indicador de sua substância. Nesse sentido, Monica Justen faz alusão a três bases de sustentação da noção de serviço público: "a primeira, como justificação da existência do próprio Estado; depois, como fundamento do direito administrativo; e finalmente, a identificação de um povo e seus anseios sociais."[266]

---

exercício do poder de polícia do Estado, bem como atividade econômica de produção e satisfação de interesses que implicam as prestações, tais como energia, telefonia, transporte, saúde, educação, assistência, previdência, etc. Essa amplitude que atinge o objeto não recai sobre a pessoa do prestador que, a priori, é uma instituição pública, ou seja, órgão ou entidade da Administração com competência específica determinada pela lei. Como as organizações estatais estão submetidas ao direito administrativo, não se discute inicialmente o regime jurídico do serviço que não pode ser outro senão o de direito público dada a natureza da instituição provida de competência para executar a tarefa. BOURGES, Fernanda Schuli. Transformações nos serviços públicos e prestação por particulares. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe & BLANCHET, Luiz Alberto (Coords.). TRYBUS, Daiana; RIBAS, Paulo Henrique & CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre (Orgs.). **Serviços Públicos: estudos dirigidos.** Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 130-133.

[265] Certamente as mudanças no final do século XIX impulsionam a refundação de Estado Constitucional, onde a doutrina liberal é abrandada pela determinação de zonas de intervenção estatal na ordem privada que projetam mais tarefas para o Estado, por isso as relações entre Poder Público e particulares ficam mais densas, provocando novos conflitos e uma demanda adicional para o sistema jurídico que será provocado a tomar conhecimento dessas relações. No eixo ocidental da Europa, é possível perceber as razões que alimentam esse destaque na disposição de Gaspar Ariño, na seguinte consideração: *"En efecto, este esfuerzo doctrinal y jurisprudencial por delimitar con exactitud aquellas actividades que puedan ser calificadas como <servicio público> no es un puro afán cientificista, pues acontece que el concepto de servicio público es piedra angular de nuestro sistema jurídico, y de que se aprecie o no su existencia dependen decisiones muy importantes."* ORTIZ, Gaspar Ariño. **Economia y Estado: Crisis y reforma del sector público.** Madrid: Marcial Pons, 2003, p. 292. CO2 - 1300

[266] JUSTEN, Monica Spezia. **A noção de serviço público no direito europeu.** São Paulo: Dialética, 2003, p.19.

A noção de serviço público se desenvolveu na França e também é lá que encontramos seu ponto de partida, em decisão proferida pelo contencioso francês no dia 8 de fevereiro de 1873, registrada como Acórdão Blanco. O aspecto peculiar do julgamento diz respeito à derrogação de competência do Tribunal de Conflitos para a Jurisdição Administrativa francesa, em decorrência da verificação da competência administrativa em razão do regime jurídico predominante no exercício da atividade-fim, independentemente do sujeito investido de poderes para sua execução.[267]

A repercussão do Acórdão Blanco acaba influenciando a construção do Direito Administrativo francês com o despontar da Escola de Serviço Público de Bordeaux. Decerto Duguit e Jèze são os mentores dessa escola acadêmica, que confere maior relevância à noção de serviço público, na defesa da idéia de que a unidade do direito administrativo se baseia nesse tronco[268].

Para Duguit, o Estado, como titular de poderes diante de uma sociedade organizada, deveria arcar com as responsabilidades decorrentes dessa tutela, por isso o serviço público seria atribuição passível de justificar o uso das prerrogativas da potestade, que em contrapartida se submete às obrigações delas resultantes.

Essa tese seria aperfeiçoada por Gaston Jèze, sucessor de Duguit na Escola de Boordeaux, que levantou a premissa de que serviço público é apenas uma atividade do Estado voltada para satisfazer as necessidades coletivas, pois os agentes investidos de poder para agir devem se submeter a procedimento de direito público, com uma lógica diversa daquela ditada para o direito privado.[269]

Por fim, destacamos a importância de Hauriou para a construção da dogmática jurídica atinente ao serviço público, em função da proposição de várias reflexões sobre a noção de serviço público. Jean Rivero se refere a três fases do pensamento de Hauriou, que em 1921 consolida a defesa da tese de que o caráter público de uma atividade é definido pela competência do agente investido de poder de executá-la.[270]

A síntese dessas idéias mateve a relevância dos dois critérios que servem de base para a noção de serviço público, servindo como base de sustentação do direito administrativo francês. Desse debate, “restou a conclusão de que a noção de serviço

---

[267] Trata-se de um entendimento inovador que quebra a regra tradicional do *État debiteur*. RIVERO, Jean. **Droit Administratif.** 13ª Ed. Paris: Dalloz, 1990, p. 206.
[268] RIVERO, Jean & WALINE, Jean. **Droit Administratif.** 17ª Ed. Paris: Dalloz, 1998, p.31.
[269] JÈZE, Gaston. **Princípios Generales del Derecho Administrativo.** Tomo 2. Buenos Aires: Depalma, 1949, p. 19.
[270] RIVERO, Jean. **Droit Administratif.** 13ª Ed. Paris: Dalloz, 1990, p. 207.

público serviria a dois propósitos fundamentais do direito público: de limitar o campo de aplicação do direito administrativo e ser o elemento essencial da figura do Estado."[271]

O estudo do direito administrativo continua sendo impulsionado, na doutrina nacional e na internacional, pelo reconhecimento dos três critérios de identificação do serviço público, conforme a competência do agente, a finalidade da atividade e seu regime jurídico. Contudo, é possível vislumbrar o que se configuraria como crise da noção de serviço público, quando o Estado passa a titularizar serviços industriais e comerciais, que passam a ser executados por particulares, mediante contrapartida dos usuários.[272]

Nesse sentido, Gaspar Ariño, na tese intitulada: "O serviço público como alternativa", dispõe sobre a maximização da gestão privada dos serviços públicos, apontando um cenário de redescoberta do contrato como técnica de gestão e observando uma crise do sentido estrito do conceito de titularidade estatal das atividades consideradas como serviços públicos.

Nesse contexto, é possível observar uma preocupação especial com a fragilização do rótulo que o conceito de serviço público confere a atividades estatais de interesse geral consideradas de utilidade pública, remetendo-se ao exemplo anglo-saxão de progressiva liberalização, ou seja, uma espécie de absorção das tarefas pela iniciativa privada em detrimento do Estado.[273]

Numa perspectiva contemporânea, a menção à crise da noção de serviço público, talhada pela Escola de Bordeaux, faz parte das reflexões necessárias ao conhecimento do fenômeno, mas não se posiciona no centro das discussões acadêmicas, pois é possível falar de crise do serviço público, não porque seu prestador deixou de ser o Estado, mas porque o regime jurídico do serviço público pode ser mais privado que público.

No Brasil, o debate referente ao regime jurídico dos serviços públicos fica, muitas vezes, relegado pelas deficiências do sistema administrativo, que oferta uma prestação insuficiente em termos quantitativos e qualitativos. Nesse sentido, Carlos Ari Sundfeld registra que: "especialmente no Brasil, os 'sem serviço' ainda são o nó

---

[271] JUSTEN, Monica Spezia. **A noção de serviço público no direito europeu.** São Paulo: Dialética, 2003, p. 47.

[272] Esse fenômeno representa a ruptura do critério orgânico-subjetivo de identificação do serviço público, construído pela Escola de Bordeaux. RIVERO, Jean. **Droit Administratif.** 13ª Ed. Paris: Dalloz, 1990, p. 41.

[273] ORTIZ, Gaspar Ariño. **Economia y Estado: Crisis y reforma del sector público**. Madrid: Marcial Pons, 2003, p. 269-270.

principal: há milhões de pessoas sem telefone, energia ou saneamento. Universalizar serviços básicos continua sendo um dos nossos maiores desafios."[274]

A dificuldade de acesso da população ao serviço público é um aspecto emblemático da realidade brasileira, tanto assim que algumas questões de ordem formal acabam sendo abafadas pela falta de leitos nos hospitais públicos ou pela pseudo-alfabetização realizada nas escolas públicas, por isso, na falta do prato principal, o usuário deixa de brigar pela sobremesa.

De fato, o serviço público está em crise, e o debate internacional não nos favorece com uma uniformidade de foco, pois as discussões mais recentes do direito comunitário são orientadas para a busca de um padrão de eficiência, passível de ser legalizado, para garantir ao cidadão europeu condições apropriadas de litigar pela efetivação de seu direito público subjetivo ao serviço público, perante a jurisdição administrativa de seu país.

Apesar desse abismo na pauta de discussão do serviço público no Brasil e na Europa, não podemos deixar de registrar que os movimentos de reforma, voltados para a ampliação das relações entre Estado e Terceiro Setor, no desenvolvimento de ações sociais, possuem diretrizes análogas, pois tanto lá como aqui se evidencia a lógica do princípio da subsidiaridade como ponto de sustentação da contratualização do direito administrativo, e, por conseguinte, das parcerias entre Poder Público e ONGs.

É diante desse traço comum que precisamos observar o efeito imediato da descaracterização do regime jurídico de direito público, qual seja, a supressão do direito público subjetivo do cidadão à prestação do serviço público.

3.3.3 **O possível boicote ao direito público subjetivo do cidadão**

Em 1995, Gaspar Ariño Ortiz foi provocado pelo Centro de Estudos Europeus da Universidade de Alcalá de Henares a ministrar um curso de verão sobre o conceito de serviço público europeu e seu regime jurídico futuro. O empreendimento desenvolvido em associação com J. M. de la Cuétara e J. L. Martinez López-Muñiz resultou na publicação de uma obra intitulada *"El Nuevo Servicio Público,"* que revela uma reflexão abrangente sobre o serviço público na Europa.

---

[274] SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000, p.34.

A idéia de volatibilidade do conceito é um ponto sobre o qual se debruçam os juristas espanhóis que se reportam ao serviço público, definindo o que um dia foi, descrevendo o que já não pode mais ser e supondo o que ainda é possível definir na zona intermediária do mar que separa o sonho ideal da sociedade enfeitiçada pelo Estado de Providência e a construção da realidade possível com contornos minimamente aceitáveis.

A referência a esse estudo é bastante pertinente no momento em que precisamos enfrentar a expectativa de descaracterização do pilar que melhor sintetiza o interesse da sociedade pelo acesso a esse tipo de prestação, pois o cidadão comum não quer saber qual é o regime jurídico, nem se importa com a identidade do prestador, mas supõe que público é o serviço quando o utente tem direito à prestação, pois, seja lá qual for sua modalidade ou a natureza do prestador, distingue-se de outras ofertas disponibilizadas ao público em geral, posto que o Estado é obrigado a garanti-la.

É nesse ponto que reside a reflexão de Juan Miguel de la Cuétera Martinez na seção em que propõe três postulados para o novo serviço público, quando inicia o debate sobre os meios de garantia à disposição do Estado para o enfrentamento do futuro, defendendo a regulação e o redimensionamento das prestações como pressupostos à solidificação de prestações concretas, ou seja, para a amarração de um sistema de garantia.

É curioso destacar que o debate é iniciado com alusão a uma premissa aterrorizadora da autoria de Gaspar Ariño, qual seja: *"El servicio público há muerto, lo que nos queda es darle un entierro digno"*. Mas observamos que Martinez não supõe a morte do serviço público por julgar que o Estado não tem mais o dever de honrar com seus compromissos materiais frente ao cidadão.[275]

Na verdade, o serviço público está morto em sua concepção clássica, derivada da escola francesa e da engrenagem rígida do Estado de bem-estar social, mas o enterro digno sugerido por Ariño é, em certa, medida uma proposta ressuscitação da alma do *de cujus*, que poderá continuar a viver num outro plano, talvez numa zona de interseção situada na teoria da reserva do possível ou do mínimo razoável, se a preservação do regime jurídico de direito público atinente à atividade mantiver seus pressupostos mínimos.

---

[275] ORTIZ, Gaspar Ariño; CUÉTARA, J. M. de la & LÓPEZ-MUÑIZ, J. L. Martínez. **El Nuevo Servicio Público.** Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 112.

O problema que vislumbramos agora diz respeito à efetividade da ressuscitação, pois o Estado, como titular da atividade, precisa redesenhar os instrumentos de gestão, e dispor da força da iniciativa privada que não é mais um pecado capital, mas o limiar entre garantir ou deixar de garantir a prestação do serviço público pode estar na forma de que se vale o Poder Público para regular a matéria.

Nesse contexto, a observação de algumas imperfeições da regulação dos contratos firmados pelo Poder Público com organizações não governamentais para empreendimento de serviços sociais pode ensejar dúvidas quanto à manutenção de um sistema de garantia do direito público subjetivo ao serviço público em áreas bastante delicadas de atuação do Estado, onde se concentram competências de suporte à salvaguarda de direitos fundamentais.[276]

É importante destacar que o direito público subjetivo ao serviço público se insere numa relação disciplinada pelo direito administrativo, por isso não importa qual é a natureza da instituição competente pela prestação, nem a que título executa a tarefa, pois o titular do direito pode exercê-lo em seu duplo contexto, ou seja, exigindo a prestação e promovendo a reparação dos eventuais danos decorrentes da ação ou da omissão do prestador.

Para Juan de la Cruz Ferrer, o direito público subjetivo do usuário decorre da relação entre Estado e utente, mesmo que o prestador de serviço seja um terceiro, por isso o administrativista espanhol defende a idéia de que, se a legislação imputa a tarefa ao Poder Público, a obrigação do Estado é garantir a prestação, mesmo que a a atividade seja executada pela Administração Pública, mas, se o responsável pelo serviço causou dano ao particular, o ente público titular da competência responderá por sua culpa *"in omitendo o in vigilando"* diante da falha observada na tutela estatal.[277]

---

[276] Thiago Lima Breus alerta para o valor dos serviços públicos prestacionais como instrumentos de concretização de direitos fundamentais mínimos, fazendo a seguinte alusão à teoria do mínimo existencial: "A teoria do mínimo existencial tem a função de atribuir ao indivíduo um direito subjetivo contra o Poder Público em casos de diminuição da prestação dos serviços sociais básicos, que garantam a sua existência digna." BREUS, Thiago Lima. Serviço Público: direitos fundamentais, formas organizacionais e cidadania. In: COSTALDELLO, Angela Cássia. (Coord.). **Serviço Público: direitos fundamentais, formas organizacionais e cidadania.** Curitiba: Juruá, 2006, p. 254.

[277] Juan de la Cruz Ferrer trata da situação do usuário frente ao serviço público, reconhecendo que o direito privado determina a relação do usuário de serviço público e a gestora do serviço pode se reger por normas de direito público e/ou privado, seja qual for a natureza do prestador, mas a regulação do serviço decorrente da titularidade do ente público é matéria disciplinada exclusivamente pelo direito administrativo. Nessa relação triangular, o Poder Público pode até funcionar como fiador ou avalista da relação principal, mas não poderá deixar de ser o centro garantidor do direito público subjetivo. BELLIDO BARRIONUEVO, María et al.. **Derecho Administrativo II.** 2ª Ed. Madrid: Universitas, 1998, p. 637-639.

Para tratar das dificuldades que se apresentam na verificação do direito público subjetivo nos remetemos ao Estudo de José Manuel Castells Arteche, que se refere primeiro às dificuldades relacionas com a previsão[278] dos deveres do Estado e mais adiante reflete sobre as adversidades enfrentadas na atualidade, vislumbrando as dificuldades políticas de determinar o que pode ser efetivamente exigido pelo cidadão, em matéria de serviço social.

A reflexão proposta pelo jurista supracitado decerto merece a literalidade da citação na qual propomos a ratificação de suas dúvidas sobre a objetivação dos serviços sociais tidos como direito público do cidadão, por isso destacamos *in verbis* a passagem a seguir.

> *Realismo en la apelación a la voluntad política que non impide realizar un esfuerzo reflexivo, con la finalidad de profundizar en ese presunto derecho a unas prestaciones sociales. Es con esa intención, que se hace mención a la fijación de niveles mínimos en la prestación de determinados servicios, cuya exigencia sí podría plantearse ante la instancia judicial, pese a que, una vez más, la exigencia esté mediatizada por las ya conocidas y siempre presentes limitaciones presupuestarias. Entrando en ese nivel de prestaciones sociales mínimas, y sin mengua de entrar en el seguiente epígrafe en la defensa de su núcleo irreductible, se plantean de entrada una difícil respuesta: ?hasta qué punto se pueden exigir como estandar medio?, ?cuál es en último término, el papel del juez para forzar a las Administraciones públicas a que cunplam com el compromisso concreto contraído, la virtud, en la virtud de las excelencias del Estado Social?*[279]

José Manuel Castells Arteche acaba por não responder de forma objetiva aos questionamentos lançados acima, mas, em suas notas de conclusão, o catedrático da Universidade do País Basco acaba nos atirando diante de uma dúvida que aprofunda ainda mais nossa reflexão sobre a efetividade dos serviços públicos sociais diante da prestação do Terceiro Setor, na medida em que reconhece que a possibilidade da privatização dos serviços públicos está passando por sua própria crise.[280]

---

[278] *"Se ha expuesto las dificultades existentes para configurar la possible exigencia ciudadana a las prestaciones sociales por la Administración, considerando como un auténtico derecho subjetivo e ejercitable como tal ante las instancias pertinentes, así como su estricta dependencia de la decisión del legislador. La posible, y frecuente, inactividad del legislador y de la propia Administración, revertia en un déficit inequívoco de la prestación correspondiente y en la situación de passividad, esta vez del propio ciudadano, inerme ante esa inactividade."* Cf. ARTECHE, José Manuel Castells. La Actual Coyntura de la Administración Prestadora de Servicios Públicos. In: WAGNER, Francisco Sosa. **El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XX: Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo.** Tomo II. Valencia: Titant lo blanch, 2000, p. 2000-2001.

[279] ARTECHE, José Manuel Castells. La Actual Coyntura de la Administración Prestadora de Servicios Públicos. IN WAGNER, Francisco Sosa. **El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XX: Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo.** Tomo II. Valencia: Titant lo blanch, 2000, p. 2001.

[280] Nesse sentido, vale a pena dispor literalmente do texto do catedrático, que alude a sua primeira epígrafe para reforçar que a crise não está só no Estado de bem-estar social, fazendo o seguinte arremate: *"Se ha*

Decerto, pode-se afirmar que a atuação do Terceiro Setor, na prestação de serviços sociais, determinados como obrigações do Estado pela Constituição Federal, colocam-nos diante de dúvidas que passam necessariamente pela indagação da natureza jurídica da prestação, pois é possível que a privatização do regime modifique as prerrogativas do cidadão, sobretudo, na qualidade de titular do direito à indenização em decorrência da responsabilidade civil do Estado. Mais uma vez, vale a pena destacar a reflexão de Paulo Otero, nos seguintes termos:

> Mais: a proliferação de entidades privadas no exercício de funções administrativas, segundo um processo de criação efectuado por pessoas coletivas públicas, mostra-se ainda passível de traduzir uma utilização instrumental da personalidade jurídica com o intuito de, limitando a responsabilidade civil pelos danos por ela gerados, produzir uma efectiva fraude a direito de terceiros, designadamente credores de tais entidades.[281]

Ao observar o espaço ocupado pelos usuários de serviço público no Brasil, César Pereira admite que existem zonas onde se situaria alguma margem de liberdade para o prestador de serviços públicos, mas enfatiza que "o regime próprio do serviço público no Brasil é o regime administrativo, de direito público, e não há qualquer espaço - mesmo nesses campos de liberdade – para a aplicação do direito privado."[282]

Como o regime jurídico que pesa sob o serviço público proporciona garantias ao usuário de serviço público mais consistentes do que aquelas resguadadas ao consumidor, diante da oferta de bens e serviços do mercado, é fundamental que se mantenha a interpretação estrita do artigo 175 da Constituição Federal.

Dessa forma, só será possível reconhecer como serviço público a oferta de benefícios em forma de prestação, disponibilizada diretamente pela Administração Pública ou, indiretamente, pela legítima delegação da tarefa por meio de concessão ou permissão de serviço público, nas condições determinadas pela Lei 8.987/95.

---

asistido así, al paradigma de lo <privado> juzgado como elemento essencial cara a una <eficaz> gestión. La incorporación de nuevas técnicas de gestión se enlazó como importante fenômeno privatizador. La justificación en la eficacia suponía el motor final de toda la operación. Me remito al primer epígrafe para reseñar que también se percibe una crisis de este fenômeno universal de privatizaciones de servicios públicos" ARTECHE, José Manuel Castells. La Actual Coyntura de la Administración Prestadora de Servicios Públicos. In: WAGNER, Francisco Sosa. **El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XX: Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo.** Tomo II. Valencia: Titant lo blanch, 2000, p. 2010.

[281] OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade.** 1ª Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003, p. 307-308.

[282] PEREIRA, César A. Guimarães. **Usuários de serviços públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos.** São Paulo: Saraiva, 2006, p. 115-116.

Infelizmente, muitas OSCIPs são orientadas a executar projetos sociais, desempenhando função substutiva em relação ao Poder Público. Nessas circunstâncias, o termo de parceria acaba servindo como suporte de uma pseudo-delegação de serviço público – decerto uma violência tão sutil ao regime jurídico de direito administrativo, com conseqüências nem tanto singelas para nossa ordem jurídica.

O combate a essa prática ilegal é matéria de controle da Administração Pública que nos remete a um debate mais amplo dos pontos controvesos do termo de parceria, por isso iniciaremos, no próximo capítulo, uma discussão sobre as possíveis fragilidades da regulação desse pacto, observando os elementos sobre os quais recai a inatividade do Estado, em decorrência dessa disciplina.

3.4 UMA ÚLTIMA PALAVRA SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DO TERMO DE PARCERIA

Desde o princípio, a edificação desta seção de abordagem do termo de parceria tem levado em consideração a necessidade de discutir o modelo de regulação desse pacto, que se constitui como eixo da relação travada entre o Estado e o Terceiro Setor, já que a Lei 9.790/99 se constituiria como marco regulatório de um novo desenho para o relacionamento desses agentes, concernente à promoção do serviço social de nosso país.

O olhar sobre os modelos contratuais de características análogas ao termo de parceria foi a melhor alternativa para a identificação de seu caráter peculiar, e diante dessa premissa nos lançamos à ousadia de refletir sobre a natureza jurídica desse pacto.
Nesse empreendimento, duvidamos da essência do termo de parceria, por isso desconfiamos respeitosamente de elementos fundamentais da substância do termo de parceria, quais sejam: a natureza colaborativa do pacto e seu fim como instrumento de fomento social.

Com tal hesitação, observamos que a deturpação do interesse dos signatários do termo de parceria pode ensejar possíveis desvios de finalidade, que deformam a moldura jurídica do pacto, conferindo-lhe a feição de contrato de prestação de serviços, que pode ser de mero suporte, tal como uma terceirização, ou pode ser de substituição do Poder Público, tal como numa delegação de serviço público.

O enfrentamento dos ganchos de possível desvio de finalidade dos termos de parceria abre espaço para uma reflexão sobre os efeitos perversos da fuga do regime jurídico de direito público – elemento fundamental do debate internacional sobre a

contrualização do direito administrativo e a fuga para o direito privado. Nesse ponto, a análise dos efeitos da distorção do regime jurídico do termo de parceria foi furtada para sustentar a coesão da tese, diante da sua problemática matricial, qual seja o impacto do *deficit* de regulação do termo de parceria, que provoca a inatividade da Administração Pública, em função do disciplinamento legal equivocado das suas ferramentas de controle.

De fato, até agora não conseguimos dar um nome ao nosso ornitorrinco, e, apesar de sabermos que a parceria entre Estado e OSCIP pode ser falsificada pelo termo de parceria, já supomos de que forma o pacto pode ser maquiado, mas não propomos que tipo de susbstância é portada por esse modelo contratual, quando os atores parcipam da cena atuando estritamente de acordo com o *script.*

Nessa perspectiva, podemos supor que, diante dos argumentos levantados nesta seção, o termo de parceria abarca uma natureza jurídica híbrida, pois não é possível conceber que tal pacto se caracterize como simples instrumento de fomento, pois o Estado tende a dirigir os projetos sociais realizados pelas OSCIPs parceiras, já que o Poder Público tem a faculdade de dispor sobre o objeto do pacto, sendo possível ao parceiro público gerir sua execução, que fica obrigatoriamente vinculado a uma tutela de controle.

Como o Estado participa da definição do objeto do contrato, determinando diretrizes gerais que orientam a ação social desenvolvida pela OSCIP parceira, poderíamos identificar um traço fundamental do alvará de poder de polícia, no termo de parceria, qual seja a autorização formal conferida pela Administração Pública para uma pessoa jurídica de direito privado deselvolver atividade no exercício de uma liberdade fundamental prevista pela Constituição Federal.

Mas, enquadrar o termo de parceria como alvará seria um equívoco dogmático imperdoável, pois as licenças e autorizações editadas pelo Poder Público, no exrcício de seu poder de polícia, possuem caráter unilateral, e são conferidas no interesse do particular, para salvaguardar o interesse público – por isso o termo de parceria não é compatível com o alvará, dada sua natureza bilateral e suposta convergência de interesse dos pactuantes.

Diante das dificuldades de associação do termo de parceria aos títulos de fomento e aos alvarás de poder de polícia, fechamos essa incursão na dogmática do direito administrativo e voltamos o olhar para o direito privado, pois, nos modelos de contrato

disciplinados pelo direito civil, encontramos uma estrutura que pode nos fornecer uma fotografia mais próxima do *layout* do termo de parceria, qual seja, o mandato.

Nessa perspectiva, o termo de parceria pode ser identificado como um tipo de mandato, pois a OSCIP representa os interesses do Estado no desenvolvimento do projeto social, vinculado a diretrizes determinadas pelo mandante, ou seja, pelo parceiro público, mediante patrocínio, o que justifica a transferência de recursos financeiros para a entidade do terceiro setor. Diante desses requisitos, o termo de parceria poderia ser reconhecido como um tipo de Mandato[283] Público Social Remunerado.

[283] "Opera-se o mandato quando, diz o art.653 do Código Civil, "quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses". Como explica com clareza ROBERTO DE RUGIERO, "encarregar outrem de praticar um ou mais atos por nossa conta e no nosso nome, de modo que todos os efeitos dos atos praticados se liguem diretamente à nossa pessoa, como se nós próprios os tivéssemos praticado, é o que tecnicamente se chama conferir ou dar mandato". (...) A principal característica do mandato, que ressalta da expressão "em seu nome", constante do retrotranscrito art.653 do Código Civil, é a idéia de representação, que o distingue da locação de serviços e da comissão mercantil. Por essa razão os atos do mandatário vinculam o mandante, se dentro dos poderes outorgados (art.679). Os praticados além dos poderes concedidos no mandato só o vinculam se forem por ele ratificados(art.665)." GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Contratos e atos unilaterais**. Vol. III. São Paulo: Saraiva, 2007, p.384-385.

CAPÍTULO 4 - A INATIVIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA TUTELA DAS OSCIPs

A reflexão sobre a natureza jurídica do termo de parceria nos coloca diante da observação do desvirtuamento do modelo de fomento e colaboração disciplinado pela Lei das OSCIPs, e é a partir da observação desse fenômeno que nos propomos a observar o paradigma regulação do contrato em evidência neste estudo.

Partimos da hipótese de que o desvio de finalidade do termo de parceria, que se revela nas práticas maquiadas, de terceirização e delegação de serviço público às OSCIPs, pode decorrer de uma fragilidade da regulação do pacto, passível de flexibilizar a tutela do Estado em relação às organizações do Terceiro Setor, por isso vamos fotografar os diplomas legais que se ocupam dessa relação, em especial, a Lei 9.790/99 e o Decreto 3.100/99.

O objetivo deste estudo é identificar os instrumentos de tutela, relacionados ao controle das OSCIPs, para verificar as efetivas prerrogativas do Estado, enquanto polo contratante do termo de parceria. Nessa perspectiva, poderemos indagar se há lacuna na disposição dos instrumentos de controle da Administração Pública, e/ou se essas ferramentas possuem uma engrenagem eficaz, ou seja, com aptidão de produzir efeitos válidos.[284]

4.1 A FOTOGRAFIA LEGAL DO CONTROLE DAS OSCIPs

As organizações da sociedade civil de interesse público estarão vinculadas a um sistema de controle, público ou privado, o que dependerá da existência de uma vinculação ou não entre essas instituições e o Poder Público, pois a qualificação das OSCIPs deriva de um ato administrativo vinculado aos requisitos estabelecidos na lei, que não estabelece a vinculação entre a entidade do Terceiro Setor e o Poder Público, como um dos pressupostos para a aquisição do título.

Por isso, a identificação do controle realizado em relação às organizações da

[284] O *deficit* de regulação da tutela dos termos de parceria poderia ser levantado ainda num terceiro quesito, pois, partindo da premissa de que a legislação não disponha de lacuna na determinação dos instrumentos de controle, e, em sendo esses eficazes, ainda poderíamos supor a possível deturpação da tutela dos contratos, decorrentes de fraudes erigidas pela ação dos agentes da Administração Pública, investidos do poder de controlar a relação de parceria entre o Estado e as OSCIPs. Não estamos trabalhando com essa hipótese, porque um estudo de efetividade do controle a partir da apreciação da atuação do Poder Público demandaria um estudo de caso que se mostrou inviável desde as primeiras incursões empíricas realizadas nesta pesquisa, entre 2005 e 2006.

sociedade civil de interesse público dependerá da existência ou não do vínculo jurídico entre a OSCIP e o Estado; levará em consideração a natureza jurídica do vínculo; e estará atrelada às especificidades do acordo, tendo em vista o objeto de atuação específico da entidade.

Quando as organizações da sociedade civil de interesse público estiverem atuando a serviço do Estado, mediante fomento deste, as receitas e as despesas serão obrigatoriamente vinculadas a um sistema de prestação de contas, que possui características bem específicas, pois é possível observar a heterogeneidade dos agentes que interagem com o controle da OSCIP, bem como a natureza contratual da fiscalização, na percela conduzida pelo ente público parceiro e a perspectiva de democratização da auditoria com a possível participação da sociedade civil, desde a seleção da OSCIP até a averiguação da execução do projeto social.

A heterogeneidade do controle se relaciona ao conjunto de agentes que podem participar da engrenagem da fiscalização do pacto, pois, apesar de a Lei 9.790/99 estabelecer ferramentas de correção, que se exaurem na atuação do ente público celebrante da parceria e do conselho de políticas públicas da área de atuação concernente ao objeto do pacto, é possível verificar a possibilidade de os Tribunais de Contas, do Ministério Público e do Poder Judicário participarem do controle das OSCIPs, quando esses atores forem provocados para tal, ou estiverem no exercício de suas competências *ex oficio.*[285]

Nesse caso, é necessário ressalvar que há ferramentas de controle ordinárias que dependem da atuação regular do parceiro público e do conselho de políticas públicas, independentemente de qualquer suspeita de transgressão das OSCIPs, na execução do termo de parceria, sendo o controle das demais instâncias competentes decorrente de indícios de ilegalidade na atuação da entidade do Terceiro Setor, como também na relação entre os parceiros.

O foco contratual do controle se determina pela natureza da relação constituída

[285] A Lei 9.790/99 não faz referência à atuação do Poder Judiciário, mas, devido à abrangência do princípio da inafastabilidade, previsto no art. 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988, não podemos deixar de supor que parcela do controle das OSCIPs vinculadas a termo de parceria podem decorrer da atuação desse ator, que só atuará mediante provocação dos legítimos interessados. No que diz respeito à atuação dos demais entes que podem vir a tomar conhecimento das irregularidades relativas à gestão do termo de parceria, de ofício ou mediante provocação, destacamos a prescrição do art. 12 desta Lei: "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. "

entre Estado, na condição de contratante do termo parceria, e OSCIP, na condição de contratada desse pacto, pois o parceiro público e o conselho de políticas públicas referentes ao segmento do objeto gerido pela OSCIP são responsáveis pelo acompanhamento permanente do termo de parceria, tendo o dever de observar o desempenho da instituição sem fins lucrativos no que diz respeito à realização efetiva do plano de trabalho pré-aprovado e no que diz respeito à execução das receitas e despesas vinculadas aos recursos públicos recebidos.[286]

A perspectiva de o controle das OSCIPs se estabelecer por meio de expedientes democráticos se perfaz na perspectiva de algumas promessas prescritas na legislação, tais como na publicidade relacionada à formalização e à execução do termo de parceria, mas também pela atuação do conselho de política pública que participa da relação travada entre Estado com o Terceiro Setor, opinando sobre conveniência, condições de execução do objeto e fiscalização do plano de trabalho do objeto a cargo da OSCIP.

Os aspectos que sustentam essa tendência de democratização da tutela das OSCIPs podem ser observados em algumas ferramentas de controle, quais sejam: na apreciação prévia da conveniência da parceria, por duas instâncias de competência; no acompanhamento da execução do objeto social, determinado pelo crivo da eficiência no que tange à eficácia administrativa e à financeira da atuação da OSCIP; e na transparência dos aspectos referentes à formação e à execução do termo de parceria.[287]

Nesta abordagem dos instrumentos de controle regulares do termo de parceria, vamos observar as cautelas preventivas de que pode se servir o Estado, antes da celebração do pacto com a instituição sem fins lucrativos, destacando a possibilidade de seleção da entidade do Terceiro Setor, a apreciação da regularidade de seu funcionamento e a consulta do conselho de política pública, constituído na área

---

[286] Pedro Durão alude ao controle das formas de cooperação administrativa, vislumbrando que o controle de resultado da prestação de serviços se encontra em evidência devido ao modelo de administração gerencial, trazido pela última reforma administrativa e propõe que essa prerrogativa nos pactos de colaboração pode partir de um mecanismo interno ou externo. O controle interno está a cargo da instituição gestora do pacto, não porque faça parte de sua missão institucional, mas porque se relaciona à disciplina de seus atos administrativos, sobretudo, àqueles com desdobramentos financeiros. DURÃO, Pedro. **Convênios e Consórcios Administrativos: gestão, teoria e prática.** 1ª Ed., 3ª Tiragem. Curitiba: Juruá, 2006, p. 123-125.

[287] A participação da sociedade civil, ora representada pela atuação do conselho de política pública, ora independentemente deste, fica enunciada nos seguintes dispositivos do Decreto 3.100/99: artigo 4º e 5,º sobre a perda da qualificação da OSCIP; artigo 10, sobre a apreciação do termo de parceria, antes de sua celebração, pelo Conselho de Política Pública; artigo 17, sobre o acompanhamento do termo de parceria, durante sua execução; artigo 20, sobre a participação do conselho de política pública na comissão de avaliação, responsável pela apreciação da prestação de contas da OSCIP parceira; e artigo 30, sobre a participação do conselho de política pública na comissão julgadora do concurso, voltado para selecionar a OSCIP a firmar termo de parceria com o Poder Público.

pertinente ao objeto da parceria.

Quando uma instituição pública está interessada em se associar a uma OSCIP para a realização de um serviço de utilidade pública de caráter social, o Estado pode convocar instituições do Terceiro Setor interessadas no empreendimento, promovendo uma ação voltada para chamar a atenção das instituições sem fins lucrativos, assim qualificadas, tendo em vista selecionar a entidade privada com a qual celebrará o termo de parceria.

A realização da licitação pode se constituir como uma ferramenta de controle, porque previne a contratação de instituições privadas oportunistas, cuja experiência na execução do objeto social do termo de parceria, seja duvidosa. Por isso, apesar de o Decreto 3.100/99[288] estabelecer que o Estado pode optar pela seleção de forma discricionária, não podemos deixar de evidenciar que tal faculdade não é apenas uma cautela preventiva, pois se constitui como recurso engajado com a concretização dos princípios da moralidade e da impessoalidade, inerentes à gestão da coisa pública.

É relevante destacar que o Decreto 5.405/05 determinou que os termos de parceria, executados com recursos financeiros do governo federal, só serão firmados após a realização de licitação na modalidade pregão, de preferência eletrônico, mas, como as políticas públicas sociais têm sua execução concentrada na atuação dos governos estaduais e municipais, é provável que a discricionariedade prevaleça, já que a norma mencionada estabelece a obrigação, de caráter vinculado, apenas para a União.

A maioria das instituições públicas que optam pela licitação de OSCIP, tendo em vista a celebração do termo de parceria, realizarão a seleção por meio de concurso de projetos, valorizando a qualidade do plano de ação a ser realizado pela instituição sem fins lucrativos, pois essa é a estratégia mais viável e adequada, já que o pregão, disposto no Decreto 5.405/05, pode se apresentar como um instrumento inapropriado de seleção, nos aspectos concernentes ao objeto do pacto e a seu critério de julgamento.[289]

Contudo, ressaltamos que a realização do concurso de projetos para a seleção da OSCIP não se constituirá como uma armadura infalível para o Estado, pois a apreciação

---

[288] O art. 23 do Decreto 3100/99 realça a discricionaridade do Poder Público na licitação para celebração de termo de parceria com OSCIP, nos seguintes termos: "A escolha da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, para a celebração do Termo de Parceria, **poderá** ser feita por meio de publicação de edital de concursos de projetos pelo órgão estatal parceiro para obtenção de bens e serviços e para a realização de atividades, eventos, consultorias, cooperação técnica e assessoria" (grifo nosso).

[289] A Lei 10.520/02 estabelece que o objeto do pregão é aquisição de bem ou serviço comum (artigo 1º e parágrafo único), e o julgamento da oferta é obrigatoriamente realizado por menor preço (artigo 4º, inciso X).

dos critérios, de habilitação[290] técnica e jurídica da instituição do Terceiro Setor não serão levados em consideração na produção de prova da competência institucional das concorrentes, já que o Decreto 3.100/99 determina limites para a averiguação de tais capacidades, evidenciando o foco da seleção no mérito do projeto.[291]

Dentre os instrumentos de controle preventivo implicados na celebração do termo de parceria, vale ressaltar o crivo do conselho de política pública, anterior à decisão do Poder Público pela celebração do pacto, pois a formação colegiada dos conselhos favorece a integração da sociedade civil à gestão da coisa pública, por isso a formação da vontade do Estado pode se legitimar perante a sociedade, considerando a natureza democrática da deliberação pela atuação da OSCIP.[292]

O conselho de política pública da área concernente ao objeto do termo de parceria emitirá opinião que não tem caráter vinculante, pois o Decreto 3.100/99 estabelece que a decisão, em última instância favorável à celebração do termo de parceria, fica a cargo da instituição pública que firmará a parceria, mas, dependendo do grau de representatividade do conselho e do nível de organização política da sociedade local, é possível que o parecer do colegiado pese sobre a deliberação do Estado.

Mesmo considerando a possibilidade da atuação do conselho de política pública se constituir como um elemento destacável na celebração do termo de parceria, temos que ressaltar o caráter facultativo da participação desse colegiado na apreciação da conveniência do vínculo entre Estado e OSCIP, pois, de acordo com o o artigo 9º, § 2º, do Decreto 3.100/99: "caso não exista Conselho de Política Pública da área de atuação correspondente, o órgão estatal parceiro fica dispensado de realizar a consulta, não podendo haver substituição por outro Conselho."

O papel do conselho de política pública na relação constituída entre o Estado e a OSCIP não se exaure na consulta anterior à celebração desse pacto, pois, após a

---

[290] Nos referimos aos quesitos prescritos pelos artigos 28 e 30 da Lei 8.666/93.

[291] Apesar de o art. 27 do Decreto 3.100/99 não estabelecer expressamente a valorização dos critérios relacionados à qualidade do projeto, podemos supor tal prevalência, considerando que o concurso disciplinado para seleção de OSCIP não discrepa do concurso disciplinado pela Lei 8.666/93, onde o julgamento se dá exclusivamente com a observação da melhor técnica. Além disso, temos que levar em consideração que o decreto aludido demonstra essa inspiração, ao estabelecer, no inciso I, do § 1º do art. 31, que o órgão público parceiro "não examinará recursos administrativos contra as decisões da comissão julgadora." Nessa perspectiva, a opção pela valorização do aspecto técnico do julgamento do projeto se evidencia pela formação da comissão julgadora, que será integrada por um profissional da área do objeto a ser pactuado, justamente pra reforçar a idéia de busca pela qualidade.

[292] Maria da Glória Gonh afirma que os conselhos gestores de políticas públicas representam espaço de participação política da sociedade civil bastante expressivo, dentre os novos instrumentos democráticos, paralelos ao sufrágio. GONH, Maria da Glória. **Conselhos gestores e participação sociopolítica**. São Paulo: Cortez, 2001, p50-55.

formalização do vínculo entre as partes, inaugura-se a fase mais importante do controle desferido em relação à entidade do Terceiro Setor, pois a vigência do contrato implica seu acompanhamento regular, quando o colegiado será mais uma vez prestigiado.

A fiscalização do termo de parceria propõe o compartilhamento de tarefas entre a instituição pública celebrante do contrato e o conselho de políticas públicas pertinente ao objeto do pacto, pois o Decreto 3.100/99 dispõe sobre a tutela do termo de parceria, apontando para o trabalho de uma comissão formada por representantes do Poder Público, da OSCIP, e do Conselho.

A comissão de fiscalização do termo de parceria desenvolverá um controle bipolar, verificando a regularidade dos aspectos administrativos e financeiros relacionados à execução do termo de parceria, pois, a priori, a tutela do contrato se encerra na apreciação dos relatórios de prestação de contas, supridos da documentação exigida pelos arts. 11 e 12 do Decreto 3.100/99.

A legislação amarra o acompanhamento do termo de parceria à perspectiva de um sistema de controle objetivo que impõe a observação do cumprimento das metas, de acordo com indicadores precisos de eficiência, bem como a verificação do destino das despesas realizadas com as receitas depositadas pelo Estado, sobretudo no que diz respeito ao pagamento de remunerações e outros benefícios aos recursos humanos agregados à atuação da OSCIP.

As engrenagens do controle da OSCIP, dispostas no Decreto 3.100/99, realçam a natureza contratual da tutela, vinculada à competência do Estado, por isso é possível que a fiscalização dos termos de parceria apresente particularidades decorrentes das disposições pactuadas pelas partes, sobretudo no que diz respeito à forma de execução do controle, pois a instituição pública celebrante poderá optar por um acompanhamento simultâneo e/ou subsequente do contrato, determinando se a prestação de contas será feita em uma ocasião ou em várias oportunidades.[293]

É provável que os desdobramentos da apreciação dos relatórios de prestação de contas encerrem no mínimo duas variáveis, pois a comissão de fiscalização pode concluir a avaliação dos documentos, encerrando o feito, por julgar que a OSCIP

[293] É possível deduzir que o controle abarca mais do que uma prestação de contas anual baseada na apresentação de relatórios e documentos, pois, no artigo 17 do Decreto 3.100/99, o legislador se remete ao acompanhamento e à fiscalização do termo de parceria de que trata o artigo 11 da Lei 9.790/99, – matéria que não será objeto de delineamento estrito pelo Decreto 3.100/99 – apenas para delimitar o conjunto de documentos que o parceiro público poderá vistoriar, tendo em vista evitar abuso de autoridade. Por isso, diante das prerrogativas próprias do Estado, na qualidade de contratante e parceiro da OSCIP, nada obsta que providências de gestão regular da execução do termo de parceria sejam observadas, nos moldes do art. 67 da Lei 8.666/93.

cumpriu adequadamente suas obrigações, ou a suspeita de fraude pode conduzir o Poder Público para a realização de providências suplementares de averiguação.

Nem a Lei 9.790/99 nem o Decreto 3.100/99 disciplina expressamente o teor das providências a cargo do Estado, nas ocasiões em que, da prestação de contas da OSCIP resultar dúvida quanto à regularidade da execução do termo de parceria, mas a instituição pública celebrante do pacto não poderá se furtar do dever de conduzir averiguações definitivas, pois, diante da comprovoção 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."[294]

Nesse sentido, é importante realçar que a OSCIP possui as garantias à disposição dos demais entes privados contratados pelo Estado, por isso a abertura de processo administrativo vinculado à observação de sua responsabilidade implica a salvaguarda do contraditório e da ampla defesa, mas tudo indica que a instituição pública parceira, apenas verifica a responsabilidade, mas não promove os gravames dela decorrentes, pois a legislação específica não dispõe sua competência para a imputação de sanções à entidade do Terceiro Setor.

Apesar da referência, preliminarmente destacada sobre o engajamento do Estado ao conselho de política pública, na tutela do termo de parceria, julgamos que só o Poder Público tem competência para desenvolver os expedientes relacionados com a promoção da responsabilidade das OSCIPs, por isso o colegiado que participa do acompanhamento do empreendimento social e da apreciação de sua prestação de contas não mantém o elo com a potestade, quando se inaugura a fase de averiguação de responsabilidade.[295]

Mesmo considerando que o Estado e o conselho de política pública partilham dos mesmos interesses, quando estão reunidos na comissão de fiscalização do termo de parceria, não podemos deixar de registrar que, se o conselho for um ente efetivamente representativo do interesse da sociedade civil, pode este funcionar como observador externo do processo de responsabilização da OSCIP, cumprindo, dessa forma, o papel de pressionar o Poder Público para a concretização das providências legais pertinentes.

Decerto, a concepção da fórmula de acompanhamento do termo de parceria pode

---

[294] Artigo 12 da Lei 9.790/99.

[295] Nessa perspectiva, o conselho de política pública pode participar do controle como qualquer observador externo, tal como o cidadão comum, mas não interage com expedientes relacionados ao exercício do poder de império do Estado, pois o exercício da faculdade de punir da Administração Pública está além das ferramentas de mera gestão do Poder público.

efetivar parcela significativa do controle das OSCIPs, mas o sucesso do empreendimento resulta da assunção adequada dos papéis que a legislação definiu para os atores, sobretudo se o conselho de política pública estiver constituído, ou seja, criado, com formação representativa e se portando com independência em relação aos pactuantes.

No momento, essas considerações se estabelecem como a base para o tratamento das parcerias entre Estado e Oscips, como expressão da atividade reguladora do Poder Público. Nesta abordagem, pretendemos observar se essa perspectiva de regulação do Terceiro Setor tende a comportar desestatização para o Estado ou publicização do Terceiro Setor.

A preocupação com o controle da atuação das OSCIPs é, por conseguinte, a busca de um plano de excelência para o controle da própria Administração Pública, cuja posição de contratante exige rigor, sobretudo porque, garantir a efetividade dos processos de fiscalização do Estado é concretizar o princípio da legalidade na zona onde o art. 37 da Constituição Federal de 1988 impõe eficiência à Administração Pública.

A concretização do princípio da eficiência na relação travada entre Estado e OSCIPs pode apresentar elementos que interagem com a oferta de políticas públicas sociais disponibilizadas para o cidadão, por isso o controle do termo de parceria, na fase de constituição, execução e, após a execução do projeto social é tão importante, já que os resultados do trabalho da OSCIP refletem a imagem da Administração Pública.[296]

Luciano Parejo Alfonso faz alusão à crise fiscal do Estado nos anos 1970 e 1980, mostrando o esforço da União Europeia para controlar o crescimento do *déficit* público a partir de um programa de reforma que vai além da definição de prioridades no setor de serviços sociais, pois colocar a máquina administrativa sob controle é o principal imperativo da mudança que se pretende realizar.[297]

---

[296] Nesse sentido, Bruno Ariel Rezzoagli realça o papel do controle como ferramenta de gestão, ratificando nossa alusão, nos seguintes termos: *"El control representa una actividad clave en cualquier organización, puesto que no sólo permite detectar las irregularidades que se han cometido y adoptar las medidas correctivas que sean apropriadas a la distinción planteada, sino que además hace posible la reformulación planteada, sino que además hace posible la reformulación de las políticas, objetivos y métodos de actuación vigentes hasta ese momento. Pero en el supuesto de las Administraciones Públicas, en tanto que representantes de los interesses generales y gestoras de la autoridad y los fondos públicos, la necessidad de control ES aún mayor a la de cualquier otra organización."* REZZOAGLI, Bruno Ariel. **Corrupción y Contratos Públicos: Una vision desde la fiscalizacion del Tribunal de Cuentas.** Salamanca: Ratio Legis Librería Jurídica, 2005, p. 73.

[297] *"De ahí la crisis del Estado fiscal, que ha dado lugar en algunos paises y también en nuestro, en los años setenta y ochenta, a la formulación y ejecución de políticas dirigidas bien a reducir la extensión o la intensidad de la responsabilidad social del Estado, bien a replantear los términos de ésta. Particular mención, a pesar de su coyunturalidad, merece en éste sentido del control del crescimiento del gasto*

Como as OSCIPs, na qualidade de parceiras do Poder Público, podem ser consideradas como um recurso gerido pelo Estado, então é possível vislumbrar que o controle do Terceiro Setor, nesse caso, é o controle da própria Administração Pública, por isso é necessário quebrar parcela da abstração que reside na aplicação do princípio da eficiência para que o controle das organizações não governamentais contratadas pelo Estado para prestar e/ou assessorar serviços sociais.[298]

Neste capítulo, a análise da parceria entre Estado e OSCIP se direciona dos possíveis pontos de insipiência da relação desses atores, decorrentes da fragilidade do supote legal associado ao vínculo das partes. Nesse sentido, estamos supondo que a regulação, proposta para a articulação dos personagens, pode ser inapropriada pela perspectiva de esvaziamento de seus principais fins.

Partimos da premissa de que a Lei de OSCIPs apresenta uma engrenagem voltada para associar Estado e Terceiro Setor, na promoção de serviços sociais, aprofundando as condições de engajamento da sociedade civil na produção de políticas públicas. Por isso, a efetividade desse projeto depende preliminarmente de um arranjo de regulação capaz de viabilizar seus propósitos.

A partir da próxima seção, nos conduzimos para a observação da engrenagem de regulação das OSCIPs, na sua performance de atuação associada ao Poder Público, para vislumbrar as posíveis falhas da legislação, na disposição sobre a democratização das políticas públicas sociais de gestão "compartilhada," e no disciplinamento dos instrumentos de controle do Estado, enquanto polo contratante do termo de parceria.

Nessa perspectiva, partimos da premissa de que o Estado pode ter falhado, como agente regulador da ordem social, antes mesmo de se associar às OSCIPs, pelo fato de regular mal a engrenagem de articulação entre partes. Por isso, enunciaremos a

---

público el esfuerzo exigido a los paises miembros de la Cominidad Europea por el programa de convergencia: la redución del déficit público al 3% del PIB para el año 1997. Lo decisivo y estructural de esta crisis es, sin embargo, el dato de la limitación de los recursos a disposición del Estado, que – a estos efectos – es primariamente Estado administrativo, y, por tanto el imperativo de la priorización en el gasto y la gestión mas útil de los recursos económicos, como también los materiales e personales, a sua disposición." Cf. ALFONSO, Luciano Parejo. La Eficácia Administrativa y La Calidad de los Servicios Públicos. IN WAGNER, Francisco Sosa. **El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XX: Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo.** Tomo II. Valencia: Titant lo blanch, 2000, p. 1953-1954.

[298] Mais uma vez recorremos a Luciano Parejo Alfonso que ao dispor sobre a qualidade do serviço público como procedimento de controle da Administração, assim argumenta: *"(...) Pautas éstas que son las que están influyendo – por ocupación simplemente del vacío existente – los procesos de reforma de la Administración pública dirigidos a vitalizar en ella una gestión capaz de incorporar a su economía propia las exigencias de la eficacia."* Cf. ALFONSO, Luciano Parejo. La Eficácia Administrativa y La Calidad de los Servicios Públicos. IN WAGNER, Francisco Sosa. **El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XX: Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo.** Tomo II. Valencia: Titant lo blanch, 2000, p. 1973.

inatividade da Administração Pública na apresentação das fragilidades dos dois aspectos centrais da regulação da "parceria," quais sejam: em seu apelo democrático e no controle do termo de parceria.

4.2 O APELO DEMOCRÁTICO NA ASSOCIAÇÃO ENTRE ESTADO E OSCIPs

A idéia de democracia inaugurada nesta seção não pretende abordar os problemas clássicos da teoria do Estado, observando a questão da efetividade dos processos decisórios de cunho democrático, na capacidade da sociedade de se fazer ouvir por seus representantes, através dos vários canais de comunicação disciplinados pelo Direito.

A abordagem que propomos focaliza a democracia como meio e não como fim do Estado, por isso a idéia não é discuti-la como valor universal, observando o Estado democrático como um ícone sem contraponto possível. Aqui, a democracia será evidenciada como instrumento de gestão[299], tendo em vista a formação do consenso social minimamente necessário para a determinação de um padrão viável de governabilidade.[300]

Nesse contexto, deparamo-nos com a democracia no centro de um arranjo complexo de interações da sociedade civil com o Estado, onde a proliferação dos meios de participação política favorece a tendência por uma administração consensual[301], pois o Poder Público permite que novas formas de diálogo aproximem os atores do jogo

---

[299] Rogério Gesta Leal critica as formas de gestão concentradas em mecanismos de decisão centralizados ao nível do Estado, vislumbrando a necessidade de comunicação entre o Poder Público e os cidadãos, quando registra que "tal perspectivacondiciona a legitimidade pública no Estado Democrático de Direito, à existência de um processo democrático de comunicação política, que institui um espaço permanente de construção de entendimentos racionais sobre o que se pretende em termos de sociedade e governo, a partir da organização de mecanismos e instrumentos de co-gestão que garantam a visibilidade, compreensão e debate das questões comunitárias relevantes." LEAL, Rogério Gesta. **Estado, Administração Pública e Sociedade: novos paradigmas.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.40.

[300] Guilhermo O'Donnel, vislumbrando a realidade de alguns países da América Latina, como o Brasil, registra o perfil do sistema democrático de nosso país, alegando tratar-se de uma forma de democracia delegativa, observando a seguinte concepção: "as democracias delegativas não são democracias consolidadas ou institucionalizadas, mas podem ser *duradouras*. Na maioria dos casos não se vislumbram ameaças iminentes de uma regressão autoritária aberta, mas tampouco se vislumbram avanços em direção a uma representatividade institucionalizada." O'DONNELL, Guilhermo. **Democracia Delegativa?** Novos Estudos CEBRAP, n. 31, out., 1991, p. 26.

[301] Diogo de Figueiredo Moreira Neto vislumbra que a tendência da Administração Pública pela busca da eficiência pautada em resultados se potencializa com "técnicas democráticas," que se coinstituiriam como "meios" para a gestão da coisa pública. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno: legitimidade: finalidade: eficiência: resultados.** Belo Horizonte: Fórum, 2008, p.126.

democrático, mesmo que o objetivo do espetáculo seja apenas forjar a democracia, com a legitimação popular dos representantes da potestade.[302]

De fato, reflexões recentemente alçadas no estudo do direito administrativo revelam uma dificuldade significativa dos governos de manterem a legitimidade de sua performance, pois o ideal de construção e efetivação do Estado de bem-estar social ainda ronda o desejo consciente da sociedade ocidental contemporânea tomada de assalto pelas reformas decorrentes da crise fiscal do final do século XX.[303]

Nesse contexto, as políticas públicas desenvolvidas nesse cenário de recuperação pós-crise são consideradas insipientes porque o parâmetro de referência para a eficiência do Poder Público foi construído em torno do Estado de providência, razão pela qual nenhuma gestão será objeto de elogio da opinião pública se o referencial posto não tem condições de resgatar o passado de glória, mesmo daqueles que não sentiram a plena efetivação do modelo.

A abordagem do Terceiro Setor, em suas possíveis interfaces com a Democracia, é um empreendimento delicado, pois estamos diante de uma engrenagem teoricamente contraditória, já que as instituições sem fins lucrativos podem ser uma alegoria de aperfeiçoamento dos processos democráticos, mas também podem ser mais uma força de dispersão do modelo ideal de efetivação do Estado Democrático de Direito, de acordo com a moldura das relações Estado-sociedade de corte kelseniano.[304]

---

[302] A crítica aos mecanismos de participação política forjados pelo sistema de suposto aperfeiçoamento democrático é matéria profundamente abordada por Boaventura de Sousa Santos em "Democratizar a democracia", por isso mesmo que os canais de comunicação entre atores públicos e privados são abertos, o que Marcos Augusto Perez atesta como realidade em "Administração Pública Democrática", pode a democracia, em si, não se estabelecer. A dificuldade de promover a democracia é um problema típico das sociedades marcadas pelo patrimonialismo, pois a concepção da vida privada acaba influenciando o agir público das pessoas, o que podemos ratificar num estudo dirido por Nancy Buns, Kay Lehman Schozman e Sidney Verba sobre as inflências privadas na atuação dos cidadão norte-americanos, marcada, no final do século XX, por uma consolidação do papel mais ativo da mulher na política, devido às conquistas da revolução feminista refletidas na sua vida doméstica. Cf. BURNS, Nancy; SCHLOZMAN; Kay Lehman & VERBA, Sidney. **The Private Roots of Public Action: Gender, Equality, and Political Participation.** Cambridge, Massachusetts, London: Harvard University Press, 2001, p. 357-385. No mesmo sentido, Noam Chomsky evidencia a construção de um sistema de participação, onde a sociedade só tem o direito de consentir, por isso seria possível observar, em meio ao conjunto dos agentes de participação política, apenas um grupo de meros expectadores da arena política. CHOMSKY, Noam. **Consentimento sem consentimento.** Estudos Avançados, v. 11, n. 29, 1997, p. 259.

[303] O assalto elucidado tem diversas perspectivas, tanto assim que Perry Anderson faz um apanhando de suas vicissitudes nos pontos mais diversos onde o fenômeno se apresenta na América do Norte, em pontos diversos da Europa, incluindo a Grã Bretanha, a Suécia e a parte leste do continente, na América Latina, passando por Chile, Bolívia, Argentina, Venezuela e Brasil, sem falar de outros arredores na Nova Zelândia e Autrália. ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In: SADER, Emir & GENTILI, Pablo (Orgs.). **Pós-Neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático.** 6ª Ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995, p.12-23.

[304] A atuação da sociedade civil organizada nos impulsos de aperfeiçoamento da democracia encerra o principal fundamento dessa abordagem num contexto bem descrito por Ermínia Maricato e Orlando Alves

Em diversas oportunidades, já relatamos que, desde meados do século XX, as organizações não governamentais tendem a se engajar na luta pela concretização de direitos fundamentais, atuando, ora, como ferramentas de pressão contra arbitrariedades e entes de fiscalização de políticas públicas, ora junto ao Estado, representando os interesses da sociedade civil na gestão da coisa pública.[305]

Na assunção desses papéis, as instituições do Terceiro Setor estão preliminarmente fomentando o aperfeiçoamento dos instrumentos democráticos de participação política da sociedade civil, mas, em certa medida, as ONGs que se posicionam na trincheira da guerra pela efetividade dos direitos, acabam desenvolvendo formas de promoção da justiça social e distoam da lógica de atuação do Estado Democrático de Direito na dimensão monista.[306]

O ideal de organização das relações entre Estado e sociedade, na concepção kelseniana, remete-nos à ideia do monopólio da justiça, porque só a potestade tem competência para dizer o que é o direito, e corrigir as imperfeições das relações interpessoais decorrentes de sua trangressão.

---

dos Santos, na seguinte passagem: "Não se trata de ignorar, igenuamente, o papel da luta de classes, que ganha contornos dramáticos no capitalismo global. Nem se desconhece a sobrevivência da tradicional e cultural manipulação do aparelho do Estado como coisa privada e pessoal no Brasil. Mas trata-se de dar visibilidade aos conflitos, sempre ocultados pela tradição do 'homem cordial', e construir novos paradigmas de consciência e organização social que contrariem o patrimonialismo na condução do Estado. De fato a organização social informada pelo conhecimento acumulado sobre determinado tema pode constituir uma forma eficaz de explorar as contradições da administração pública sob a dominação patrimonialista, exacerbada a partir do final do século XX, pela lógica do capitalismo financeiro: desprestígio das políticas sociais bem como falta de continuidade e acúmulo em relação a elas; falta de transparência; longa distância entre retórica e ação; arbitrariedade, clientelismo e privilégios decorrentes da privatização da esfera pública; dominação ideológica (presente na linguagem técnica) que marcara a lógica dos investimentos e ações, entre outras". MARICATO, Ermínia & SANTOS JUNIOR, Orlando Alves dos. Construindo a Política Urbana: participação democrática e o direito à cidade. In: RIBEIRO, Luiz César de Queiroz & SANTOS JUNIOR, Orlando Alves dos. **As Metrópoles e a Questão Social Brasileira.** Rio de Janeiro: Revan, Fase, 2007, p.166.

[305] Maria Tereza Fonseca Dias coloca sob evidência o papel do Terceiro Setor na produção de serviços sociais, em caráter complementar a atuação do Estado, sobretudo com a regulação do título de OSCIP e do termo de parceria. DIAS, Maria Tereza Fonseca. Políticas públicas e terceiro setor. In: FORTINI, Cristina; ESTEVES; Júlio César dos Santos & DIAS, Maria Tereza Fonseca. (Orgs.). **Políticas públicas: possibilidades e limites.** Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 275-286.

[306] "No período em que Romano escrevia o ensaio sobre a crise do Estado, o monismo dos nacionalistas era um monismo absoluto, que viria a desembocar na expressão mussoliniana de "tudo no Estado, nada contra o Estado". O monismo de Romano era um monismo relativo, porque, embora colocasse o Estado no vértice da escala dos ordenamentos, como ordenamento supra-ordenado em relação aos ordenamentos sociais, não o considerava um ordenamento exclusivo. Reconhecia que o Estado tinha uma tendência irresistível a absorver os outros ordenamentos, mas reconhecia, ao mesmo tempo, que, para além do Estado, havia uma tendência igualmente irresistível da sociedade a gerar sempre novos ordenamentos, de modo que sempre ficava no lado de fora do Estado uma margem mais ou menos ampla de sociabilidade não controlada pelo Estado, e portanto, sob certos aspectos, pré-estatal e, sob outros aspectos, até mesmo antiestatal". BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito.** Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007, p.179-180.

.

Nessa perspectiva, observamos que só o Estado concebe o direito num sistema que pretende fazer prevalecer a legalidade das relações sociais, a partir da correção da ilegalidade, ou seja, a potestade diz o que é direito, determinando o conjunto de condutas que a contrariam, por isso as leis, via de regra, servem para especificar o rol das ilegalidades, tendo em vista o conhecimento geral da lista, que deve servir de referência comportamental à sociedade.

Da mesma forma, atribui-se ao Estado o monopólio da justiça, porque, diante da violação do direito, só a potestade tem poder para sucumbir o transgressor às sanções decorrentes do ilícito, completando-se, assim, o ciclo ideal do sistema jurídico monista vinculado ao Estado Democrático de Direito.

No plano ideal, o teorema é perfeito, mas a complexidade das relações sociais, na última metade do século XX, coloca o modelo em xeque, quando o Estado passa a ter dificuldades para exaurir a regulação dos comportamentos ilícitos, mostrando limitações observadas também na atuação do sistema de distribuição da justiça, que não apresenta mais as condições ideais para reprimir a ilegalidade.

As relações sociais ganham complexidade com a diversificação dos grupos de interesses, e as dificuldades relacionadas à promoção da justiça não se concentram apenas na atuação muitas vezes precária do Poder Judiciário, pois as instituições públicas mergulham numa crise de credibilidade expressiva, que deriva da insipiência das unidades administradoras prestadoras de serviços públicos, sobretudo, os de caráter social.[307]

Como o Estado demonstra dificuldade em realizar uma tutela eficiente da sociedade civil, as instituições públicas perdem sua importância na coordenação dos interesses da sociedade e, por vezes, algumas organizações de caráter não estatal tomam

[307] A diversificação do tecido social sob a tutela do Estado é um grande desafio para uma gestão democrática, pois os governos, diante da falta do consenso de uma maioria, encontram-se diante de diversas minorias, que muitas vezes apresentam interesses antagônicos entre si, porque não existe mais a demanda dos cidadãos e sim a demanda dos imigrantes, dos comerciários, dos metalúrgicos, dos construtores, dos ambientalistas, das mães solteiras, das populações ribeirinhas, dos estudantes e dos mais diversos grupos, às vezes, em dezenas de segmentos, dificultando a orientação do Poder Público, sobretudo na determinação de um arranjo coerente para tantas categorias, o que Isabel Corte-Real observa nos seguintes termos: "A existência de grupos organizados com interesses próprios, é fenômeno cada vez mais universal, a que os poderes públicos devem dar a maior atenção. Se a decisão política, em cada caso, não puder ser explicitada nos seus objectivos e avaliada nas suas conseqüências face às políticas a que o próprio Governo se comprometeu, a actividade governativa corre o risco de ser olhada como um intrincado puzzle ou manta de retalhos, carecidos de coerência." CORTE-REAL, Isabel. **Cidadão, Administração e Poder.** Volume II. Lisboa: Principal, 1995, p. 6-7.

o lugar do Poder Público, nas associações de bairro, ONGs, organizações religiosas e demais iniciativas privadas.[308]

Nem em países de tradição associativista como os Estados Unidos da América[309], o engajamento das iniciativas privadas é suficiente para organizar a vida em sociedade numa perspectiva adequada, por isso as organizações criminosas também proliferam, integrando as forças que capturam as pessoas mais desfavorecidas em busca de proteção, maximizando um processo de contraordenação social.

Esse cenário de crise de legitimidade do sistema de blindagem legal do Estado Democrático de Direito pode ser observado, sobretudo, no crescimento da violência, com a construção de organizações políticas paralelas ao Poder Público, o que observamos na autoridade sob a ótica da favela, nos grupos de extermínio, no código de ética disciplinado pelos presidiários e nas demais experiências sociais vinculadas à prevalência da lei do mais forte.[310]

A falência do modelo supracitado decorre em grande medida da ineficiência do Estado, como regulador da ordem econômica e social, agravada pela debilitação do Poder Judiciário, em função da mora na promoção da justiça, que favorece a proliferação do sentimento coletivo de impunidade, mas também em razão da baixa acessibilidade da sociedade aos tribunais.

Nesse contexto, podemos apostar numa mudança de orientação da organização da sociedade civil, que pode encontrar, em algumas circunstâncias, melhor resultado para a regulação de suas relações fora da esfera pública estatal, mas, nas situações em

---

[308] As instituições do Terceiro Setor não estão inseridas na ordem social, para substituir o Estado, mas, antes mesmo de servirem de apoio ao Poder Público, fazem parte de uma engrenagem mais complexa, pois o ideal é que essas entidades assumam o papel de mediar as relações entre Administração Pública e sociedade civil, servindo como instrumentos de contestação de abusos na gestão pública. Nesse sentido, Silvio Dobrowolski propõe o papel do Terceiro Setor na construção de uma sociedade pluralista, vislumbrando que a Constituição de 1988 tratou de "institucionalizar" a democracia participativa, em função da perspectiva de engajamento da sociedade civil na gestão da coisa pública, sobretudo, em matéria social. DOBROWOLSKI, Silvio. **O Pluralismo Jurídico na Constituição Federal de 1988.** Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 28, n. 109, jan./mar. 1991, p.132.

[309] Essa tradição associativista norte-americana pode ser observada com TOCQUEVILLE, Alexis. **Da Democracia na América.** Tradução de José Lívio Dantas. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 1998, p. 48-55.

[310] Proliferam os estudos de sociologia jurídica sobre a criação de ordens paralelas ao Estado, onde é possível verificar até sistemas de decidibilidade de conflitos de interesse, onde associação de moradores, sindicatos e delegacias efetivam as normas de um direito consuetudinário, construído de acordo com um referencial ético condizente com os valores das comunidades, que apresentam, muitas vezes, maior satisfação nos sistemas informais de organização social do que na ordem jurídica vigente do Poder Público. Sobre essa matéria, há boas referências em FALCÃO, Joaquim. Justiça social e justiça legal: conflitos de propriedade no Recife. In: SOUZA Jr. José Geraldo de (Org.). **O direito achado na rua.** Salvador: Universidade da Bahia, 1987, p 47-53.

que o Estado não pode deixar de se apresentar, é possível que as mudanças da cena determinem novas engrenagens de comunicação entre a potestade e seus súditos.[311]

Essa redefinição do paradigma de organização das relações sociais contemporâneas nos remete à fundação da era do pluralismo jurídico e, nessa nova perspectiva, pois as ONGs que atuam vinculadas ao Estado, sendo total ou parcialmente financiadas pelo Poder Público, podem ser um novo eixo de comunicação entre o setor público e o privado.

4.2.1 **A parceria como estratégia de defesa do Estado**

A parceria entre Estado e Terceiro Setor pode ser uma aposta na abertura de um canal de diálogo, que evidencia um novo foco para a participação política da sociedade civil, principalmente quando as ONGs assumem papel de destaque no âmbito das organizações privadas representativas dos interesses da coletividade, como os partidos políticos, os sindicatos e as associações de classe laboral.

Mas a aliança entre esses atores pode evidenciar outra face da crise de legitimidade do Estado, pois, enquanto alguns governos promovem esforços para dialogar com a sociedade civil, tendo em vista mostrar a medida possível de sua eficiência, há outra situação na qual o Poder Público pretende se aproximar da sociedade civil organizada para regular uma rede privada de prestação de serviços sociais paralela à estrutura da potestade.

Nessa perspectiva, estamos diante da hipótese de que o Terceiro Setor alcança um patamar tão elevado de organização que provoca um ofuscamento parcial do Estado, pois a sociedade tende a enxergar o governo, observando as potencialidades do bem-estar coletivo derivadas da efetividade de direitos fundamentais vinculados à prestação de serviços públicos sociais e econômicos.

Por isso, se o Terceiro Setor consegue suprir parte considerável das expectativas da sociedade, no que diz respeito à disponibilização de serviços outrora só atribuídos a um Estado de Providência, então podemos supor que a construção de um tecido de auto-

[311] A notícia dessa perspectiva de mudança de orientação se mostra no cenário brasileiro, sobretudo com mecanismos de gestão local implantados em cidades gaúchas. A experiência vivenciada em Porto Alegre, no final dos anos 1970 é sitentizada na referência a seguir. TAUILLE, José Ricardo & FARIA, Luiz Augusto E. **Reforma do Estado, participação popular e democracia: por uma arquitetura de administrações participativas integradas.** Ensaios FEE, Porto Alegre: Fundação de Economia e Estatística Siegfried Emanuel Heuser, v. 19, n. 1, p. 245-253, 1998, p. 247-249.

regulação social pode dissipar a imagem do Estado como centro provedor dos interesses da comunidade, sob sua tutela.[312]

Não estamos supondo que o papel do Estado contemporâneo se encerra no funcionamento de um sistema de prestação de serviços públicos, mas como o provisionamento do bem-estar social é uma janela muito expressiva da eficiência do Poder Público, por isso a crise de legitimidade dos govermos pode ser alçada a uma maior visibilidade quando a sociedade possui um paradigma paralelo de gestão de seus interesses.

Nesse contexto, a aproximação entre Estado e sociedade civil organizada pode ser parte fundamental do processo de refundação do Estado Democrático de Direito, numa perspectiva pluralista, mas equilibrada, pois a ordem pública demanda tarefas para a Administração Pública e para o Terceiro Setor, mas não pode excluir a representatividade de nenhum dos atores.

Se a sociedade civil passa a se organizar, criando novas alternativas para suprir os interesses das comunidades, cabe ao Poder Público, buscar aprofundar suas relações com as organizações criadas a partir desses movimentos sociais, não só porque é necessário melhorar o grau de legitimidade das políticas públicas implementadas pela potestade, mas, sobretudo, porque o Estado precisa criar uma plataforma de credibilidade para manter a fé das pessoas em suas instituições.

O processo de credenciamento do Estado junto à sociedade é uma questão de ordem pública bastante relevante, pois, mesmo diante da ruptura das vigas clássicas de sustentação do Estado Democrático de Direito, não podemos supor que o abalo dos alicerces provoca a demolição do edifício, já que há uma série de elementos de política externa e interna num país que não prescinde da atuação do Poder Público.[313]

---

[312] O fortalecimento do Terceiro Setor e seu crescimento, como instrumento de suporte da ordem social não se verifica no tecido da sociedade brasileira, nos moldes observados em algumas comunidades na Europa. Nesse sentido é possível realçar o papel da sociedade de bem-estar social portuguesa, bem como o das entidades assistenciais da Itália, impulsionadas por sua forte tradição religiosa. No que diz respeito à realidade portuguesa, já fizemos referência aos estudos conduzidos por Boa Ventura de Sousa Santos sobre a sociedade de bem-estar – matéria que será retomada no próximo capítulo. No que diz respeito ao empoderamento da sociedade civil italiana, vale a pena observar as conclusões de Lester Salamon Wojciech Sokolowski, na alusão às organizações de educação fundadas pela Igreja Católica e as associações de trabalhadores, impulsionadas pelo desenvolvimento da indústria. SALAMON, Lester M & SOKOLOWSKI, S. Wojciech. **Global Civil Society: dimensions of the Nonprofit Sector.** V. 2. Bloomfield: Kumarian, 2004, p. 245-246.

[313] A conquista desse modelo de equilíbrio, pois, além de uma mudança conceitual da administração pública, é necessário introduzir uma mudança cultural, por isso Marcelo Coutinho adverte que essa transformação "requer não somente mudanças estruturais, de regras e processos, mas também, e fundamentalmente, uma intervenção para criar novos sistemas de valores." COUTINHO, Marcelo James Vasconcelos. **Administração pública voltada para o cidadão: quadro teórico-conceitual.** Revista do

Nessa perspectiva, o Poder Público há que se ater à mudança do jogo das forças e buscar um caminho de entendimento com o Terceiro Setor, de preferência, com uma regulação tempestiva e adequada para a convivência harmônica dos entes, tendo em vista a construção de um Estado Democrático de Direito da "sensatez," se for possível, pelo menos, imaginar um modelo de equilíbrio.[314]

Com esse cenário armado, parece que uma das alternativas esposadas pelo Poder Público, para a administração do caos, tem sido a transparência na gestão da coisa pública, para que se garanta um limiar mínimo de legitimidade para o governo, na medida em que a sociedade, chamada a participar da gerência dos assuntos estatais, pode se conformar com a construção de uma administração pública possível, mesmo que ela não seja ideal.[315]

Uma re-engenharia democrática do setor público pode ser o caminho para amenizar essa crise que já não é mais fiscal, nem tampouco de credibilidade, pois, em verdade, a ausência do Poder Público planta, no inconsciente da sociedade civil, a descaracterização da identidade do Estado, cuja valorização diante da sociedade civil se enfraquece com a baixa perspectiva de manutenção ou de implantação de uma rede de proteção social keneysiana.

Não estamos aqui, observando o sistema de governo democrático, já que a ideia de uma sociedade governada por um representante, responsável pela promoção da

---

Serviço Público. Ano 51, número 3, jul. – set. 2000, p. 55. A situação de protagonismo do Estado, especialmente no Brasil, é referida por Emerson Gabardo, que realça a posição dual do Poder Público nesse processo, observando que "a atuação do Estado colaborou para o incremento da apatia política. Entretanto, agora é, novamente, pela atuação estatal que se procura fomentar a participação autônoma dos indivíduos, aumentando sua responsabilidade". GABARDO, Emerson. **Eficiência e Legitimidade do Estado: uma análise das estruturas simbólicas do direito político.** Barueri: Manole, 2003, p. 168.

[314] Como não poderia deixar de ser, não é possível propor uma teoria do modelo de equilíbrio ideal, mas é possível aprender, diante dos exemplos de gestão permeados de "insensatez." Bárbara Tuchman alega que "o repúdio a razão é a primeira característica da insensatez," e alude a um conjunto de eventos da história, onde líderes políticos ignoraram os indícios de mudança, que deveriam provocar o redirecionamento de suas estratégias, aludindo a políticas traçadas em Tróia, em Roma e no Vietnã. TUCHMAN, Bárbara W. **A Marcha da Insensatez: de Tróia ao Vietnã.** Tradução de Carlos de Oliveira Gomes. 7ª Ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2005, p. 386-393

[315] É possível verificar que o direito administrativo brasileiro e comunitário tem revelado a democracia como fonte de legitimação de políticas públicas nos argumentos lançados nas obras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Odete Medauar, Paulo Otero, dentre outros juristas, mas a leitura de Craig traz consigo uma construção bastante reflexiva sobre a representatividade dos instrumentos democráticos que permitem efetiva participação do cidadão na condução dos negócios do Estado, pois a ideia de que a eficiência no provisionamento dos serviços públicos se constrói com a democracia é apresentada como uma via de mão dupla, já que a democracia também é fundamental para a determinação do padrão de eficiência aceitável no desenvolvimento das políticas públicas. CRAIG, P. P. **Administrative Law.** 5ª Ed. London: Sweet & Maxwell, 2003, p. 142.

vontade da maioria, no paradigma filosófico de Jonh Loocke, não tem mais condição de se concretizar em sua moldura ideal.[316]

Por isso, vamos tentar promover a ideia de que a democracia é a engrenagem de recomposição do papel do Estado, como agente de promoção da ordem pública, pois, mesmo numa perspectiva pluralista, onde a ideia de monopólio do público desaparece, não podemos deixar de evidenciar que a potestade jamais deve se despir do protagonismo da regulação social.[317]

Nessa altura, o Poder Público precisa neutralizar as organizações que promovem a contraordem e se aliar às instituições que auxiliam a ordem, razão pela qual devemos iniciar o debate, observando a possível representatividade do Terceiro Setor nesse renascimento do Estado Democrático de Direito, numa reinvenção pluralista do jogo de freios e contrapesos além da imaginação de Montesquieu.[318]

O Estado, mesmo diante de uma munição relativamente reduzida, pode manter seu poder de fogo num padrão aceitável, num cenário onde o Terceiro Setor exerça relevante papel na promoção do bem-estar da sociedade, pois se aliando a esse segmento, o Poder Público pode maximizar suas políticas em quantidade e qualidade, prevenindo as escórias sociais que fomentam a contraordem.

A aliança entre os atores é um remédio difícil de dosar, pois Poder Público e terceiro setor funcionam melhor em seus papéis, quando mantêm certa equidistância, para que as ONGs participem da gestão pública, mas mantenham sua posição como elementos de contestação, para que a sociedade civil possa mostrar sua voz através desse

---

[316] É possível atribuir a Jonh Locke a base para a construção da ideia de democracia baseada na representação popular como elemento fundamental para a sustentação de ordem social justa. MELLO, Leonel Itaussu Almeida. Jonh Locke e o individualismo liberal. In: WELFORT, Francisco C. (Org.). **Os Clássicos da Política.** Volume 1. 13ª Ed. 8ª Reimpressão. São Paulo: Ática, 2003, p. 88-89.

[317] A reengenharia democrática desse momento não se enfraquece com a decadência de uma lógica monista de ação estatal, pois a democracia, numa perspectiva pluralista, é o impulso dessa nova ordem, principalmente se os atores dos espaços público e privado representarem seus papéis de acordo com a nova conjuntura. Lous Maheu sintetiza parcialmente a noção de democracia e pluralismo na seguinte alusão: *"This definition of democracy, framed by cultural components, is therefore synonymous with institutional conditions that can assure the development of autonomous subjects. Contemporary social movements may well constitute the modern expressions of the subjects. They herald a new cultural democracy. This cultural democracy , Tourane argues, would highlight life projects based on personal freedom and rational action projects wich woud by democratically linked to human rights, cultural pluralism, the limitation of the state power and the process of rationazition."* MAHEU, Louis. Collective Action: From Politics to Democracy. In: MAHEU, Louis (Org.). **Social Movements and Social Classes.** London: SAGE, 1995, p. 185.

[318] ALBUQUERQUE, J. A. Guilhon. Montesquieu: sociedade e poder. In: WELFORT, Francisco C. (Org.). **Os Clássicos da Política.** Volume 1. 13ª Ed. 8ª Reimpressão. São Paulo: Ática, 2003, p. 119-120.

segmento, nas petições e impugnações de uma engrenagem política tipicamente democrática.[319]

A ideia de agregação entre a Administração Pública e as ONGs não se exaure na perspectiva de concepção de um paradigma de eficiência mais consistente para a promoção de políticas públicas sociais, pois o Terceiro Setor pode ser o catalisador de uma reordenação do relacionamento que o Estado e a sociedade civil precisam desenvolver para a sobrevivência de uma ordem pública equilibrada.[320]

Políticas Públicas não são boas porque são perfeitas, mas podem ser bem sucedidas em função de sua legitimidade, e o Terceiro Setor pode fomentar as relações entre Estado e sociedade civil, promovendo a comunicação entre as partes, a participação das pessoas nas decisões do Poder Público, o que favorece o acompanhamento das políticas públicas, via controle social.[321]

Na fundação dessa engrenagem de relacionamento, de múltiplas interfaces, há um papel que a sociedade civil organizada não pode deixar de exercer, e que está além dos domínios das formas de parceria e de participação política na gestão da coisa pública, pois a democracia precisa de uma dose de cidadania no desenvolvimento de valores e empreendimentos democráticos.[322]

---

[319] Santiago M. Alvarez Carreño faz alusão à democratização tecnocrática da Espanha a partir dos anos 1960, observando o especial relevo do direito de petição na construção da legislação administrativa daquele país e identifica um processo de aperfeiçoamento da democracia europeia, quando o direito de petição passa a ser garantido no âmbito da comunidade europeia pelo Tratado de Maastrich. Na Obra em que se refere especificamente à repercussão desse instrumento democrático na elaboração da norma jurídica e na administração pública, o jurista espanhol nos remete a situações onde a sociedade civil abriu o canal de comunicação com o Estado em condições semelhantes ao enfrentamento realizado pelas ONGs brasileira durante a discussão e a votação da Constituição Federal de 1988, o que ratifica nosso registro sobre a necessidade de equidistância na relação entre esses autores. Cf. CARREÑO, Santiago M. Alvarez. **El Derecho de Petición: Estudio de los sistemas español, italiano, alemán, comunitário y estadounidense.** Granada: Comares, 1999, p. 499-510.

[320] Essa reordenação do relacionamento entre o Estado e o Terceiro Setor é base da democracia participativa – fundamental, inclusive, para os processos de compartilhamento de políticas públicas, pois essa imersão da sociedade civil na política representa uma "nova polarização" dos extremos idealizados pelos movimentos de esquerda e de direita, na sociedade capitalista contemporânea. HELD, David. **Modelos de Democracia**. Tradução de Alexandre Sobreira Martins. Belo Horizonte: Paidéia, 1987, p. 229-238.

[321] Numa discussão encabeçada por Bruno Frey e Íris Bohnet, observamos uma tese interessante, a democratização das decisões da Administração, e parece que o envolvimento dos atores é uma tarefa que exige muita organização, sobretudo porque começa com a ciência dos interessados, ou seja, o Poder público dispor de um bom sistema de comunicação para promover o acesso das pessoas aos espaços de decisão, onde o Estado faz as escolhas. Nesse estudo, os sistemas de comunicação são identificados como meios utilizados para a comunicação, mostrando as variáveis de efetividade das ações diante de distintos níveis de participação para reforçar a ideia de que a política pública pode ser mais aceita quando o diálogo com a sociedade se intensifica. Cf. in FREY, Bruno S. & BOHNET, Íris. Cooperation and fairnes in experiments: relevance for democracy. In: PARDO, José Casas & FRIEDRICH, Schneider (Orgs.). **Current Issues in Public Choice.** Cheltenham**:** Edward Elgar, 1996, p. 51-62.

[322] A ideia de democracia como base de ação e formação da cultura ética da sociedade civil é debatida largamente por Putnam, no contexto aludido, o que nos remete ao seguinte trecho: "*Civil associations*

Neste ponto, precisamos fazer uma reflexão sobre a regulação do Terceiro Setor no Brasil, para verificar como tem sido o aproveitamento desse instrumento catalisador da democracia tantas vezes enaltecido e festejado pelo Poder Público, desde o início dos movimentos de redemocratização nos anos 1980, que, pelo menos na teoria, pode alcançar um novo *status* em sua relação com o Estado a partir da edição da Lei 9.790/99.

4.2.2 **Sobre a promessa de democratização das políticas sociais compartilhadas**

Já evidenciamos que a Lei 9.790/99 entrou em vigor com a promessa de inaugurar uma nova era nas relações entre Estado e Terceiro Setor, pois as ONGs, desde os anos 1960, funcionavam como contraponto ao governo, e numa perspectiva mais recente são chamadas a assumir papéis de co-gestão, no planejamento, na execução e no controle de atividades da alçada do Poder Público.[323]

A qualificação das OSCIPs tem sua representatividade nesse contexto, porque a certificação dessas instituições sem fins lucrativos implicaria uma adaptação das ONGs a uma moldura jurídica, que lhes permitiria portar as características inerentes para o desenvolvimento dessa aproximação entre Estado e Terceiro Setor, por isso vamos tentar observar se a legislação favorece essa promessa.

Temos que registrar os limites dessa abordagem, pois estamos nos referindo à perspectiva de aperfeiçoamento da democracia num campo restrito, onde encontramos apenas uma parcela do Terceiro Setor, numa relação supostamente mais próxima do Poder Público, razão pela qual nos referimos apenas às ONGs qualificadas como OSCIPs, atuando com fomento vinculado a termo de parceria.[324]

---

contribute to the effectiveness and stability of democratic government, it is argued, because of their 'internal' effects on individual members and because of their 'external' effects on the wider polity. Internally associations instil in their members habits of co-operation, solidarity, and public-spiritedness … Participation in civic organizations inculcates skills of co-operations as well as a sense of shared responsibility for collective endeavours … externally, what twentieth-century political scientists have called 'interest articulation'and 'interest aggregation' are enchanced by a dense network of secondary associations". PUTNAM, R. D.. **Making Democracy Work: Civil Traditions in Modern Italy.** Princeton: Princeton University Press, 1993, 89-90.

[323] Joaquim Falcão dispõe sobre o papel guardado para o Terceiro Setor, pela Constituição Federal de 1988, e evidencia o enganjamento das ONGs na política, como elemento fundamental para o amadurecimento do jogo democrático. Nessa perspectiva, tudo indica que o engajamento democrático do Terceiro Setor se constitui como base para o compartilhamento de políticas públicas. FALCÃO, Joaquim. **Democracia, direito e terceiro setor.** 2ª Ed. Rio de janeiro: FGV, 2006, p. 89-91.

[324] No preâmbulo teórico esboçado no primeiro e no segundo capítulos desta pesquisa, destacamos que, no conjunto das instituições sem fins lucrativos, as OSCIPs são apenas uma parcela das entidades qualificadas, sendo apenas parte delas selecionadas pelo Estado para firmar termo de parceria.

Mas a restrição não diz respeito apenas ao grupo de interesse[325] representado pelas OSCIPs contratadas pelo Estado, pois o fenômeno "democracia" será observado numa dimensão estrita, já que a abordagem está sendo canalizada para a identificação de mecanismos de participação política institucionais e/ou semi-institucionais, já que, neste estudo, propomo-nos a verificar as pontecialidades da regulação do Terceiro Setor.[326]

Nesse contexto, vamos dirigir o olhar para o potencial, a democracia, numa perspectiva tecnocrática[327], focalizando possíveis instrumentos jurídicos de abertura para a participação política, voltados ao planejamento, à execução e ao controle das atividades sociais, decorrentes da relação entre Poder Público e OSCIPs, mediante termo de parceria.

A premissa que pretendemos levantar como ponto de partida cogita a possibilidade de a organização não governamental, qualificada como OSCIP, não se constituir, como representação da sociedade civil organizada, apta a participar dos processos de decisão e fiscalização do Poder Público, quando a ONG estiver formalmente aliada ao Estado, para a execução de projeto social, vinculado a termo de parceria.[328]

---

[325] As organizações não governamentais são apenas um dos núcleos sociais que interagem com o Estado no complexo diálogo entre o Poder Público e a sociedade civil, pois há muitos grupos de interesse que reivindicam seu espaço, por meio dos mais diversos canais de comunicação abertos pelo governo, ou decorrentes do arrombamento das portas de negociação forçadas pelos partidos políticos, sindicatos, organizações de classe profissional, igrejas e demais movimentos sociais.

[326] Fazemos referência às formas de participação política institucionais e/ou semi-institucionais para evitar uma heresia acadêmica notável, que decorreria do amesquinhamento da noção de democracia restrita aos instrumentos de participação política ditados pelo direito, pois reconhecemos que a democracia participação está além das fronteiras dos instrumentos de diálogo concebidos pela legislação. Como este estudo se ocupa da regulação do Terceiro Setor numa de suas relações contratuais com o Estado, vamos exercitar a humildade, observando as engrenagens democráticas passíveis de se concretizarem em decorrência de norma jurídica. A terminologia "institucional" é uma apropriações da obra de Miguel Sánchez Morón, no seguinte contexto: "*La interconexión que se produce entre el sistema de las intituciones y el sistema de la representación puede ser institucionalizada, es decir, regulada juridicamente, semiinstitucionaliza, o sea, abierta y conocida y consagrada por la práctica de las instituciones y, finalmente oculta o clandestina"*. MORÓN, Miguel Sánchez. **La Participacion del Ciudadano en la Administracion Publica.** Marid: Centro de Estúdios Constitucionales, p. 62.

[327] A democracia em sua dimensão tecnocrática é uma plataforma jurídico-político-administrativa de participação que sugere a concepção de um sistema de equilíbrio na relação de dominação Estado-cidadão, pois a Administração Pública passa a dispor de meios técnicos de resposta para as indagações da sociedade civil sobre sua atuação, cuja resposta passa a ter um caráter ideológico com a legitimação da performance de dominação imposta. Essa percepção do viés tecnocrático da democracia é citada em MORÓN, Miguel Sánchez. **La Participacion del Ciudadano en la Administracion Publica.** Marid: Centro de Estúdios Constitucionales, p. 67.

[328] Nesse caso, a aliança contratual pode atingir a legitimidade da OSCIP, enquanto organização independente do Estado, pois a aliança contratual pode reduzir o potencial de atuação da entidade do Terceiro Setor, enquanto peça de contestação política do conflito inerente à construção do jogo democrático. Evelina Dagnino mostra os resultados de uma pesquisa sobre a sociedade civil brasileira, vislumbrando a posição de enfrentamento desta em relação ao Estado, como condição inerente da relação entre esses atores, mas registra que "o conflito e a tensão serão maiores ou menores dependendo do

Mesmo nas situações em que a OSCIP é uma instituição sólida, com uma folha corrida de serviços prestados à sociedade antes da conquista dessa certificação específica, temos que registrar que a relação firmada pelo termo de parceria destaca um novo papel para a entidade do Terceiro Setor, que, ao atuar num projeto social financiado pelo governo, muitas vezes se confundirá com uma representação do Estado.

O apelo do financiamento concretizado através dos recursos financeiros repassados, em decorrência da celebração do termo de parceria, pode fazer a organização não governamental protagonizar uma outra história, num relacionamento mais tolerante e afável com as instituições do Poder Público, mesmo que a entidade do Terceiro Setor não seja fruto dos processos de indução, frequentemente observados na multiplicação de instituições sem fins lucrativos, em sociedades marcadas por uma democracia tipicamente latino-americana.

Não há dúvida, neste ponto, sobre a dualidade observada na dimensão do fomento ao Terceiro Setor, sobretudo em países, onde boa parte das ONGs persegue o patrocínio do Estado, desencadeando relações paternalistas, onde o Poder Público se comporta como patriarca sisudo, que fornece a generosa mesada da organização não governamental, cujo dever de obediência, se reflete na postura de filha respeitosa, humilde e cordial.

Na amostra de OSCIPs, abordadas durante a coleta de dados empíricos desta pesquisa, é possível observar que algumas instituições sem fins lucrativos são constituídas pelo impulso de representações pessoais ligadas a organizações públicas, por isso algumas dessas entidades do Terceiro Setor não chegaram a protagonizar o papel de organismo social autônomo no teatro da política, pois já foram concebidas como organismos de suporte para o Poder Público.

Nessa perspectiva, às vezes, é possível observar fenômenos curiosos na abordagem de organizações não governamentais que integram o Terceiro Setor apenas numa dimensão formal, pois seus representantes reproduzem discurso político do governo, sua sede está repleta de simbologias em tintas, brasões e outros adereços que nos remetem à estrutura de uma verdadeira repartição pública.

A Lei 9.790/99 veda a participação das OSCIPs nas campanhas de interesse político-partidário ou eleitorais, enfatizando que a proibição se estende a “quaisquer

---

quanto compartilham – e com que centralidade o fazem – as partes envolvidas.” DAGNINO, Evelina. As relações entre Estado e a sociedade civil. In: PERSSINOTTO, Renato & FUKS, Mario (Orgs.). **Democracia: teoria e prática.** Rio de Janeiro: Relume Dumará; Curitiba: Fundação Araucária, 2002, p. 144.

meios e formas", mas os grandes projetos sociais são as principais âncoras da propaganda política dos partidos, lançadas como plataforma de marketing dos candidatos às vésperas das eleições.

Nessa simbiose entre Poder Público e OSCIPs, a possibilidade de a instituição privada colaborar para a promoção política do governo pode até não se consolidar através de práticas ordenadas objetivamente para essa finalidade, mas é possível supor que a parceria sugerida no contrato alcance vôos, além da execução do projeto social, supostamente gerido em regime de colaboração pelas partes.

Por isso, a OSCIP contratada pelo Estado não é propriamente o observador externo e independente da política social do governo, mas isso não quer dizer que todas as ONGs, portadoras desse certificado, estejam inseridas na dimensão dessa captura, que enfraquece o Terceiro Setor como conjunto de representações políticas da sociedade civil organizada, pois há registro de instituições assim tituladas desenvolvendo ações sociais autodeterminadas e reconhecidas por seus beneficiários.

Contudo, a captura para a simbiose há pouco aludida é uma tendência perigosa para a sedimentação da democracia, sobretudo nos países da América Latina, onde a falta de representatividade dos partidos e sindicatos favorece a apatia política da sociedade, que não se identifica com os núcleos de representação passíveis de promover as confrontações e diálogos próprios do jogo democrático.[329]

O Terceiro Setor seria, então, um recurso importante para o fomento da participação política, e para a promoção das práticas de engajamento, capazes de mobilizar a sociedade civil a assumir um papel mais ativo no embate de forças da democracia, mas, diante desse cenário, parece que o Estado, em certa medida, colabora para o enfraquecimento das organizações não governamentais fragilizando sua autodeterminação.

Por isso, nesta abordagem sobre a possibilidade de maximização dos instrumentos democráticos decorrentes da gestão "compartilhada" de serviços sociais,

---

[329] A apatia política da sociedade é um dos fatores de risco para a sedimentação ou manutenção de um Estado efetivamente democrático, por isso o debate sobre democracia, frequentemente permeado pela discussão de modelos e novas vias de participação, alternativas ao sufrágio, ganha novos apelos, dessa vez, pela fundação de uma cultura política passível de enfrentar e promover as ações típicas de um governo democrático. Nesse sentido, apresenta-se o registro de Jacques Généreux: "A verdadeira urgência, portanto, é a restauração do político. Trata-se mais precisamente de reavivar o interesse dos cidadãos pelo debate público, voltar a restabelecer a credibilidade do poder, reformar as regras do jogo político que estimulam o imobilismo ou o clientelismo, retomar o diálogo entre eleitores e eleitos, reabilitar o debate de idéias, o debate sobre nossas visões de futuro. Em uma palavra: precisamos mudar a política" GÉNÉREAUX, Jacques. **O horror político – o horror não é econômico**. Tradução de Eloá Jacobina. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000, p.19.

nessa aproximação entre Estado e Terceiro Setor, é bem possível que o corte dessa engrenagem, de suposto favorecimento da democracia, estabeleça-se exclusivamente diante de ferramentas tecnocráticas de participação, muitas vezes fadadas a potencializar uma esfera de engajamento político formal da sociedade civil, na gestão da coisa pública.[330]

Nesse contexto, é prudente visitarmos o alicerce desse arranjo tecnocrático de participação política, o que curiosamente, no caso da tutela dos termos de parceria, não nos remete à atuação das OSCIPs, pois a perspectiva de paricipação da sociedade civil na administração pública, nesse caso, direciona nosso olhar para a atuação do conselho de política pública referido pela 9.790/99, e pelo Decreto 3.100/99.[331]

4.2.3 **O conselho de política pública como espelho da democratização**

A legislação que regula as OSCIPs dispõe sobre a atuação triangular de três atores na formação, na execução e no controle do pacto firmado entre o Estado e a instituição sem fins lucrativos portadora desse título, pois atribui aos conselhos de políticas públicas competências deliberativa e administrativa, no que diz respeito à relação decorrente do termo de parceria.

---

[330] O arranjo tecnocrático da democracia, a que nos referimos não é uma ferramenta de ação, desprezível de per si, mas um governo efetivamente democrático demanda uma dosagem de participação política além dos mecanismos formais de engajamento dos atores públicos e privados da cena, o que podemos ratificar na seguinte referência: "*We would also argue that the quality of contemporany democracy requires a broader concepcion of political 'involvement' and 'participation'. We would also emphasize modes of citizens'participation which go beyond the traditional concepts of both 'conventional', institutionalized modes of participation and 'unconventional', non-institutionalized protest activities. For example, 'consumer democracy' based upon a reciprocal relationship between public service providers and their clients has shitfed attention from the realm of 'big' politics to issues of everyday life. Active involvement in areas such as schools, work places, or health systems might actually be seen as important contributions to democracy*". MALONEY, Willian A.; Smith, Graham & Stoker, Gerry. Social Capital and Associational life. In: BARON, Stephen; FIELD, Jonh & SCHULLER, Tom (Orgs.). **Social Capital: Critical Perspectives.** Oxford, New York: Oxford University Press, 2000, p. 221.

[331] O corte que apresentamos na abordagem da democracia nas relações entre Poder Público e OSCIPs é uma alternativa metodológica para evitar a evasão do sentido dessa discussão no eixo desta tese, pois a alusão a esse tema decorre sobretudo da retórica política erguida no final dos anos 1990 para sustentar as razões que legitimariam as novas formas de compartilhamento entre Estado e Terceiro Setor na promoção do serviço social. Contudo, concordamos com Adriana Schier no seguinte ponto: "Deveras, parece não ser possível pressupor que a democracia se perfaz pelo mero disponibilizar de canais de participação pelo poder público. Em verdade, tal posição poderá legitimar decisões tomadas por uma minoria, formada quase que exclusivamente pelos que já alcançaram a condição de 'incluídos' no sistema, os que dispõem de uma cultura participativa. Com isso, esta via democrática que é a participação pode servir como instrumento de manutenção da situação de desigualdade material com a qual se convive no país desde sua colonização". SCHEIR, Adriana da Costa Ricardo. **A Participação Popular na Administração Pública: o direito de reclamação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 167.

A composição desse terceiro personagem nos coloca diante da dimensão tecnocrática do ideal de democracia proposto para a orientação dessa relação contratual de gestão da ordem social, mas o conselho de política pública não é um fenômeno isolado dessa engrenagem de amarração entre Estado e OSCIPs, pois desde a Constituição Federal de 1988, esses organismos têm se multiplicado no Brasil, sobretudo na cúpula dos órgãos de planejamento estratégico do governo.[332]

Os conselhos de políticas públicas se constituem como órgãos colegiados, que admitem a representação de diversos segmentos da sociedade civil, pois sua estrutura pode ser integrada por representantes das ONGs, de entidades de classe de trabalhadores, moradores, consumidores e outros segmentos específicos, bem como de representantes do Poder Público das distintas esferas da federação.[333]

A estrutura colegiada dá a cada representante do grupo constituído, via de regra em número ímpar, direito de voto nas matérias que são submetidas a sua tutela, por isso a decisão representa a vontade da maioria dos representantes dos diversos setores da sociedade civil ali representados, constituindo-se como um funil do sufrágio, já que os membros de um conselho devem representar os diversos grupos de interesse inseridos no contexto de sua atuação.[334]

A ideia de abertura para a participação política mais objetiva de uma representação mista da sociedade civil decorre da falência da perspectiva do consenso social, dificilmente alcançado mesmo no âmbito de grupos restritos, em reuniões de condomínio, associação de moradores e outras organizações do gênero, por isso a decisão colegiada pode ser um exercício de tolerância nos processos de aperfeiçoamento da democracia.

---

[332] Na política ambiental, encontramos um exemplo típico de expansão dos conselhos de políticas públicas que tendem a se especializar, à medida que as demandas vão impulsionando segmentação de grupos de trabalho orientados para finalidades particulares. Nesse contexto, pode-se destacar que a Política Nacional de Meio Ambiente, em vigor a partir de 1981, dispunha sobre a atuação de um único colegiado na estrutura de planejamento estratégico do governo, mas atualmente já são mais de cinco os conselhos ligados a políticas de bioenergia, água, biodiversidade, entre outros. Cf. em www.mma.gov.br.

[333] A estruturação dos primeiros conselhos de políticas públicas no Brasil ocorre em meados de 1990, sendo a saúde o primeiro segmento a dispor desses colegiados. WERLE, Flávia Obino Correia. **Conselhos Muncipais de Educação: estudo genérico-histórico.** Cadernos de Pesquisa, n. 103, 123-135, 1998, p. 124.

[334] Nem sempre essa representação proporcional dos interesses da sociedade civil pode ser viabilizada, pois é muito frequente a composição majoritária de burocratas nos conselhos de políticas públicas, o que fica registrado na análise de Renato Perissinoto sobre a atuação do Conselho de Assistência Social de Curitiba, na gestão 1996 – 2000, onde 25 membros seriam representantes dos setores do governo, e 22, da sociedade civil. PERISSINOTO, Renato Monseff. Participação e democracia: o caso do conselho de assistência social de Curitiba. In: PERSSINOTTO, Renato & FUKS, Mario (Orgs.). **Democracia: teoria e prática.** Rio de Janeiro: Relume Dumará; Curitiba: Fundação Araucária, 2002, p. 219.

Nesse contexto, há uma expectativa paralela ao consenso e à tolerância que impulsiona o desenvolvimento de movimentos de participação política, onde a atuação dos conselhos ganha relevo especial, pois uma das demandas, posteriores à edição da Constituição de 1988, reside na busca de ações para neutralizar os efeitos de um arranjo político inicialmente fundado em valores neoliberais, diante de uma sociedade civil ávida por um Estado de Bem-Estar Social.[335]

A forma de atuação, competência e alcance das decisões dos conselhos de políticas públicas não é matéria regulada numa norma específica, por isso cada órgão colegiado assim estruturado será portador de uma regulação própria, com disposições sobre sua formação, seu número de membros, sua forma de eleição dos representantes, seus grupos representados, seu tempo de mandato, a atribuição dos grupos de trabalho e da assembléia, bem como o alcance das decisões emanadas das reuniões.

Apesar de se constituir como um mecanismo de aprofundamento da democracia, o conselho de políticas públicas pode ter um papel meramente formal na composição da cena, pois frequentemente observamos que a condução de seus membros se faz sem a participação da sociedade, sendo o Poder Público representado na maioria das cadeiras, por isso o poder decisório pode continuar nas mãos da Administração Pública, através de um processo de desconcentração administrativa.[336]

No que diz respeito às competências, esses órgãos colegiados podem atuar com capacidade meramente consultiva, como se fossem uma câmara permanente de audiência pública dos representantes da sociedade civil, ou podem participar da tomada

---

[335] Além da proliferação dos conselhos, é possível verificar a expansão de sistemas institucionais para o desenvolvimento de políticas públicas e debates, promovidos em conferências, fóruns e outras reuniões congêneres. Nesse sentido, Ermínia Maricato e Orlando Alves Santos registram: "Um dos movimentos de resistência ao neoliberalismo no Brasil diz respeito à promoção de importante processo participativo na formulação de políticas públicas em nível nacional. Além das Conferências e Conselhos Nacionais implantados ao longo dos últimos anos como parte dos sistemas institucionais, como é o caso do SUS – Sistema Único de Saúde e do SISNAMA – Sistema Nacional de Meio Ambiente, pode-se dizer que, desde 2003, com o início do governo Lula, está em curso a construção de um novo modelo de gestão pública participativa. De 2003 a 2006, foram realizadas 29 conferências nacionais (...). Estima-se que mais de 2 milhões de pessoas, lideranças sociais ou representantes de organizações governamentais e não-governamentais, se envolveram na realização das conferências municipais e estaduais que antecederam e prepararam as conferências nacionais". MARICATO, Ermínia & SANTOS JUNIOR, Orlando Alves dos. Construindo a Política Urbana: participação democrática e o direito à cidade. In RIBEIRO, Luiz César de Queiroz & SANTOS JUNIOR, Orlando Alves dos. **As Metrópoles e a Questão Social Brasileira.** Rio de Janeiro: Revan, Fase, 2007, p.165.

[336] "Concretizam os conselhos, dessa forma, um deslocamento do poder decisório do eixo central da Administração Pública (chefia do Poder Executivo) para a periferia de sua estrutura orgânica, movimento de desconcentração." PEREZ, Marcos Augusto. **A administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública.** Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 142.

de decisão sobre políticas públicas no desenho de seu tipo e de sua forma, podendo funcionar também como órgãos de co-gestão em seu acompanhamento e controle.

É muito importante destacar que o conselho de políticas públicas pode substituir o centro de decisão de uma instituição ou funcionar de forma paralela, como suporte, fazendo o antigo papel dos conselheiros do rei, mas não há registro da atuação desses colegiados na execução de tarefas estratégicas de caráter material imputadas ao Estado, e seu poder de fogo dependerá de fatores políticos quando suas decisões não forem vinculativas.

A Lei 9.790/99 e o Decreto 3.100/99 dispõem sobre a atuação de conselho de política pública, tratando das competências do colegiado, sem prescrever sua composição, que será definida no âmbito local de celebração dos termos de parceria, ao nível dos ministérios do governo federal e das secretarias estaduais e municipais, por normas muitas vezes relacionadas aos meios de gestão dos segmentos sociais específicos da alçada do Poder Público.

Por isso os conselhos de políticas públicas envolvidos na aliança entre Estado e OSCIPs poderão assumir os formatos mais diversos, mas podemos afirmar de imediato que esses colegiados assumem todas as possíveis competências passíveis de serem assumidas na celebração do termo de parceria, diante dos seguintes pontos:

a. Atuação consultiva, na decisão sobre a pertinência ou não do fomento à OSCIP, pois o colegiado é chamado a se pronunciar antes de o Executivo, tomar a decisão da celebração do termo de parceria. Nesse caso, a decisão do colegiado não tem caráter vinculante, pois o § 3º do artigo 10 do Decreto 3.100/99 prescreve que cabe “ao órgão estatal responsável, em última instância, a decisão final sobre a celebração do respectivo Termo de Parceria”
b. Atuação deliberativa de caráter vinculante, na comissão julgadora do concurso de projetos, quando o termo de parceria for precedido de seleção pública, realçando a concorrência entre duas ou mais OSCIPs interessadas na aliança com o Poder Público;
c. Atuação de co-gestão, no acompanhamento do termo de parceria em fase de execução, mas a interpretação cominada, do artigo 11 da lei 9.790/99 e dos artigos 17 e 20 do Decreto 3.100/99, sugere que o colegiado não tem competência para gerir diretamente a execução do termo de parceria, já que suas atividades se exaurem na supervisão do órgão estatal parceiro, pois o conselho

será informado sobre as atividades de acompanhamento do Poder Público, sendo um seu representante destacado a integrar a comissão de avaliação responsável pela análise da prestação de contas da OSCIP.

Nessa altura, é necessário destacar que a democratização dos mecanismos de gestão social relacionados à atuação dos conselhos de políticas públicas depende, em muitos aspectos, de determinações político-administrativas do Estado, pois o Decreto 3.100/99 insinua que esses colegiados só podem cumprir seu papel, se estiverem constituídos na área de interesse do termo de parceria, de acordo com o § 2º do artigo 10 que prescreve: "Caso não exista Conselho de Política Pública da área de atuação correspondente, o órgão estatal parceiro fica dispensado de realizar a consulta, não podendo haver substituição por outro Conselho".

Do referido enunciado, podemos extrair algumas conclusões que não favorecem a premissa de que o conselho de política público, engajado na relação entre Estado e OSCIPs, possa funcionar como legítimo instrumento de democratização das políticas públicas sociais, fomentadas por termo de parceria, o que é possível observar sinteticamente nos seguintes termos:

a. A participação do conselho de políticas públicas na aliança entre Estado e OSCIP depende de uma provocação do Poder Público, pois a criação, composição do colegiado derivam de decisão da Administração Pública em cada unidade da federação;
b. O conselho de políticas públicas é um personagem de atuação facultativa, pois suas competências são exercidas se o mesmo já estiver constituído, mas se este não estiver constituído, na hipótese de o ente público deflagrar a celebração do termo de parceria, sua constituição é totalmente desnecessária, pois o Decreto 3.100/99 ratifica o § 2º do artigo 10 nas prescrições dos artigos 20 e 30, que prescrevem a atuação desse organismo, "quando houver";
c. É nesse regulamento que verificamos que os conselhos de políticas públicas só poderão atuar na medida da especificidade do segmento que representam, por isso conselhos de saúde não podem ser destacados para tarefas na área de educação, desporto, cultura e vice versa.

Nos pontos em destaque, nosso interesse é vislumbrar que a regulação do conselho de política não favorece a lapidação de um instrumento genuinamente democrático, no sentido de viabilizar a efetiva participação da sociedade civil na produção de políticas públicas sociais, sobretudo porque o colegiado pode ter sua atuação sustada pela omissão do Poder Público, ou burocratizada pela representação maciça de agentes públicos oficiais.

É claro que qualquer conselho de política pública pode ter sua atuação fragilizada por outros fatores, decorrentes da cultura e de instrumentos fradulentos, pois uma regulação consistente não se constituiria como uma blindagem infalível, passível de resguardar os possíveis golpes desferidos contra a democracia, mas a falta dessa regulação apropriada mantém as engrenagens da velha ordem de uma Administração Pública, quase sempre lembrada por sua contraordem.

Nessa perspectiva, os instrumentos democráticos de participação política, concebidos pelo Poder Público, são corrompidos pelas mãos de seu artífice, e a sociedade civil organizada vai sendo domesticada pelos benefícios do sistema de fomento estatal dessa engrenagem do sistema de gestão compartilhada, que funciona perfeitamente para não funcionar.

4.3 A REGULAÇÃO DO TERMO DE PARCERIA

O termo de parceria já foi apresentado, num capítulo específico, como eixo da relação travada entre o Estado e as OSCIPs, quando nos dedicamos a observar sua natureza jurídica e o papel das ONGs fomentadas pelo Poder Público, na gestão do serviço social. Naquela oportunidade, dedicamo-nos à construção de uma matriz teórica, capaz de servir de alicerce para a problematização do instituto.

Nesse enfrentamento, verificamos que o termo de parceria é uma modalidade contratual com uma estrutura *sui generis*, pois não se confunde com quaisquer contratos públicos, em função de suas características, delineadas pela Lei 9.790/99. Com sua roupagem específica, o pacto se estabelece como instrumento de fomento, alçado pelo Poder Público para incentivar um projeto social gerido, no todo ou em parte, por uma OSCIP, pelo menos, do ponto de vista formal.

Diante dessa premissa, plantamos algumas dúvidas, vislumbrando o possível desvio de finalidade do Estado na celebração desse contrato, que pode mascarar formas ilegais de terceirização e delegação de serviço público. Nessa perspectiva, a ilegalidade

se constitui elemento de ruptura do regime jurídico de direito público e base de sustentação da problemática, que justifica as considerações propostas a seguir, sobre a regulação dos termos de perceria.

Partimos da premissa de que, se o termo de parceria pode servir para objetivo diverso daquele disposto pela Lei 9.790/99, então é possível que a regulação do contrato favoreça seu desvio de finalidade. Nesse contexto, a fragilidade da regulação do termo de parceria mostraria a inconsistência da atuação do Estado, enquanto agente regulador da ordem social, sendo, por conseguinte, a fonte de um ponto concreto de inatividade da Administração Pública.

A inatividade da Administração Pública[337] será observada em três fundamentos da tutela do termo de parceria: na seleção da OSCIP para a celebração do pacto; no acompanhamento do projeto social desenvolvido pela ONG, durante a vigência do contrato; e no aparato de controle concebido para coibir os abusos, decorrentes de irregularidades na gestão do termo de parceria.

4.3.1 **A seleção da OSCIP para parceria com o Poder Público**

Quando o Estado fomenta qualquer atividade privada, mesmo que essa seja realizada em prol da coletividade, é possível supor que a destinação de recursos públicos para qualquer projeto, de caráter econômico ou social, enseje a observação de um conjunto de rigores, voltados para resguardar juridicidade do procedimento administrativo.

Nesse sentido, em primeiro lugar, porque o dinheiro público não deve ser mobilizado para uma causa sem propósito, em função do princípio da indisponibilidade; e, em segundo lugar, porque, se o Poder Público oferece qualquer vantagem, com uma margem limitada de oportunidade, deve garantir condições de isonomia para aqueles que

---

[337] A inatividade da Administração Pública será verificada de forma estrita na regulação do termo de parceria, mas a análise não é estrita no seu alcance, pois utilizamos como referência para esse estudo a concepção de Marcus Puente, considerando que o conceito de inatividade da Administração se verifica materialmente na noção geral de má administração, mas juridicamente, parte na posição institucional da Administração Pública, no que diz respeito à sua atividade, enquanto manifestação de poder público sujeito ao Direito. Nessa perspectiva, a síntese da concepção jurídica de inatividade da Administração pode ser sintetizada nos seguintes termos: *"Básicamente, el concepto jurídico de inactividade puede construirse a partir de dos elementos: uno material, la constatación de una situación de passividad o inercia de la Administración; y otro formal, que convierte dicha situación en una omisión por infracción de un deber legal de obrar o actuar y determina su antijuridicidad. "* PUENTE, Marcos Gómez. **La Inactividad de la Administración.** 2ª Ed. Navarra: Arazandi, 2000, p. 62.

se candidatarem a ususfruir da benesse, salvaguardando o princípio da supremacia do interesse público.

Se partimos da premissa de que a celebração de um termo de parceria mobiliza dinheiro público e distribui um incentivo restrito, diante do universo de ONGs, interessadas em fomento do Poder Público, é necessário supor que legislação determine condições consistentes de seleção das OSCIPs com as quais pactuará, pois só assim será possível manter a licitude desse expediente.[338]

Nesse caso, a instauração do procedimento público de seleção para a escolha da OSCIP, parceira do Poder Público, não deriva simplesmente da disciplina dos princípios que tutelam a indisponibilidade relativa à gestão dos recursos públicos, e à isonomia dos particulares interessados em dispor do fomento estatal, pois, sendo a parceria entre Estado e OSCIP fixada por meio de contrato, o parceiro público está obrigatoriamente submetido ao procedimento legal relativo à formalização do pacto, qual seja a licitação.[339]

Contudo, desde que a Lei 9.790/99 foi editada, a licitação não é considerada procedimento obrigatório para a seleção de OSCIP, tendo em vista a celebração do termo de parceria, pois seria possível supor que Lei Geral de Licitações e Contratos não se aplicaria a esse pacto, preliminarmente, porque seu objeto não estaria prestigiado pela

---

[338] José Anacleto Santos, ao tecer considerações sobre o regime jurídico aplicável às parcerias entre Administração Pública e Terceiro Setor, vislumbra que "não se cogita a submissão absoluta de entes privados ao regime peculiar à Administração Pública." Mas como a parceria envolve a a realização de atividade de natureza estatal e a gestão de recursos públicos, é possível supor a presença, "ainda que parcial, do regime jurídico-administrativo." SANTOS, José Anacleto Abduch. Licitação e Terceiro Setor. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (Coord.). **Terceiro Setor, Empresas e Estado: novas fronteiras entre o público e privado.** Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 295.

[339] Marçal Justen Filho propõe que a relação constituída entre Poder Público e OSCIPs se estabelece com peculiaridades consistentes, mas, sendo o termo de parceria contrato passível de promover benefícios à sociedade, pode-se supor que a relação jurídica aludida guarda identidade com a delegação de serviço público, pois o contrato de concessão ou permissão coloca o particular diante de uma prestação conduzida para o cidadão. Nessa perspectiva, o termo de parceria se aproxima da delegação de serviço público, razão pela qual o modelo licitatório adequado à relação travada entre Estado e OSCIPs está disposto na Lei 8.987/95. JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de Licitações e Constratos Administrativos.** São Paulo: Malheiros, 2005, p. 267-268.

Lei 8.666/93[340], mas também, em função da convergência dos interesses das partes, na promoção do interesse público.[341]

Os argumentos que sustentam a dispensa de licitação para a celebração dos termos de parceria entre Estado e OSCIPs são frágeis, pois a Lei 9.637/98 foi editada após a Lei Geral de Licitações e Contratos Públicos, mas a Lei 8.666/93 determina expressamente, no inciso XXIV do artigo 24, a perspectiva de dispensa de licitação para a celebração de contrato de gestão entre a Administração Pública e as Organizações Sociais, por isso a edição posterior da Lei não desobriga o Poder Público em relação ao cumprimento do disposto na Lei Geral mais antiga.

No que tange à inaplicabilidade da Lei 8.666/93, a relação travada entre Estado e OSCIP, em função do interesse público convergente no termo de parceria, também não é razoável sustentar tal alegação se observarmos que, mesmo diante da suposta convergência de interesses, no objeto do contrato de gestão firmado entre Poder Público e OS, já existe medida liminar em Ação Direta de Inconstitucionalidade, proposta pelo Ministério Público, em São Paulo, proibindo a prefeitura de contratar Organizações Sociais sem seleção pública.[342]

Apesar de observarmos, em certa medida, a pacificação do entendimento favorável à dispensa de licitação para celebração de termo de parceria entre Estado e OSCIP, há alguns aspectos que impulsionam um movimento contrário a esse entendimento. Nesse sentido, o Decreto 3.100/99, ao regulamentar a lei 9.790/99, institui o concurso de projetos, para celebração de termo de parceria[343], tendo em vista a

---

[340] "Diante do informado, entendo que a primeira questão deva ser respondida no sentido de que é possível a contratação de Organizações Sociais, Organizações Sociais de Sociedade Civil de Caráter Público e Associações para a operacionalização do Programa de Saúde da Família e do Programa de Agentes comunitários de Saúde, desde que precedida de lei municipal dispondo sobre a matéria e que sejam observados os respectivos procedimentos de seleção das entidades interessadas em celebrar contratos de gestão, termos de parceria e convênios ou contratos com a Prefeitura local." A referência mostra a consulta feita pelo prefeito do município de Patrocínio Paulista ao Tribunal de Contas em 2004. http://www.consultormunicipal.adv.br/novo/tricont/0012.pdf. Consulta em 17/01/2009.

[341] Gustavo de Oliveira e Fernando Mânica defendem a idéia de que a OSCIP figura como fornecedor de bens e serviços para o Poder Público, auxiliando o Estado na promoção de direitos fundamentais. Além disso, o termo de parceria se constituiria como uma figura jurídica nova, posterior à edição da Lei Geral de Licitações e Contratos, por isso a Lei 8.666/93 não se constituiria como regulamento passível de atingir o termo de parceria. OLIVEIRA, Gustavo Justino de Oliveira & MÂNICA, Fernando Borges. **Organização da Sociedade Civil de Interesse Público: Termo de Parceria e Licitação.** Fórum Administrativo – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 5, n. 49, p. 5225-5237, mar. 2005, p. 5233-5234.

[342] WATANABE, Marta. **Liminar proíbe que prefeitura de SP contrate OS para saúde sem concurso.** 1º Carderno. Valor Econômico, quarta-feira, 20 de agosto de 2008, p. 3.

[343] Diante dos possíveis objetos vislumbrados pelo artigo 23 do Decreto 3.100/99, é possível supor que qualquer projeto social executado por uma OSCIP abrange, pelo menos, um dos elementos determinados no regulamento, por isso a seleção de OSCIP, nessa perspectiva de licitação, é possível em qualquer hipótese, não sendo relevante o objeto do termo de parceria.

"obtenção de bens e serviços para a realização de atividades, eventos, consultorias, cooperação técnica e assessoria."[344]

O concurso de projetos se estabelece como uma modalidade de licitação específica para a seleção de OSCIPs, interessadas em receber fomento público para a execução de projetos sociais, a partir de um expediente específico, cuja habilitação deve se exaurir com a apresentação de uma documentação que prestigia a observação da idoneidade jurídica e financeira da ONG, de acordo com o artigo 12, § 2º do Decreto 3.100/99.

No que diz respeito ao julgamento das propostas de parceria ofertadas pelas OSCIPs, que se submeterem a seleção pública, é possível destacar a competência da comissão julgadora, instituída de acordo com o artigo 30 do Decreto 3.100/99, composta não só por um especialista no objeto do termo de parceria, bem como por representante do Poder Público e do Conselho de Política, tendo em vista a realização de uma avaliação com foco no mérito da oferta.

Diante do exposto, é possível constatar que a licitação não é um expediente totalmente descartado, na formação do termo de parceria, e ainda é necessário ressaltar que a licitação poderá ser introduzida na gestão de recursos materiais da OSCIP, quando esta receber recursos públicos, pois o Decreto 5.504/05 regulamenta o pregão em decorrência de transferências voluntárias de recursos públicos da União, derivados de convênios, consórcios e instrumentos congêneres, para a aquisição de bens e serviços por entes públicos e privados, incluindo nesse rol as OS e OSCIPs.[345]

4.3.1.1 Licitação e inatividade da Administração Pública

Depois de defender a tese de que a licitação é procedimento imprescindível para consituição do vínculo entre Estado e OSCIP, tendo em vista o empenho dos recursos públicos disponibilizados para o projeto social, e a natureza contratual do termo de parceria, é fundamental registrar que o procedimento licitatório se constitui como expediente quase sempre ausente das rotinas desenvolvidas pela Administração Pública, para a seleção de entes do Terceiro Setor.[346]

---

[344] Artigo 23 do Decreto 3.100/99.
[345] § 5º do artigo 1º do Decreto 5.504/05.
[346] Numa palestra realizada pelo Tribunal de Contas da União, em dezembro de 2006, por Antônio Alves Carvalho Neto, Analista de Controle Externo da Diretoria Técnica de Metodologia de Fiscalização, é possível registrar um dos expedientes de corrupção mais frequentes do engajamento estabelecido entre

A celebração de termo de parceria independente da realização de processo licitatório é uma prática tão recorrente que a realização de concurso de projetos para a seleção de OSCIP acaba se constituindo como uma medida excepcional, esporádica e desprezível para a Administração Pública, que parece gerenciar um verdadeiro assalto aos cofres públicos, intermediando os interesses de todos os cúmplices do furto.[347]

Diante desse fato, precisamos registrar que a violação do regime jurídico administrativo, com a supressão do processo licitatório na celebração do termo de parceria entre Estado e OSCIPs, constitui-se como uma forma de inatividade da Administração Pública, pois a omissão do Poder Público, nesse caso, pode ensejar a antijuridicidade do empreendimento.

Antes de emitir atestado conclusivo sobre essa matéria, é necessário vislumbrar que a licitação pode deixar de ser realizada, quando se consubstancia hipótese de contratação direta amparada por Lei. Contudo, a licitude[348] do procedimento não se constitui como blindagem absoluta, passível de conter uma eventual inatividade da Administração Pública, pois a juridicidade[349], na celebração do termo de parceria, pode estar alheia ao direito posto, em função da regulação equivocada do pacto, mesmo que a legislação discipline condições para a contratação direta da OSCIP.[350]

Poder Público e OSCIPs, pois, além de descartar a licitação obrigatória para a seleção da entidade do Terceiro Setor, o gestor público pode solicitar o comissionamento da operação de fomento, realizada sob o manto do termo de parceria, no seguinte trecho: "O gestor tem tal recurso e diz: olha, ONG não precisa fazer licitação, lhe passo, mas quero 20%." CARVALHO NETO, Antônio Alves. **O controle do TCU sobre as Organizações Não-Governamentais.** Disponível em http://74.125.45.132/search?q=cache:O77gC3mnslcJ:www.atricon.org.br/doc/palestra_tcu_ongs_carvalho.ppt. Consulta em 26/11/2008.

[347] Nas entrevistas realizadas com as OSCIPs do setor de assistência social, com sede em Recife, na etapa de reflexão sobre a problemática da pesquisa, é possível registrar que todas as ONGs que celebraram termo de parceria com Poder Público, não foram selecionadas por qualquer tipo de procedimento licitatório.

[348] Sabino Casesse nos remete à crise do princípio da legalidade, vislumbrando que a Lei não se constitui mais como uma fonte plena de direção da Administração Pública, em função de um processo de deslegalização, que se estabelece como tendência em meados do século XX. CASESSE, Sabino. **Las Bases del Derecho Administrativo.** Tradução de Luís Ortega. Madrid: INAP, 1994, p. 347.

[349] Patrícia Baptista vislumbra a diferença entre legalidade e juridicidade, apontando para a possibilidade do cumprimento formal de a Lei se desviar da direção materal determinada pelo Direito. O texto é elucidativo: "Hoje, portanto, caminha-se, para a construção de um princípio da legalidade não no sentido da vinculação positiva à lei, mas de vinculação da Administração ao Direito. O princípio da legalidade ganha, assim, a conotação de um *princípio da juridicidade.* Não sendo posssível a inteira programação legal da Administração Pública contemporânea, é forçoso, contudo, mantê-la totalmente subordinada aos princípios e regras do ordenamento jurídico, especialmente do ordenamento constitucional." BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo.** Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2003, p. 108.

[350] Marcus Puente, referência deste estudo para a determinação de uma concepção precisa de inatividade da Administração Pública, propõe a classificação dos movimentos de contra-administração do Estado, vislumbrando quatro possíveis espécies de inatividade. No que diz respeito à omissão do Poder Público na realização da licitação para a celebração do termo de parceria, é possível observar o enquadramento dessa condulta omissiva, a uma das categorias, qual seja, a "*Inactividad de efectos trilaterales, cuando la falta de actividad administrativa repercute no sólo sobre un perjudicado en una relación jurídico-*

É possível supor que a formalização de termo de parceria, por meio de contratação direta, tenha amparo legal, de caráter ao menos formal, pois a regulação desse instrumento contratatual imerge num caldo denso de discricionariedade administrativa.[351] Nessa perspectiva, a vontade do gestor pode ser a própria Lei, no que diz respeito ao deliamento da conduta comissiva da Administração Pública, muitas vezes, sustentada por uma motivação, apenas forjada no interesse público.

4.3.1.1.1 *As deficiências da regulação na celebração do termo de parceria*

A possibilidade de o Poder Público descartar a licitação para realizar a contratação direta de OSCIP, por meio de termo de parceria, é uma possibilidade que já foi mais do que aventada, pois já registramos que esse tipo de expediente é tão comum que acaba se constituindo como uma verdadeira diretriz na administração pública. A observação dos fundamentos jurídicos dessa estratégia pode evidenciar os contornos da regulação, nesse aspecto específico, para embasar nossas reflexões sobre a inatividade da Administração Pública.

A ausência do processo licitatório na celebração de termo de parceria, entre Estado e OSCIP, só pode se estabelecer em uma das hipóteses de contratação direta disciplinadas por lei. Nessa perspectiva, a contratação direta da OSCIP pode ser motivada pela dispensa ou pela inexigibilidade da licitação, o que ocorre quando o interesse público não recomenda a realização da seleção pública, ou quando a competição entre as ONGs for inviável.

É provável que a contratação direta das OSCIPs se estabeça como uma forma de dispensa[352] de licitação, pois as razões, frequentemente alegadas em defesa da contratação direta dessas ONGs, desautorizam o processo licitatório em função da

---

administrativa bilateral, sino también sobre terceros interesados." PUENTE, Marcos Gómez. **La Inactividad de la Administración.** 2ª Ed. Navarra: Arazandi, 2000, p. 117.

[351] A discricionaridade administrativa não pode ser tomada como um referencial de contra-administração, pois a observação dos pressupostos, adequados para o exercício do poder discricionário, confirmam a juridicidade da ação. Nessa perspectiva, a grande dificuldade que se apresenta diante dessa matéria diz respeito à engrenagem de controle, a que se submete o ato discrionário, pois é possível observar uma tendência da comunidade jurídica, no sentido de focalizar os limites da discricionariedade administrativa, em sua apreciação judicial. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição Federal de 1988.** 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 133-134.

[352] Essa hipótese decorre da interpretação do artigo 23 do Decreto 3.100/99, que dipõe sobre a escolha da OSCIP, tendo em vista a celebração do termo de parceria, facultando ao Poder Público a prerrogativa de realizar ou não a abertura do concurso de projetos.

suposta convergência de interesses das partes na realização do projeto social, levando em consideração a finalidade do termo de parceria.[353]

Para que haja dispensa[354] de licitação, é necessário verificar a hipótese na qual o processo licitatório pode não ser recomendável para a realização do fim que a Administração Pública deseja alcançar, com a realização do contrato, por isso a Lei deve dispor sobre o rol expresso de situações em que, ao gestor é facultada a avaliação do caso concreto para a averiguação da necessidade ou de não de contratação direta.

Nesse caso, a deficiência da regulação pode ser suscitada em dois aspectos: em primeiro lugar, na omissão do artigo 24 da Lei 8.666/93, no que diz respeito à previsão expressa da possibilidade de contratação direta[355], por meio de termo de parceria; e, em segundo lugar, pela falta de regulamentação do concurso de projetos, prescrito pelo artigo 23 do Decreto 3.100/99.

No que diz respeito à primeira indagação, a hipótese de dispensa de licitação, para celebração de termo de parceria com OSCIP deveria estar prevista no conjunto de situações dispostas no artigo 24 da Lei 8.666/93, porque só a União pode legislar sobre matéria de caráter geral pertinente à licitação, por isso a abertura de exceções diante da regra constitucional que obriga a Administração Pública a licitar só é possível se houver previsão expressa na Lei Geral de Licitações e Contratos Públicos.[356]

---

[353] Nesse caso, é possível registrar que o termo de parceria não se presta aos fins determinados para os contratos administrativos, previstos na Lei Geral de Licitações e Contratos Públicos, por isso não estaria submetido, na íntegra, às diretrizes da Lei 8.666/93.

[354] A dispensa de licitação pode se estabebeler diante de hipóteses definidas nos artigos 17 ou 24 da lei 8.666/93. Mas, no que tange à discussão sobre a contratação direta das OSCIPs, restringimo-nos à observação do rol, disposto no artigo 24 da Lei Geral de Licitações e Contratos, pois nesse conjunto vericamos situações em que o processo licitatório não é impossível, por isso a dispensa decorre da conveniência e da oportunidade do gestor público. Nessa perspectiva optar ou não pela licitação é uma faculdade discricionária, por isso, de acordo com Maria Adelaide França, a licitação "não é obrigatória, e a Administração, se assim lhe convier, pode dispensar o processo licitatório." FRANÇA, Maria Adelaide de Campos. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública.** 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 69.

[355] Como a contratação direta é uma exceção ao dever de licitar, que se estabelece como norma geral - *standard* do direito administrativo – não é possível supor hipótese de dispensa fora do rol de hipóteses da Lei Geral de Licitações e Contratos. Nesse sentido, Ivan Rigolin e Marco Bottino evidenciam que essa interpretação está ajustada desde o Decreto_Lei 2.300/86 – norma que precedeu a Lei 8.666/93- apontando que "seja como for, vigora a nova ordem, mantido o critério de que o rol do art. 24, licitações dispensáveis, é *exaustivo, fechado, 'numerus clausus,* não admitindo a criação, pela lei local ou na prática, de novas possibilidades." RIGOLIN, Ivan Barbosa 7 BOTTINO, Marco Tullio. **Manual Prático das Licitações.** 6ª Ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 317.

[356] A ratificação desse entendimento pode ser visualizada na observação das alterações posteriores à edição da Lei Geral de Licitações e Contratos, pois, no rol do próprio artigo 24, encontraremos incisos, pronunciando hipóteses de dispensa, que foram trazidas para o corpo da Lei 8.666/93 após a edição de normas posteriores à sua edição. Podemos citar os seguintes exemplos: o aumento do valor do contrato para a dispensa nas empresas públicas e sociedades de economia mista, no inciso XIII, em função da edição da Lei 9.648/98; a dispensa para a celebração de contratos de gestão com Organizações Sociais, em decorrência da Lei 9.637/98, no inciso XXIV; e a dispensa na formalização de contrato programa, na

Além disso, no que tange à segunda indagação, não é possível deixar de evidenciar a fragilidade da regulação do concurso de projetos, displinado no artigo 23 e dispositivos posteriores do Decreto 3.100/99, pois, nos termos dispostos por esse regulamento, a licitação, caso seja realizada, padece pela ausência de amarrações objetivas que afastem a subjetividade da selação da OSCIP.

Alguns pontos do regulamento merecem destaque pela elasticidade da discricionariedade administrativa conferida ao gestor, sendo a ênfase dirigida para as seguintes disposições:

a. No artigo 23 do Decreto 3.100/99, o texto registra que "a celebração do Termo de Parceria, poderá ser feita por meio de publicação de edital de concurso de projetos (...)." Contudo, o legislador não especifica as razões que devem inclinar o gestor público a optar ou não pela licitação, por isso a motivação do agente público dificilmente poderá ser impugnada, a não ser naquelas circunstâncias em que a violação do princípio da moralidade for manifesta;
b. No inciso I, do artigo 27 do Decreto 3.100/99, o legislador enfatiza que a avaliação das ofertas propostas pelas OSCIPs levará em consideração seu "mérito intrínseco," ou seja, a estrita conveniência do gestor público. Nessa perspectiva, a margem de subjetividade na seleção do projeto social poderia ser reduzida se a legislação exigisse a adequação do projeto da OSCIP ao plano de trabalho pré-definido pelo gestor público, para a promoção de políticas públicas sociais;
c. No inciso V, do artigo 27 do Decreto 3.100/99, o legislador estabelece que o julgamento dos projetos sociais também levará em consideração "a regularidade jurídica e institucional da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público," mas, não especifica quais serão os documentos que deverão ser providenciados pela OSCIP, para registrar a prova de sua idoneidade. Nesse caso, o Decreto deixa de dispor sobre as condições objetivas de habilitação das ONGs, interessadas na celebração do termo de parceria;

---

prestação de serviços autorizado em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação, nos moldes da Lei 11.107/05, no inciso XXVI. Além disso, "sobre essa competência não paira qualquer dúvida. Cada entidade política (União, Estados-membros, Distrito Federal, Municípios) tem competência para legislar sobre licitação, visto tratar-se de matéria da cura do Direito Administartivo. Apesar disso, cabe à União fixar normas gerais sobre essa matéria, consoante estabelece o inciso XXVII do art. 22 da Constituição da república." GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo.** 12ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 500.

d. Por fim, no artigo 30 do Decreto 3.100/99, o texto supõe uma perspectiva de seleção isenta, com a designação de uma comissão jugadora para o concurso de projetos, "composta, no mínimo, por um membro do Poder Executivo, um especialista no tema do concurso e um membro do Conselho de Política Pública da área de competência." Porém, registra que a presença do membro do Conselho de Política Pública não é uma peça indispensável do jogo, pois este só se fará presente se o referido colegiado estiver formalmente constituído.

Não podemos suscitar que a celebração de termo de parceria é ilegal, de per si, em função da falta da solenidade pública de seleção da OSCIP, anterior à formalização do pacto, pois o artigo 23 do Decreto 3.100/99 deixa a cargo do gestor a decisão favorável ou desfavorável à realização da licitação, mas a regulação, nas condições propostas, pela legislação favorece a violação do regime jurídico de direito público.

Por isso, diante do que foi exposto, julgamos fundamental que a hipótese de dispensa de licitação, para celebração de termo de parceria, seja trazida para o rol do artigo 24 da Lei 8.666/93, e endossamos o entendimento de que o Decreto 3.100/99 precisa ser regulamentado[357], para que o concurso de projetos, voltado para a seleção das OSCIPs, seja disciplinado com a objetividade pertinente à regulação de um processo licitatório legítimo.

4.3.2 **A tutela do contrato**

Neste estudo sobre a regulação do termo de parceria, já tecemos as considerações relacionadas ao momento da formação do vínculo entre Estado e OSCIPs, por isso passamos a nos reportar ao tempo da execução do contrato, quando o Poder Público se coloca diante do acompanhamento do pacto, durante a realização do projeto social e

[357] Gustavo de Oliveira e Fernando Mânica defedem a regulamentação do Decreto 3.100/99, aludindo que "é recomendável (embora não obrigatória) a edição de leis específicas que regulamentam o procedimento de escolha das OSCIPs parceiras, disciplinando, assim, o concurso de projetos." OLIVEIRA, Gustavo Justino de Oliveira & MÂNICA, Fernando Borges. **Organização da Sociedade Civil de Interesse Público: Termo de Parceria e Licitação.** Fórum Administrativo – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 5, n. 49, p. 5225-5237, mar. 2005, p. 5233-5235. Ao dispor sobre a possível omissão da Estado, no exercício do seu Poder Regulamentar, Marcus Puente realça que o exercício de tal faculdade normativa é um dever para o Poder Público, por isso sua renuncia se consitui como uma forma de inatividade da Administração Pública, que pode ensejar a responsabilidade patrimonial do Estado, caso a negligência prejudique o funcionamento de serviços públicos. PUENTE, Marcos Gómez. **La Inactividad de la Administración.** 2ª Ed. Navarra: Arazandi, 2000, p. 394.

após sua conclusão, quando a entidade do Terceiro Setor encerra as atividades, submetendo sua prestação de contas ao órgão competente.

Nessa sequência, toda a atividade de controle, relacionada à gerência do termo de parceria, será apontada, por isso a ênfase das seções a seguir, focalizam a natureza contratual do vínculo entre os signatários, e a atuação dos dois atores que se revelam como protagonistas da cena, onde os instrumentos de fiscalização das OSCIP são trazidos à tona.

Nessa perspectiva, observamos que a entidade pública que se apresenta como parceira e o conselho de políticas públicas, específico da área de atuação social, dividem as principais tarefas de fiscalização a que estão adstritas às OSCIPs, vinculadas a termo de parceria com o Poder Público, mas o Ministério Público, o Poder Judiciário, os Tribunais de Contas e as Procuradorias Públicas poderão participar do controle, na medida em que indícios de ilegalidade e inadimplência contratual pesem sobre a atuação dessas entidades privadas.

A seção inaugurada, neste ponto, propõe-se a estabelecer uma reflexão baseada na observação de contrapontos aos mecanismos de controle, que incidem sobre a OSCIP, contratada pelo Estado para apoiar e/ou executar serviços sociais, remetendo nosso foco para a regulação do termo de parceria, disposta na Lei 9.790/99 e no Decreto 3.100/99.

Para definir com refinamento os pontos da abordagem, vamos colocar em evidência o controle administrativo, que a Administração Pública deve realizar sob a direção do parceiro público, que se constitui como ente contratante do termo de parceria. Nessa perspectiva, pretendemos restringir o foco do controle, salientando os elementos vinculados à gestão do contrato, por isso nosso enfoque não se estabelerá em aspectos do controle financeiro, do controle judicial, e do controle social, destinados às OSCIPs.

O controle administrativo, a cargo da Administração Pública, verifica-se no conjunto de instrumentos que permitem ao Estado determinar expedientes preparatórios e procedimentos de acompanhamento e revisão continuada das ações de seus entes e daqueles que atuam substituindo sua potestade, no exercício atividades delegadas ou de suporte as suas matrizes de competência.[358]

[358] Gian Galeazzo Standardi dispõe sobre as atividades da Administração Pública, considerando o conjunto de obrigações que as entidades e órgão públicos estão obrigados a efetivar. Nessa perspectiva, as instituições atuam em quatro segmentos: 1) no exercício das tarefas que implicam a realização de suas competências, ou seja, no exercício da parcela de função administrativa que lhes cabe; 2) na gestão de sua própria estrutura, ou seja, na organização dos recursos humanos e materiais sob sua tutela; 3) na guarda dos interesses provocados pelos administrados, ou seja, no exercício de atividade consultiva e processual, tendo em vista responder às solicitações do cidadão e 4) na operacionalização dos mecanismos de controle

O controle se insere no conjunto das atividades administrativas do Estado com um peso diferenciado, se considerarmos que a ênfase à contratação da iniciativa privada, para a execução de tarefas do Poder Público, deve ampliar a atuação do Poder Público como agente regulador, passando o contrato a se constituir como um instrumento chave de regulação.[359]

Quando o Estado recorre ao contrato, sobretudo nas situações em que o particular vai assumir a execução de tarefa da sua alçada, a priori, pode parecer que o Poder Público aliviou a carga, atrelada à gestão da atividade assumida pelo setor privado, mas essa impressão pode não se confirmar, a depender do montante de energia dispensado pela Administração Pública, no controle da instituição contratada.

A tutela do contrato acaba se configurando como uma atividade administrativa muito significativa para o Estado, pois o controle dos pactos firmados pelo poder Público, sobretudo para a prestação de serviços públicos, envolve a mobilização de esforços, que começam com a concepção da engrenagem do controle, e ensejam a realização de vários procedimentos de acompanhamento e correção.

Em tese, podemos sugerir que, ao contratar a iniciativa privada, o Estado apenas muda o enfoque da gestão, que mobilizará ações não menos significativas para que a tarefa executada pelo particular cumpra o padrão de eficiência, baseado no *accountability*, com enfoque nos resultados, economicidade e transparência administrativa. [360]

---

determinados para o acompanhamento e revisão de todas as rotinas sob sua guarda. Nessa perspectiva, o controle administrativo é tido como uma atividade específica das instituições públicas, por isso é importante definir a orientação que determina o cumprimento dos fins institucionais de cada estrutura da Administração Pública, mas parece que o Poder Público deve dar igual relevância a lapidação de um sistema de controle da gestão pública em todos os segmentos, inclusive naquele que diz respeito ao acompanhamento e à correção dos terceiros que apoiam ou substituem o Estado a qualquer título. STENDARDI, Gian Galeazzo. **Scienza Dell'Amministrazione.** Milão: Giuffrè, 1994, p. 73-76.

[359] Gaspar Ariño realça o papel regulador do contrato, vislumbrando a liberdade que a atividade reguladora proporciona ao Estado nos contratos de concessão, onde quesitos ligados à forma de execução do contrato podem ser alterados pelo Poder Público para adequar a prestação do serviço ao interesse público. A regulação é observada como ferramenta de gestão que permite o exercício de controle que vai além da observação das regras definidas nos contratos, na medida que autoriza a potestade a mudar as regras do jogo, sem previsão legal específica, o que o autor referencia como uma espécie de "deslegalización", ou seja, um instrumento de controle simultâneo voltado para a adequação do serviço a sua finalidade, qual seja, servir a sociedade. ORTIZ, Gaspar Ariño. **Economia y Estado: Crisis y reforma del sector público.** Madrid: Marcial Pons, 2003, p. 332.

[360] O esforço decorrente do controle dos contratos firmados pelo Estado para que a execução de suas tarefas recaia na atuação de terceiros é matéria discutida no direito administrativo anglo-saxão. Apesar de observarmos anteriormente a performance de redução da Administração Pública como um imperativo do primeiro período marcado pelas reformas dos anos 1980, já não se aplica mais o discurso neoliberal, mas estrito, pelo contrário, já é possível observar uma valorização do Poder Público numa postura mais atuante, mesmo que o foco seja o controle dos contratos. Voltamos a referenciar Craig: "*The office of Government commerce is midful of this issues, and has addressed them through its keys targets. Where the*

Nessa perspectiva, se a Administração Pública se retira, pelo menos parcialmente, do processo de execução de uma função, que lhe é imputada por lei, então, o principal papel a ser desenvolvido, nesse contexto, é o controle da instituição investida das tarefas, que o Estado lhe reserva por meio de contrato, no caso específico das OSCIPs, do termo de parceria.

As Oscips, que ajustam compromisso com o Poder Público, assumem obrigações materiais na execução ou no suporte de um serviço social, sendo submetidas à tutela do ente público que celebra o termo de parceria, por isso o principal agente de fiscalização é o ministério ou secretaria da área competente pela realização do tipo de ação social, que a OSCIP promove ou ajuda a promover.

A legislação propõe que o processo ordinário de acompanhamento, dos termos de parceria, deve ser realizado por uma comissão de avaliação, formada pela participação de representante do parceiro público, membro do conselho de política pública, e delegado enviado pela OSCIP, mas é provável que um dos atores referidos se ausente frequentemente da cena, pois o Decreto 3.100/99 estabelece que o conselho de política pública só atuará, no exercício das competências previstas pela lei, quando estiver constituído na área social de interesse do termo de parceria.[361]

Por isso, resta ao ente público, signatário do termo de parceria, o acúmulo das principais atribuições, no acompanhamento da execução do pacto, pois, mesmo que o conselho de política pública faça parte da comissão de avaliação, é provável que tal colegiado, isoladamente, não possua prerrogativas para desenvolver atos materiais de fiscalização, sendo suas atribuições restritas ao acompanhamento das diligências alavancadas pelo parceiro publico, pois o representante do conselho é apenas um dos membros da comissão de avaliação, responsável pela análise da prestação de contas da OSCIP.

4.3.2.1 O controle prévio

As atribuições alçadas pelo Poder Público, na tutela do termo de parceria, derivam da autotutela da Administração Pública, na gestão dos recursos, que o Estado

---

preceding techniques of control operate effectively contract can be a beneficial way of structuring administrative discretion." CRAIG, P. P. **Administrative Law.** 5ª Ed. London: Sweet & Maxwell, 2003, p. 133.

[361] A perspectiva de atuação do conselho de política pública no controle e nas demais competências referidas pela Lei 9.790/99 e pelo Decreto 3.100/99, é matéria que será abordada no próximo capítulo em seção específica.

mobiliza para concretizar seus fins. Nessa perspectiva, as OSCIPs, parceiras da Administração Pública, estão submetidas ao controle do parceiro público, na medida em que o Estado exerce suas prerrogativas de contratante, e, ao mesmo tempo, submete-se ao dever de prestar contas dos atos relacionados à sua administração.[362]

Diante desse contexto, temos que levar em consideração que o controle do termo de parceria começa em momento anterior a sua celebração, pois, nas solenidades preparatórias à celebração desse contrato, o Poder Público já está exercendo sua tutela, em função das prerrogativas inerentes ao Estado, que podem ser exercidas por este, como polo contratante do pacto.

As solenidades cautelares referidas dizem respeito à verificação de regularidade e ao processo de seleção para escolha da instituição mais qualificada à execução do projeto social de interesse do Poder Público. Contudo, é possível perceber que a Lei 9.790/99 e o Decreto 3.100/99 disciplinam apenas uma faculdade para o Estado, que não está obrigado a se submeter a tal rigor.

A regulação do termo de parceria, no que diz respeito ao controle anterior à formalização do pacto, não sustenta as diretrizes típicas do regime jurídico de direito administrativo atinente aos contratos públicos. Assim a discricionariedade e a permissividade do rigor de fachada incidem sobre os critérios para verificação da idoneidade da OSCIP parceira no seu processo seletivo.

Nesse sentido, observamos que o art. 9º do Decreto 3.100/99 estabelece que "o órgão estatal responsável pela celebração do Termo de Parceria verificará previamente o regular funcionamento da organização", mas na falta de disposição expressa sobre a prova cabível para a demonstração de regularidade da OSCIP, a simples apresentação do título emitido pelo Ministério da Justiça supre o conteúdo do dispositivo.

É necessário vislumbrar que a regularidade de uma OSCIP não poderia ser comprovada exclusivamente pela apresentação do título, pois as instituições sem fins lucrativos, uma vez certificadas pelo Ministério da Justiça, são obrigadas a promover permanente renovação dos documentos que atestam sua finalidade e regime de funcionamento, mas essa regra não coloca as OSCIPs no rigor do sistema de registro cadastral, disciplinado pela Lei Geral de Licitação e Contratos Públicos.[363]

---

[362] A idéia de que o controle da Administração Pública se constitui como um poder-dever, pode ser observada em: DROMI, Roberto. **Derecho Administrativo.** 10ª Ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2004, p. 172.

[363] O *caput* do artigo 5º do Decreto 3.100/99 dispõe sobre a obrigação das OSCIPs de comunicar ao Ministério da Justiça alteração de finalidade e regime de funcionamento das instituições, mas há duas

Portanto, as informações que a OSCIP deve prestar ao Ministério da Justiça não são regulares, nem dizem respeito à execução do objeto, pois derivam de alterações no curso da sua trajetória, que, em sendo silenciadas, dificilmente provocarão a punição da instituição sem fins lucrativos com a perda de sua qualificação.

O registro a desqualificação da OSCIP é, a essa altura, pertinente, pois a perda da qualificação nos moldes do parágrafo único do art. 4º do Decreto 3.100/99 é uma situação das mais remotas, de acordo com dados do Ministério da justiça, órgão competente para promover o processo administrativo necessário para a cassação do certificado, não há meios para a fiscalização *ex oficio* das OSCIPs, e são raras as hipóteses de denúncia, geralmente encabeçadas por desafetos dos dirigentes da OSCIP denunciada.

Tudo leva a crer que a desqualificação das instituições sem fins lucrativos, portadoras do título de OSCIP em condições irregulares, é matéria fadada ao fracasso, pois não há aparato disponível no Estado para a manutenção de uma vigília adequada sobre essas instituições, por isso o Ministério da Justiça fica à mercê das denúncias, pouco representativas da participação da sociedade civil no controle desses entes.

A fragilidade da cautela não diz respeito só à verificação de regularidade da OSCIP, pois o processo de seleção da instituição a ser escolhida para a celebração do termo de parceria também pode suscitar questionamentos no que tange a sua obrigatoriedade e aos aspectos relacionados ao procedimento.

Já registramos na seção anterior que a discricionariedade na possibilidade de o Poder Público optar ou não pela realização do processo seletivo é um aspecto reprovável, mas são as omissões relacionadas à habilitação técnica e fiscal que saltam aos olhos, especialmente nesse ponto referente à seleção das OSCIPs parceiras.

Quando tratamos especificamente desse corte, defendemos a idéia de que o concurso de projetos previsto no artigo 23 do Decreto 3.100/99 se veste com alguns elementos do concurso disposto na Lei 8.666/93, sem, contudo lapidar-se de acordo com a Lei Geral de Licitações e Contratos Púbicos, pois não obriga as OSCIPS a demonstrar habilitação técnica e fiscal necessária à celebração do contrato.[364]

---

questões a podenrar nesse sentido. Em primeiro lugar, o Ministério da Justiça não tem instrumentos para combater a omissão das OSCIPs, quando as mesmas deixam de atualizar informações cadastrais. Em segundo lugar, as informações que as OSCIPs são obrigadas a prestar não são suficientes para atestar sua idoneidade.

[364] A dificuldade principal no que tange à realização dessa seleção pública diz respeito a sua concepção. Nesse sentido Marcela Zen registra que: "(...) muitos órgãos não sabem como operacionalizar o concurso de projetos e os que sabem operacionalizar sentem receio de ter as contas desaprovadas pelos Tribunais de

Como a legislação não dispõe sobre a obrigatoriedade de requisitos de habilitação básicos, poderá o Estado celebrar termo de parceria com instituições casuísticas, qualificadas só para buscar recursos públicos, que muitas vezes não têm experiência na execução de projetos sociais, e sequer dispõem dos recursos humanos adequados para desenvolver os serviços supostamente oferecidos, mesmo que possuam débitos a honrar com o fisco.

Antes de aludirmos às ferramentas de acompanhamento do termo de parceria, não podemos deixar de evidenciar que há aspectos na elaboração do contrato que podem servir como importantes elementos de controle preventivo das OSCIPs. Nesse sentido, observaremos o § 2º do artigo 10 da Lei 9.790/99 que dispõe sobre a estipulação de metas a serem alcançadas de acordo com critérios objetivos de avaliação de desempenho, mediante indicadores de resultados, que certamente possibilita ao Poder Público importante cerco contra arbitrariedades.

Sabemos que são constantes as situações nas quais as OSCIPs provocam os entes públicos de posse de um portfólio de serviços, com os esquemas de projetos sociais já desenvolvidos, munidos inclusive da minuta de termos de parcerias já acabados para aguçar o interesse do Poder Público, diante das vantagens que decorreriam de uma possível relação entre as partes.

Mas é importante vislumbrar que, mesmo nas ocasiões em que as entidades públicas permitem que a OSCIP elabore o projeto social agregado à celebração do futuro termo de parceria, não podemos deixar de supor que o Estado deve participar ativamente da elaboração do pacto a ser firmado entre as partes, mesmo quando a candidata a parceira tem a prerrogativa de dispor sobre os elementos do Extrato do Termo de Parceria disposto no anexo I do decreto 3.100/99.

Nessa perspectiva, o extrato do termo de parceria deve servir como uma carta de intenção da OSCIP interessada em pactuar, mas, se o Poder Público deve lapidar o rol das obrigações concretas relacionadas à execução do objeto do contrato para que a prestação de contas recebida ao final da gestão do pacto não esteja permeada de elementos evasivos na demonstração da eficiência do projeto social.

Contas, já que grande parte destes Tribunais não possuem um consenso quando se trata de celebração de termo de parceria entre ente público e OSCIPs." ZEN, Marcela Roza Leonardo. **Licitação e Terceiro Setor: reflexões sobre o concurso de projetos das OSCIPs.** Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS, Belo Horizonte, ano 2, n. 4, p. 65-83, jul./dez. 2008, 78-79.

4.3.2.2 O acompanhamento do contrato

Uma vez formalizado o termo de parceria, a OSCIP passa a conduzir o projeto social a ele vinculado, e o parceiro público deve assumir o papel de orientador e fiscal da execução do contrato. No que diz respeito a esse momento do controle, o art. 11 da Lei 9.790/99 prevê a possibilidade de o ente público celebrante do pacto e do conselho de política pública realizar essa tarefa, que seria, pelo menos a priori, compartilhada por esses personagens.

Nos parágrafos do artigo 17 do Decreto 3.100/99, há indícios de que a Administração Pública parceira da OSCIP e o conselho de política pública competente dividiriam investidas de fiscalização durante a execução do termo de parceria, pois o legislador determina que: "eventuais recomendações ou sugestões do Conselho sobre o acompanhamento dos Termos de Parceria deverão ser encaminhadas ao órgão estatal parceiro, para a adoção de providências que entender cabíveis [e] o órgão estatal parceiro informará ao Conselho sobre suas atividades de acompanhamento."

Nessa perspectiva, poderíamos supor uma interação, na qual o conselho de política pública é competente para sugerir providências, e o Poder Público, atendendo às mesmas ou não, manteria o colegiado a par da situação de acompanhamento. Essa interlocução seria realizada quando o projeto social está ainda está em curso, pois o § 1º da Lei 9.790/99 estabelece que o termo final do contrato implica a análise de seus resultados, por uma comissão de avaliação onde esses núcleos de fiscalização passariam a atuar conjuntamente.

Mas dados capturados no contato direto com algumas OSCIPs abordadas pela pesquisa empírica demostram que o acompanhamento do termo de parceria não se dá de forma concomitante à sua execução, pois os dirigentes das entidades do Terceiro Setor, questionados sobre a fiscalização do pacto firmado pelo Poder Publico, fizeram referência unânime ao "rigor da tutela estatal" no detalhamento da prestação de contas solicitada pelo Poder Público, após a execução do contrato.

Podemos, então, supor que, se o controle se exaure na prestação de contas do termo de parceria, então a fiscalização do pacto, do ponto de vista da prática, não prestigia um esquema de acompanhamento simultâneo, o que sustenta nossa percepção inicial de que o ente público parceiro da OSCIP e o conselho de política pública atuarão na fiscalização, apenas no que diz respeito à análise dos resultados do contrato.

Não podemos deixar de registrar que a tríade, proposta para a formação da comissão de avaliação responsável por esse controle subseqüente do termo de parceria, pode não se estabelecer, devido à lacuna na constituição de um conselho de política pública, na área de atuação social do objeto do pacto, o que não trava a análise da prestação de contas que será realizada, muito provavelmente, de forma unilateral pelo Poder Público.

Nesse contexto, observamos que o controle relacionado à atuação das OSCIPs, na dimensão da amostra de instituições participantes dessa pesquisa, talvez seja uma tendência, que aponta para características de uma rotina de fiscalização já bem sedimentada na Administração Pública brasileira, pois, no esquema de tutela da atuação das entidades da Administração Pública Indireta, encontramos procedimento semelhante nas rotinas desenvolvidas para a execução da supervisão ministerial, prevista no Decreto-Lei 200/67, pontos que lembram a prestação de contas aludida nessa seção. [365]

Tal como uma OSCIP, as autarquias, agências, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações estatais se submetem a um tipo de controle externo, provocado após a conclusão de um período de gestão, geralmente anual, onde uma equipe técnica do governo se debruça diante de um relatório, para emitir parecer sobre o cumprimento das atribuições do ente fiscalizado, durante aquele período.

É claro que a relação constituída entre União, Estados-Membros, Municípios e Distrito Federal com as entidades da Administração Pública Indireta tem um fundamento diverso do elo que vincula Poder Público e OSCIPs, pois, no primeiro caso, as unidades administrativas autônomas se relacionam em decorrência de uma tutela legal, que permite aos centros estratégicos do Executivo zelar pelo cumprimento das finalidades estatutárias das entidades administrativas independentes, vinculadas à estrutura do Estado.

No segundo caso, sabemos que o vínculo constituído entre Poder Público e OSCIPs é, por natureza, transitório, contratual e precário, pois a contratação ou a parceria não enseja a formação de uma unidade de gestão estável, mas a relação

[365] Apesar do substrato legal abstrato no que diz respeito ao método de controle, a ser utilizado pelo Poder Público em relação à atuação das OSCIPs, é possível verificar uma tendência para o controle de resultados que atinge as relações entre Administração Direta e Indireta. Vanice do Valle esclarece que, nessa matéria, tanto o Estado como o Terceiro Setor estão vivendo um processo de aprendizagem, e reconhece a "orientação finalística" que deve direcionar o Estado para a produção dos resultados. VALLE, Vanice Lírio do. **Terceiro Setor e parcerias na Administração Pública: desfios ao controle das OS e OSCIPs.** Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS, Belo Horizonte, ano 2, n. 4, p. 47-64, jul./dez. 2008, p. 63.

contratual travada entre Estado e Terceiro Setor pode ser muito semelhante ao vínculo constitído entre entidades da Administração Pública Direta e Indireta.

Isso é possível porque a tendência à contratualização na Administração Pública pode favorecer o controle contratual das entidades da Administração Pública Indireta, sobretudo após a edição da Emenda Constitucional 19/1998, que disciplina o contrato gestão – instrumento passível de aliar instituições públicas para a busca de uma finalidade comum, que supõe um controle mais objeto do parceiro responsável pelo fomento do contrato.

Nesse ponto, autarquias, agências, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações estatais acabam diante de uma situação na qual seu relacionamento com a Administração Direta é redefinido por meio de um contrato, que serviria, em tese, para catalisar os esforços dos parceiros na busca de resultados mais expressivos da atuação da entidade da Administração Indireta, mesmo considerando que essa instituição mantém a estabilidade de sua estrutura, sendo o pacto firmado em caráter provisório.

A referência aos contratos intra-administrativos ou intra-estatais, firmados entre Administração Pública Direta e Administração Pública Indireta, revela uma tendência de reordenação das relações de tutela entre unidades administrativas autônomas a que já fizemos referência no capítulo anterior, cuja alusão nessa altura é meramente ilustrativa, pois nosso foco de análise se dirige à observação do esquema de controle arraigado à supervisão ministerial.

Partimos da premissa de que os elementos de fiscalização alçados pelo Poder Público para promover o controle das OSCIPs, vinculadas à gestão de um termo de parceria, podem se servir das características observadas na supervisão ministerial, utilizada como ferramenta típica de controle manejada pela Administração Pública Direta em relação à Administração Pública Indireta.

4.3.2.2.1 *Breves considerações sobre a supervisão ministerial*

A Supervisão Ministerial é um instrumento de tutela criado pelo Decreto-Lei 200/67, que proporciona à Administração Pública Direta visibilidade em relação à atuação das entidades administrativas autônomas, em parte criadas em parte consolidadas por esse estatuto[366], numa fase de reforma administrativa que ergue a

[366] O Decreto-Lei 200/67 inaugura uma nova fase para a Administração Pública Indireta brasileira, cuja matriz de administração extremamente centralizadora permitira a constituição de algumas poucas

bandeira da descentralização como pressuposto de eficiência para a máquina administrativa do Estado[367].

Nesse período, a multiplicação das entidades administrativas autônomas na Administração Pública brasileira suscita a preocupação dos juristas com o regime jurídico arraigado às instituições, que, em parte, poderiam se valer de ferramentas típicas do direito privado para desenvolver suas atribuições, o que é possível observar nas empresas públicas e nas sociedades de economia mista.

Mas no outro foco dos dilemas, encontramos a comunidade jurídica dos publicitas a questionar a possibilidade de entidade "vinculadas" à cúpula do Poder Executivo, se conduzirem com a autonomia determinada pela Lei, mesmo considerando a tutela imperativa dos órgãos ministeriais e secretarias, no caso dos Estados-Membros e Municípios, por meio da supervisão ministerial.

É bem verdade que as dificuldades dessa receita administrativa residiram e ainda se verificam na elaboração de uma medida ideal para resguardar interesses contrapostos, pois as entidades da Administração Pública Indireta seriam teoricamente amarradas ao controle externo dos ministérios e secretárias de sua área de atuação, mas a tutela não poderia ferir a independência dos entes tutelados, sob pena de se descaracterizar fundamentos específicos da gestão descentralizada[368].

Nessa perspectiva, a doutrina administrativista brasileira passa a fazer referência a um sistema de tutela especificamente concebido para definir os contornos dessa

---

autarquias, na intervenção social e econômica desencadeada pelo Governo de Getúlio Vargas. Mas, a partir do advento da norma aludida, novas formas de entidades autônomas passam a ser passíveis de criação, e a pauta da agenda política aposta na descentralização, observada nos anos subseqüentes com a criação de centenas de novas instituições, dessa vez configuradas não só como autarquias, mas também como empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações estatais. DINIZ, Eli. **Globalização, Reformas Econômicas e Elites Empresariais.** Brasília: Brasil Anos, 1990, p. 55.

[367] Em 1976, verificamos o registro de Jessé Torres Pereira Junior sobre a polêmica da reforma administrativa que estava já por completar uma década, marcando o debate sobre as relações entre Administração Pública Direta e Administração Pública Indireta, vislumbrando as dúvidas desse processo engenhoso de gestão nos seguintes termos: "(...) nas décadas de 1940 e 50, ainda se justificava a hesitação de nossos principais doutrinadores quanto as tendências rumo à descentralização administrativa – à época apenas esboçadas -, hoje, o exercício dessas tendências ao longo dos últimos 15 anos tem – ao lado de compreensíveis embaraços interpretativos repercutindo sobre a execução – indicado o caminho com que se pretende alcançar a sempre perseguida excelência gerencial dos órgãos da administração pública". PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Supervisão Ministerial e Tutela Administrativa.** Arquivos do Ministério da Justiça, Rio de Janeiro, a. 33, n. 139, p 1-200, jul/set 1976, p. 127.

[368] É muito frequente a apologia à autonomia como fundamento essencial para a atuação bem sucedida da unidade descentralizada. Esse discurso típico da Ciência da Administração nos anos 1960 é retomado inclusive na reforma administrativa que estabelece o parâmetro de atuação das agências reguladoras criadas no Brasil nos anos 1990. Trata-se de uma ferramenta de gestão com virtudes realçadas, mesmo no contexto de momentos dominados pela centralização, que nos remete à administração pública imperial. SOUZA, Paulino José Soares de – Visconde do Uruguay. **Ensaio sobre o Direito Administrativo.** Tomo I. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1862, p. 205.

relação entre as unidades da Administração centralizada e descentralizada, aludindo a um tipo de controle chamado de "finalístico", em função do alcance das ferramentas de fiscalização e correção disponibilizadas aos ministérios e às secretarias de governo.

O controle finalístico é desenhado com um esquema de tutela *ex oficio,* desenvolvido por uma unidade administrativa externa, que atua, via de regra, ao fim de um período de gestão, ou seja, de forma subsequente à atuação da tutelada, verificando se sua atividade fim da instituição tutelada se desenvolveu de acordo com a prescrição determinada por seus estatutos.[369]

A descrição do enrredo da tutela nos dá conta de um controle típico de legalidade, pois a unidade de fiscalização, em tese, poderá lançar seu olhar sobre o objeto de atuação do organismo fiscalizado, a priori, em dois elementos: em primeiro lugar, se a entidade descentralizada cumpre os fins pra os quais foi criada, e, em segundo lugar, se os meios alçados para a gestão, de seus compromissos estatutários, são legais de acordo com seu regime jurídico.[370]

A problemática da exegese sobre a medida ideal da supervisão ministerial é matéria densamente difundida no meio científico, mas a principal adversidade da tutela referida decorre dos desfechos distorcidos da relação, entre Administração Pública Direta e Indireta, pois a independência e a excelência, enaltecidas pelos defensores do Decreto-Lei, muitas vezes falharam diante apelo político dos dirigentes da máquina Administrativa do Estado[371].

---

[369] "Controle finalístico – É o que a norma legal estabelece para as entidades autônomas, indicando a autoridade controladora, as faculdades a serem exercitadas e as finalidades objetivadas. (...) É um controle teleológico, de verificação do enquadramento da instituição no programa geral do governo e de seu acompanhamento dos atos dos dirigentes, no desempenho de suas funções estatutárias, para o atingimento das finalidades da entidade controlada." MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** Atualizado por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balesteiro Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. 32ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 665.

[370] A utilização de meios legais para a orientação administrativa das entidades descentralizadas quase sempre recai nos rigores da gestão financeira e de pessoal que submete as pessoas jurídicas de direito público à seleção de recursos humanos, via concurso público e contratação de fornecedores mediante licitação pública, o que Jessé Torres Pereira Junior enfantiza no seguinte trecho: "é palmar princípio da moralidade administrativa, segue-se que nenhuma entidade sob supervisão ministerial, vale dizer, sob tutela administrativa, poderá subtrair-se não apenas às regras e aos procedimentos contidos na licitação, porém a quaisquer outros preceituados pela sistemática administrativa decorrente do Decreto-Lei 200/67". PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Supervisão Ministerial e Tutela Administrativa.** Arquivos do Ministério da Justiça, Rio de Janeiro, a. 33, n. 139, p 1-200, jul/set 1976, p. 127.

[371] As falhas na implantação do modelo racional legal de Administração Pública, sobretudo na segunda tomada de reforma, prescrita no Decreto-Lei 200/1967 evidenciam as dificuldades relacionadas ao fechamento de um sistema de controle compatível com o modelo de administração implantado. DINIZ, Eli. **Globalização, Reformas Econômicas e Elites Empresariais.** Brasília: Brasil Anos, 1990, p. 58.

A literatura e a comunicação social dão notícia frequente das fraudes relacionadas à atuação da Administração Pública Indireta, evidenciando o afrouxamento da engrenagem de controle, sugestionada numa tutela de aparência, que satisfaz os requisitos legais, marcados por significativa abstração, no que diz respeito aos precisos elementos de fiscalização e correção das entidades descentralizadas.

É especificamente, no método desenvolvido para a promoção do controle de "fachada" das entidades da Administração Pública Indireta que encontramos a justificativa para uma reflexão sobre a tutela das OSCIPs, vinculadas ao Poder Público por meio de termo de parceria, porque os vínculos determinantes do elo entre os agentes são muito diversos, mas os instrumentos de fiscalização apresentam semelhança digna de nossa atenção.

Nessas breves considerações sobre a supervisão ministerial, o interesse da abordagem não é conceber um esquema de comparação das ferramentas de tutela que a legislação determina para o controle das entidades da Administração Indireta e das OSCIPs, pois a grande dessemelhança dos elos jurídicos de caráter legal e contratual, nesse caso, prejudicariam uma análise estrita de identidades.

Por isso, vamos concentrar nossa discussão na prestação de contas da entidade tutelada, o fundamento que atesta a eficiência da instituição controlada, após a concretização de um período de gestão, pois é possível observar na resposta do ente público, responsável pelo controle, alguma fragilidade que aproximará as personagens tuteladas pela Administração Pública.

4.3.2.2.2 *A cultura da supervisão ministerial no controle das OSCIPs*

As OSCIPs são obrigadas a apresentar um relatório conclusivo sobre a execução do termo de parceria à unidade administrativa responsável pelo controle de sua atuação, dando notícia sobre as metas ajustadas do ponto de vista administrativo e financeiro, ao final de cada período de gestão, assim como as entidades da Administração Pública Indireta prestam contas ao órgão do Poder Executivo, findo o ano fiscal.

Apesar de registrarmos diferenças expressivas sobre a natureza e a perenidade da relação que vincula as entidades da Administração Pública Indireta aos ministérios e secretarias de governo, é necessário vislumbrar que a prestação de contas realizada por essas organizações ao Poder Executivo se constitui na apresentação do relatório anual,

cujo conteúdo se refere à descrição dos resultados alcançados pela gestão na realização de seus objetivos, com o apontamento das despesas relacionadas à sua execução.

É na análise e no julgamento da prestação de contas que o controle pode se perder, pois os centros de tutela, às vezes, muito afastados das unidades de execução, têm uma visão limitada de aspectos culturais, sociais, geográficos e econômicos relacionados à produção dos bens e serviços desenvolvidos por instituições públicas e privadas engajadas com o Poder Público.

O trabalho dos técnicos em políticas públicas dos ministérios e secretarias responsáveis pela avaliação dos relatórios pode ser prejudicado pela falta de meios de investigação capazes de certificar a verossimilhança das informações, pois alguns dados podem ser de difícil justificação documental, ensejando a necessidade de inspeções dos agentes de fiscalização, que nem sempre possuem estrutura para diligências externas capazes de suprir a demanda de controle.

Nessa perspectiva, é válido vislumbrar que, num país de dimensão continental, mesmo que a Administração Pública seja bem aparelhada para auditoria externa, há outras dificuldades que podem se apresentar quando a instituição fiscalizada está desenvolvendo suas atribuições em localidades distantes, ou de difícil acesso, e é muito comum o volume da demanda direcionar o controle para uma amostragem, ou para a investigação de denúncias.[372]

Considerando que as adversidades apresentadas fossem supridas, ainda assim seria possível supor a possibilidade de o julgamento do parecer técnico, emitido pelos analistas da prestação de contas, ser prejudicado, se considerarmos que os fiscais são muitas vezes desestimulados por seus superiores hierárquicos a investir com rigor na averiguação de irregularidades de potencial ofensivo para servidores da cúpula das organizações do Poder Público.[373]

A interface política, entre os protagonistas dessa cena revela engrenagens políticas que podem interferir no controle das instituições públicas e privadas, pois o

---

[372] Robertônio Santos Pessoa sinaliza a repercução da influência do modelo de Estado Social na Administração Pública, observando o crescimento do aparelho administrativo, nos elementos de centralização e descentralização administrativa, que fundamentam a complexidade da máquina, no que diz respeito a seu funcionamento e ao controle. PESSOA, Robertônio Santos. **Administração e Regulação.** Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 46-49.

[373] Alejandro Nieto alerta para os males transversais à manipulação do controle da Administração Pública, vislumbrando as possíveis adversidades enfrentadas por agentes públicos que conduzem suas atribuições com rigor, em detrimento dos interesses da chefia. Nesse caso, os males transversos da deturpação do controle também são verificados no que diz respeitos aos efeitos da cultura da impunidade. NIETO, Alejandro. **La "nueva" organización del desgobierno.** 1ª Ed. 4ª Reimpressão, 2006, p. 210-213.

agente responsável pelo julgamento do parecer, relativo à análise do relatório de prestação de contas, é um secretário ou ministro de governo, às vezes, muito próximo politicamente dos dirigentes das entidades da Administração Indireta e das OSCIPs.

Neste ponto, estamos aludindo à competência dos ministros e secretários de Estado para a nomeação dos diretores e presidente, para cargos de confiança, na estrutura das entidades descentralizadas, o que pode prejudicar o controle devido aos laços políticos entre o agente responsável pela tutela e o encarregado da gerência da instituição controlada.[374]

No que diz respeito as OSCIPs, os mesmos laços políticos podem estar marcados para subsistir na relação entre os agentes da cúpula do Poder Executivo e os diretores, pois, após o advento da Lei 10.539/02, é permitida a participação de servidores públicos na composição do conselho de gestão dessas entidades privadas. E, mesmo quando a vedação estava em vigor, a proibição não era uma garantia de que os agentes públicos estariam completamente afastados da gerência desses entes do Terceiro Setor.[375]

É importante realçar que os possíveis esquemas de favorecimento político, decorrentes das relações pessoais entre os dirigentes da Administração Pública e das OSCIPs, podem se desencadear, mesmo que o conselho gestor dessa instituição não seja formado direta ou indiretamente por agentes públicos, pois a celebração de termo de parceria pode ser deflagrada sem qualquer processo seletivo, já que a realização do concurso de projetos, previsto no artigo 30 do Decreto 3.100/99, constitui-se numa decisão discricionária.

O regulamento que dispõe sobre a tutela dos termos de parcerias celebrados entre Poder Público e OSCIPs apresenta elementos de tutela que superam positivamente o rigor determinado para o controle das entidades da Administração Pública Indireta, disposto no Decreto-Lei 200/67, pois a supervisão ministerial é um instrumento, em

---

[374] Esse tipo de vínculo político, que coloca autoridades do Poder Público diante desse relacionamento político permissivo com dirigentes de OSCIPs, pode se classificar como uma prática de nepotismo em sentido amplo, pois o fenômeno está estritamente relacionado com a nomeação de parentes para o ingresso no serviço público, como violação do regime meritocrático de seleção. Na persepção mais ampla, fica o seguinte registro: "Assim, no Estado de Direito, o nepotismo configura-se como um dos caminhos pelos quais se destrói e se adultera a administração pública, desviando-a dos fins que informam a sua existência. Nesse *sentido amplo*, é forma, portanto, de *corrupção* da organização adnministrativa, em seus meios de ação e em seus fins." PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUN & ADRI, Renata Porto (coords.). Corrupção, Ética e Moralidade Administrativa. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUN & ADRI, Renata Porto (coords.). **Corrupção, Ética e Moralidade Administrativa.** Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 119.

[375] Art. 4º, parágrafo único da Lei 10.539/2002: "É permitida a participação de servidores públicos na composição de conselho de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, vedada a percepção de remuneração ou subsídio, a qualquer título."

certa medida, decadente se considerarmos que a contratualização nas relações entre instituições públicas é a tendência contemporânea mais evidente em relação ao aperfeiçoamento dos instrumentos de controle.

Tanto é assim que os recentes movimentos de reforma do Estado recebem inspiração das reformas administrativas já amadurecidas nos Estados Unidos e na Europa onde os contratos-programa e outros instrumentos congêneres são utilizados para fortalecer o vínculo entre instituições públicas, sobretudo para favorecer práticas que permitam um controle mais eficaz das unidades descentralizadas.[376]

No Brasil, o contrato de gestão, com previsão legal determinada no § 8º do artigo 37 da Constituição Federal, é o reflexo desse movimento de contratualização na Administração Pública do projeto de reforma referido, mas um número inexpressivo de entidades da Administração Pública Indireta se submeteu a essa nova engrenagem de tutela, por isso a antiga supervisão ministerial continua sendo a ferramenta de controle mais abrangente de controle das unidades administrativas descentralizadas do Estado.

Mesmo considerando que o contrato pode promover o detalhamento da competência das partes, impondo mais objetividade para os agentes responsáveis pelas operações executivas e pela tutela, é necessário vislumbrar que a manutenção de antigos fundamentos políticos, no sistema de controle contratual ou não-contratual dos entes a serviço do Estado, pode deturpar o controle no âmbito das relações internas da Administração Pública e em suas relações com instituições privadas engajadas em projetos públicos. [377]

Nessa perspectiva, é necessário registrar que a fragilidade da tutela das OSCIPs evidencia uma reciclagem de práticas que podem ser desenvolvidas por meio de fundamentos jurídicos diferentes na natureza, mas que guardam muita identidade nos resultados, pois o julgamento político da prestação de contas das entidades da

---

[376] Marcelo de Matos Ramos se refere a relevância do contrato, como instrumento de gestão, na última reforma do Estado, reportando-se à presença deste no projeto de reordenação da Administração em meados dos anos 1995, e conclui: "Assim, do ponto de vista do Plano Diretor, o contrato de gestão aparece como instrumento fundamental de implementação da reforma do Estado, principalmente pela introdução da chamada Administração por Objetivos, aumentando a eficiência no uso dos recursos." MATOS, Marcelo de matos. **Contratos de Gestão: instrumentos de ligação entre setores do aparelho do Estado.** Revista do Serviço Público, n. 48, n. 2, mai.-ago., 1997, p. 83.

[377] A contratualização na Administração Pública é fenômeno passível de beber da corrupção, que é inerente à máquina, mas a notícia, referente à experiência do sistema de controle contratual, é inicialmente positiva na Petrobrás e na Compahia Vale do Rio Doce. CELLI JÚNIOR, Umberto. **Contratos de Gestão e o processo de abertura de capital das empresas de telecomunicações.** Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 2006:165-183, out./dez., 1996, 171-175.

Administração Indireta pode se reapresentar na avaliação dos resultados do termo de parceria.

Seria, então, o Estado a fonte de uma nova inspiração para Lavosier, pois, se na natureza "nada se perde, tudo se transforma", em se tratando de Administração, poderíamos supor que "nada muda em sua essência, mas os instrumentos podem ser reciclados", por isso, com maior ou menor autonomia, vinculadas ou não a contrato, as instituições públicas ou privadas a serviço do Estado podem continuar o jogo de dissimulações para servir aos senhores da situação.

Importa, nesta passagem, fazer alusão à identidade que tanto sinaliza a fragilidade do controle das entidades da Administração Pública Indireta e das OSCIPs, registrando que a norma jurídica tem servido como fonte legitimadora das práticas de tutela banalizadas pelas operações meramente formais de controle desenvolvidas pelo Poder Público, pois nas lacunas e nas arestas excessivamente discricionárias das leis e dos decretos citados se esvai o regime jurídico de direito público.

Num momento em que uma expectativa de reordenação do Estado Democrático de Direito realça o fortalecimento da regulação, podemos encontrar, numa moldura reguladora de administração, os antigos fantasmas citados por Eli Diniz, favorecendo a concepção de uma engrenagem neopatrimonialista de administração pública.[378]

Diante do debate que elucidou a preocupação com o afrouxamento dos mecanismos de controle regulados pela legislação brasileira, cabe suscitar aqui uma reflexão sobre a necessidade de aumentar o rigor de nossa regulação, pois só a valorização do regime jurídico de Direito Público pode amenizar os aspectos que prejudicam a tutela do Poder Público na direção de seus entes e dos organismos privados sob sua condução.[379]

---

[378] DINIZ, Eli. **Globalização, Reformas Econômicas e Elites Empresariais.** Brasília: Brasil Anos, 1990, p. 55. A corrupção é sempre ponto de uma temática histórica ligada ao patrimonialismo no Brasil, mas o tema nos remete não só a um fenômeno do presente, como também global, ou seja, independente da matriz da nossa Administração Pública. NUNES, Antônio Carlos Ozório. Corrupção: o combate através da prevenção. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício & ADRI, Renata Porto (Coords.). **Corrupção, Ética e Moralidade Administrativa.** Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 22.

[379] Partimos da premissa de que a legislação que regula a prestação de serviços sociais pelas OSCIPs já nasce frouxa, ou seja, os conceitos jurídicos indeterminados e as omissões do legislador permitem preliminarmente a burla do regime jurídico de direito público. Fato curioso é que, no Brasil, o problema do controle de instituições privadas, direcionadas para o serviço social, começa pela regulação insipiente, deferentemente da realidade de outros países, como a Itália, onde a dificuldade do Estado, a partir dos anos 1990, é no mínimo curiosa aos olhos da realidade brasileira. Na Itália, a Constituição permite que a assistência social seja explorada por entidades do Poder Público ou da iniciativa privada, mas a sociedade conduzida por uma forte influência religiosa acaba atropelando o Estado e se apoderando do maior número de instituições desse segmento, de modo que a legislação mais recente, em meados dos anos 1990, convoca os governos locais e regionais a controlar as instituições privadas de assistência, numa tentativa

Nessa altura, propomos o resgate de uma provocação suscitada nessa seção, no que diz respeito à tutela dos recursos humanos agregados à execução do termo de parceria, observando também outros desdobramentos negativos da evasão de fiscalização das OSCIPs, já que essas entidades pactuam com Poder Público diante de condições passíveis de favorecer mecanismos de auto-gestão irregulares.

4.3.2.2.3 *Possíveis consequências da evasão material de fiscalização dos termos de parceria*

A narrativa do esquema de acompanhamento do termo de parceria dá notícia de um expediente de fiscalização que pode suprir uma formalidade sem concretizar uma ação efetiva de controle, pois, na prestação de contas apresentada pela OSCIP ao Poder Público, a entidade privada, de acordo com os regulamentos em vigor, prestigiará as informações pertinentes à destinação dos recursos públicos empregados no projeto, bem como a indicação do cumprimento dos fins do pacto.

Há aspectos da fiscalização de um contrato público desvalorizados nessa perspectiva de prestação de contas, pois no que diz respeito ao mérito, os indicadores de eficiência podem abstrair resultados meramente formais, concretizando os objetivos do projeto. Além disso, do ponto de vista formal, podemos supor possíveis desvios na gestão das obrigações relacionadas à administração tributária e de recursos humanos das OSCIPs, considerando a introdução de elementos da cultura da supervisão ministerial, que desestimulam a auditoria administrativa dessas entidades.

A omissão do Poder Público no que toca ao controle dos atos de gerência da OSCIP é agravada, sobretudo, pela omissão dos regulamentos, no que tange à amarração de um processo de renovação do título, pois a comprovação dos requisitos para certificação não é periódica; dessa forma, a instituição sem fins lucrativos recebe o certificado com valor *ad nutum,* e assina o termo de parceria sem precisar comprovar os pressupostos de habilitação impostos aos entes que contratam com o Estado nos moldes da Lei 8.666/93.

Como a entidade pública, tutora do termo de parceria, não é obrigada a monitorar os atos de gerência da OSCIP parceria, durante a execução do pacto, é recorrente à

---

de publicizar o setor, que atua historicamente com uma margem de autonomia elevada. Cf. SIERVO, Hugo de. Le istituzioni pubbliche di assitentenza e beneficenza. In: IRELLI, Vicenzo Cerulli & MORBIDELLI, Giuseppe (Coords.). **Ente Pubblico ed Enti Pubblici.** Torino: G. Giappiachelli Editore, 1994, p. 230-233.

hipótese de precarização na gestão de recursos humanos da instituição privada, que tende a se servir da Lei do Voluntariado para vincular pessoas à execução do projeto social, que passam a laborar submetidos a uma relação de emprego, maquiada pela formalização de um termo de vonluntariado.[380]

Nesse caso, o termo de voluntariado substitui o contrato de trabalho que asseguraria ao trabalhador direitos trabalhistas, próprios de uma conquista social já consolidada, como férias, décimo terceiro salário, fundo de garantia por tempo de serviço e aposentadoria, o que reduz significativamente o custo da OSCIP com recursos humanos agregados ao projeto social desenvolvido junto ao Poder Público.[381]

Com essa manobra de gestão de pessoal, é possível observar dois pontos de questionamento, pois o Poder Público lesa seu dever de autotutelar-se quando permite que pseudo-voluntários disponibilizem sua mão-de-obra precária, burlando o direito do trabalho, mas também também peca quando permite que esses trabalhadores desenvolvam atribuições de servidores públicos, pois a substituição de agentes públicos

---

[380] A maquiagem que substitui o contrato de trabalho pelo termo de voluntariado, na perspectiva de camuflar a relação de emprego dos pseudo-voluntários das OSCIPs é registrada por Neide Akiko Fugivala Pedroso na seguinte passagem: "A jurisprudência, de forma reiterada, vem descaracterizando diversas relações de trabalho, denominadas formalmente como 'voluntário', mas que demonstram ser a única fonte de sobrevivência do trabalhador, sob o argumento de que aquele que não tem trabalho nem para atender a suas necessidades básicas ou de sua família, não pode 'doar' trabalho gratuito a ninguém, muito menos a instituições, que por mera 'mera benevolência'doa 'cestas básicas'ou outra forma de contraprestação." PEDROSO, Neide Akiko Fugivala. **As fundações e outras entidades do Terceiro Setor no Código Civil. Obrigações e encargos sociais decorrentes da prestação do trabalho e de outras relações jurídicas.** Gênesis, Curitiba, 23(135): 329-426 – março 2004, p. 391.

[381] A precarização da relação de emprego decorre sobretudo da possibilidade do trabalho gratuito implicar compensações a título de auxílio financeiro ou como indenizações decorrentes de despesas relacionadas à prestação do trabalhador gratuito, pois, nessa perspectiva, é possível forjar que a contrapartida não seria paga como salário, o que na verdade é um engodo, pois as difíceis condições do mercado de trabalho muitas vezes impulsionam o desempregado para qualquer espaço de labor, mesmo que as circunstâncias não atendam plenamente a suas expectativas. Fazendo alusão à permissão da lei 9.608/98, nesse contexto, João Vicente Rothfuchs faz a seguinte menção em relação a contraprestação do trabalho gratuito: "Esta *invenção legislativa,* em que pese possua inegáveis méritos sociais, juridicamente é no mínimo questionável pois cria contradição dentro da própria lei, entre o artigo 1º, que é taxativo ao estabelecer que a atividade é *não remunerada* e o 3º A que cria um *auxílio financeiro* que nada mais é do que uma contra-prestação pelo trabalho, ou seja, uma *remuneração disfarçada.*" ROTHFUCHS, João vicente. Trabalho, Direito e Terceiro Setor**.** In: CARVALHO, Cristiano & PEIXOTO, Marcelo Magalhães (Coords.). **Aspectos Jurídicos do Terceiro Setor**. 2ª Ed. Revista e Ampliada. São Paulo: MP, 2008, p. 185. Observando a onerosidade como característica indissociável do contrato de trabalho capaz de descaracterizar o serviço voluntário pago, Estevão Mallet defende a tese de que "a simples existência do termo de adesão não basta para afastar, de maneira peremptória, a natureza empregatícia da relação estabelecida entre as partes. Decisivo é, como já sublinhado, o caráter onerosos do trabalho prestado. O termo de adesão constitui simples meio de prova da gratuidade do serviço prestado. Não gera, todavia, presunção *juris et de jure*, mas apenas, *juris tantum*, tal como se dá com os documentos em geral no Direito do Trabalho, segundo bem atesta o Enunciado 12, do Tribunal Superior do Trabalho." MALLET, Estevão. Trabalho Gratuito**.** In: CARVALHO, Cristiano & PEIXOTO, Marcelo Magalhães (Coords.). **Aspectos Jurídicos do Terceiro Setor**. 2ª Ed. Revista e Ampliada. São Paulo: MP, 2008, p. 80.

por quaisquer tipos de trabalhadores se constitui fraude ao concurso público, violando uma das matrizes fundamentais de organização da Administração Pública.

Contudo, é recorrente a situação na qual o ente público celebrante do termo de parceria tem conhecimento da burla e parece aquiescer diante desse expediente da gestão de pessoal das OSCIPs, principalmente naqueles municípios com mais dificuldade de se adequar aos limites de custo com despesa de pessoal, fixado pela Lei de Responsabilidade Fiscal, pois em muitas ocasiões a municipalidade se vê estimulada a pactuar com a entidade privada, justamente porque conseguirá suprir tarefas sociais do Poder Público desfalcadas por falta de pessoal.[382]

Por isso, quando a necessidade de pessoal é incompatível com o orçamento disponível, podemos observar que os serviços das OSCIPs seriam requisitados para oferecer, no mínimo, duas vantagens ao Poder Público, a primeira, no sentido de maquiar dados relacionados ao custo dos recursos humanos, a segunda, voltada para a concretização de políticas necessárias para o recebimento de repasse de fundos do governo federal.

As vantagens para o Poder Público municipal acabam sendo muito sedutoras, principalmente se considerarmos que algumas Oscips já se apresentam aos gestores municipais de posse de um projeto, com estimativa de resultados em termos de recebimento de verbas de fundos públicos, que evidenciam os possíveis resultados favoráveis para a imagem política da gestão.[383]

Uma iniciativa do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco começou a ameaçar as prefeituras que se aproveitavam dessas flexibilidades para camuflagens orçamentárias, oferecidas pelas OSCIPs, pois a Resolução nº 0020 de 21 de setembro de 2005[384] representa um esforço no sentido de combater a corrupção, após a observação de esquemas de fraude descritos em relatórios de auditoria, que noticiavam a precarização

---

[382] O limite de 60% do orçamento municipal para gastos com recursos humanos está no artigo 19 da Lei Complementar 101/00.

[383] A dinamização de fundos para a gestão social gera uma corrida dos governos locais pelos recursos disponíveis para esse investimento. Essa tendência, nesse segmento, é mais recente no Brasil, onde os fundos públicos foram concebidos, tal qual na América Latina, para potencializar investimentos econômicos, de acordo com sua tradição original. HONORATO, Cesar. **O fundo público e as relações entre Estado e Cidadania.** Revista de História Econômica & Economia Regional Aplicada. Vol 2, nº 4, jan./jul. 2008, 32-33.

[384] No art. 8º da resolução 0020/05 do TCE/PE, a alusão às vedações a que se submetem as OSCPS abarca as seguintes restrições: "VII – a intermediação de mão-de-obra para o exercício de funções que exigem a admissão de servidores públicos regidos por regime jurídico específico, por meio de concurso público, em face da existência de cargos permanentes na estrutura administrativa com idênticas atribuições das atividades terceirizadas, ainda que meramente acessórias, ou a contratação temporária por excepcional interesse público; (...) VIII – a utilização de serviço voluntário que não atenda aos pressupostos básicos da Lei Federal n. 9.608, de 18 de fevereiro de 1998."

dos recursos humanos das OSCIPs, como fator de ajustamento orçamentário das contas de algumas municipalidades.[385]

A atuação do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco mostra uma ação de vanguarda dessa corte no controle dos termos de parceria, mas não podemos suscitar que o suprimento de regulação destacado na resolução aludida seja ponto de tutela universal, pois os órgão de apreciação de contas estaduais desenvolvem suas atribuições com autonomia em relação a cada assembléia legislativa, no âmbito dos Estados-membros da federação brasileira.

É necessário realçar que a iniciativa da corte de contas de Pernambuco é, no mérito, louvável, mas o texto da Resolução nº 0020/05 menciona que o órgão de controle externo conhecerá da ilegalidade ou da irregularidade do Termo de parceria, a partir de sua verificação quando da prestação de contas da OSCIP, que, nesse caso, deve ser encaminhada ao Tribunal de Contas, dada sua competência para tomar providências de correção do ilícito.

Contudo, se consideramos que o ente público celebrante do termo de parceria pode estar se favorecendo da fraude, provavelmente não vislumbramos a perspectiva de empenho do tutor da prestação de contas na denúncia da OSCIP, pois, nesse contexto, seria possível verificar uma situação de cumplicidade entre a entidade da Administração Pública contratante e a entidade privada contratada.

Os meios de provocação, por meio de denúncia, ficam ainda mais prejudicados, se considerarmos que o Conselho de Política Pública da área de atuação da OSCIP não é obrigado a integrar a comissão de avaliação do termo de parceria e, considerando ainda a perspectiva de fragilidade de outros meios de controle social, é possível que a provocação do Tribunal de Contas fique relegada aos espaços de disputa política.

É evidente que os tribunais de contas podem desenvolver suas atribuições *ex oficio,* mas a insipiência de um canal de provocação pode pesar na magnitude das investidas de controle desse órgão, que possui recursos humanos limitados para a realização de uma cobertura integral de diligências das relações entre Poder Público e OSCIP cada vez mais abundantes.

A perspectiva de lesão ao regime jurídico de direito público em virtude da atuação de voluntários em substituição a servidores públicos decorre da violação do poder-dever da Administração Pública de realizar concurso para seleção dos agentes

[385] PERNAMBUCO, Tribunal de Contas. **Auditoria de Incursão.** Prefeitura de Verdejante, 2004, p. 7-16.

públicos, cujos cargos estão previstos na estrutura do quadro de pessoal das instituições públicas.[386]

A burla pode decorrer da hipótese de que o Poder Público simplesmente se omite na realização do procedimento de seleção dos servidores públicos, quando a OSCIP passa, então, a fornecer os recursos humanos necessários para as mais diversas funções relacionadas com o provimento de tarefas próprias dos servidores públicos.[387]

Em muitas situações, a fraude só é denunciada quando servidores públicos temporários ou candidatos classificados em concurso público à espera de nomeação se encontram numa situação prejudicada pela atuação da OSCIP, cujos recursos humanos podem estar sendo empregados irregularmente no serviço público.

Isso ocorre porque, na falta do interesse do agente público preterido, ou, pelo menos, do candidato ao posto de trabalho, potencialmente lesado, esvazia-se a perspectiva de questionamento judicial da ilegalidade da Administração Pública, que permite a atuação imprópria dos trabalhadores das OSCIPs na realização de atribuições imputadas por lei aos ocupantes de uma vaga no serviço público, cuja situação não implica qualquer reivindicação.

Nesse caso, não importa se a OSCIP está desempenhando atividade-meio ou atividade-fim, nem é relevante que os trabalhadores a serviço da entidade privada estejam laborando junto a repartições públicas, mas é fundamental observar se os serviços desenvolvidos pelos agentes, destacados em função do termo de parceria, desempenham atribuições imputadas a servidores públicos do Estado.

Quando tal situação de substituição se configura, a Administração Pública viola seu dever de realizar concurso público para o provimento de seus quadros de pessoal, rompendo uma diretriz fundamental do regime jurídico de direito público, que impõe a

---

[386] O combate a esse tipo de prática fraudulenta se verifica no esforço do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco, especialmente na Decisão T.C. Nº 1134/04, no seguinte trecho: "A celebração de termos de parceria com Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público não se presta a contratação pura e simples de pessoas de pessoas para a execução dos serviços públicos de educação e saúde pelos Municípios, pois refugiria ao objeto basilar do Estado (lato sensu), quando concede a qualificação de OSCIP a determinadas organizações não-governamentais, qual seja: propiciar o fomento de atividades de interesse público, através do incentivo e ajuda às iniciativas privadas, quando o Estado (sentido largo) se mostra deficiente na sua prestação direta."

[387] Tal situação é referida na doutrina, especialmente no seguinte trecho: "Na verdade, as OSCIP, entidades do terceiro setor, estão sendo utilizadas meramente como intermediárias de mão-de-obra subordinada para os entes públicos, burlando a regra constitucional do concurso público, já que tais trabalhadores são contratados sob o regime da CLT, contratos temporários, ou, ainda, como meros prestadores de serviços autônomos, para trabalharem ao lado de servidores efetivados, aprovados em concurso público de provas e títulos." SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **As OSCIP (Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público) e a Administração Pública – Intermediação Fraudulenta de Mão-de-Obra Sob Uma Nova Roupa Jurídica.** Revista IOB de Direito Administrativo, Ano III, nº 26. Fevereiro de 2008, p. 43.

observações de um padrão de isonomia específico para a seleção de pessoal no serviço público.

A matéria já inspira jurisprudência favorável à rescisão do pacto firmado entre Estado e OSCIP, pois a obrigatoriedade do concurso público é inquestionável quando as tarefas vinculadas ao posto de trabalho estão previstas por lei na estrutura de cargo ou emprego público, por isso é provável que a provocação do Poder Judiciário restabeleça a legalidade nessa hipótese, o que já é possível observar na decisão TJDF – MS 2007.00.2.008552-1 – Rel. Desembargador Flávio Rostirola, de 14 de fevereiro de 2008.

No que diz respeito à vinculação imprópria de trabalhadores das OSCIPs a termo de voluntariado, devemos registrar que os efeitos dessa burla da legislação trabalhista podem repercutir em efeitos nocivos ao erário, que revelam também, nesse ponto, uma omissão capaz de lesar o regime jurídico de direito público, na submissão dos agentes públicos ao princípio da indisponibilidade dos bens e interesses da Administração Pública.[388]

Aqui vislumbramos uma situação curiosa onde o Poder Público cria a cobra e acaba sendo mordido por ela, pois, quando o ente público, celebrante do termo de parceria, permite a precarização das relações trabalhistas dos pseudo-voluntários das OSCIPs, abre espaço para que esses trabalhadores reclamem na justiça do trabalho os direitos furtados pelo empregador, e também pelo Poder Público, que se omitiu na fiscalização do patrão desses empregados, em busca da recomposição das perdas do período de trabalho precário.[389]

---

[388] "Diante da demonstração de intolerância por parte do Poder Judiciário em relação à terceirização de serviços tidos como atividade-fim, chega-se a conclusão de que em futuro próximo, assim como ocorreu com as cooperativas de trabalho, a Prefeitura poderá vir a ser obrigada a arcar com os encargos trabalhistas que porventura venham a ser imputadas à CENIAM, diante do disposto no art. 37, §6º da Constituição Federal (...)."PERNAMBUCO, Tribunal de Contas. **Auditoria de Incursão.** Prefeitura de Verdejante, 2004, p. 11. O tipo de entendimento citado pelo relatório de auditória do TCE/PE, pode ser encontrado no julgado do TRT da 4ª Região, Nº 00671-2005-121-06-00-0 RO, em 31.01.2006 e publicado no DOE/PE: 21.02.2006. Contudo não podemos deixar de registrar que a Justiça no Trabalho não pacificou entendimento, pois em decisão recente, sob a vigência do enunciado 331 do TST, a tese sustentada na decisão do TRT/RO nº 9232/2000 prescreve o seguinte: "Nesse rumo, impende salientar que a administração pública só responde subsidiariamente por débitos trabalhistas das empreiteiras por ela contratadas se comprovado ter ocorrido fraude no processo de licitação ou que foi ele mera simulação para obter mão-de-obra contratada ilegalmente através de terceira empresa. Se foi normalmente licitada uma empreitada global de serviços de manutenção ou construção de obras públicas, serviços de limpeza ou vigilância, não responde a administração, nem de forma subsidiária, pelos débitos da empreiteira, ainda que insolvente esta." Nessa perspectiva, é possível considerar, por analogia, que a Administração Pública não seria responsabilizada por obrigações constituídas por OSCIPs, quando o termo de parceria, desencadear uma relação de fornecimento.

[389] "A jurisprudência, de forma reiterada, vem descaracterizando diversas relações de trabalho, denominadas formalmente como 'voluntário', mas que demonstram ser a única fonte de sobrevivência do trabalhador, sob o argumento de que aquele que não tem trabalho nem para atender as necessidades

Um dos resultados previsíveis desse cenário já pode ser observado, no que diz respeito à responsabilidade do Estado, pelos encargos previdenciários dos trabalhadores que prestam serviços às OSCIPs, formalmente registrados como voluntários, mas atuando na condição de empregados, pois a lei 8.666/93 estabelece no § 2º do artigo 71 que "a Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei 8.212 de 24 de julho de 1991".

É recorrente a hipótese em que a OSCIP fecha suas portas, sobretudo, no interior do Estado de Pernambuco, após a investida do Tribunal de Contas contra a mágica da multiplicação dos recursos humanos, acabando por deixar à mercê do acaso fileiras de trabalhadores desfavorecidos pelo acesso restrito aos direitos fundamentais pertinentes a sua condição de trabalho.

Mesmo considerando o preceito da lei 8.666/1993, no sentido de que "o contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato", não podemos deixar de supor que o erário público poderá ser comprometido em função das irregularidades praticadas pelas OSCIP, em relação a seus prestadores de serviços.

Nesse contexto, deve-se levar em consideração que o Poder Judiciário já começa a deliberar de modo favorável aos trabalhadores aliciados pelas OSCIPs em situação de precariedade laboral, como é possível observar no recorte da jurisprudência disposto abaixo:

> Contrato de prestação de serviços - Responsabilidade subsidiária do tomador de serviços – A inidoneidade da prestadora dos serviços, em relação às obrigações trabalhistas para com seus empregados, atrai a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, seja empresa privada ou entidade da Administração Direta ou Indireta. Recurso de Revista desprovido (TST, 3ª. T., Proc. PR 235.604/95; Rel. Min. Manoel Mendes; DJ nº 196/97).
> Havendo intermediação de mão-de-obra, trata-se de incidência do inciso IV, do Enunciado 331 do E. TST. O aspecto a ser considerado, para configurar a responsabilidade subsidiária é mero inadimplemento de obrigação trabalhista pela empresa prestadora de serviço. Relega-se, assim, a validade formal do contrato de intermediação de mão-de-obra, pois a satisfação dos direitos trabalhistas dos empregados equivale à presunção de fraude, devendo responder os contratantes de forma subsidiária. Induvidoso que, por contratar com empresas inidôneas e sem patrimônio, incapaz de cumprir com suas

básicas ou de sua família, não pode 'doar' trabalho gratuito a ninguém, muito menos a instituições, que por 'mera benevolência', doa 'cestas básicas' ou outra forma de contraprestação." PEDROSO, Neide Akiko Fugivala. **As fundações e outras entidades do Terceiro Setor no Código Civil: Obrigações e encargos sociais decorrentes da prestação de trabalho e de outras relações jurídicas.** Genesis, Curitiba, 23(135): 329-426 – Março, 2004, p. 391.

> obrigações, e, ainda, omitindo-se quanto ao cuidado de verificar se a empresa contratada cumpria com as mínimas obrigações trabalhistas, assumiu a reclamada o risco de inadimplência daquelas. Errou, portanto, ao contratar visando somente o menor preço oferecido, incorrendo na culpa eligendo. Assim, não há como a tomadora fugir à responsabilidade. Inquestionável, ainda, que o trabalhador, parte hipossuficiente economicamente na relação de trabalho, não poderá sofrer prejuízos em seus legítimos direitos, por inadimplência do prestador de serviços e negligência do tomador. Fica, entretanto, ressalvada à União Federal, condenada subsidiariamente, nos termos da lei civil, ação regressiva (art. 80, CPC), para reembolsá-la dos prejuízos trazidos pela condenação. Assim com fulcro nos arts. 159 e 1518 do Código Civil, de aplicação supletória nesta Justiça especializada, combinamos com a orientação jurisprudencial do E. TST, 331, inciso IV, é de se reconhecer a responsabilidade subsidiária da União Federal. (TRT 9ª. Reg., 1ª. T. Proc. RO 7.159/97, julg. 14.10.97, Rel. Juiz Wilson Pereira).

A aplicação do enunciado 331 do Tribunal Superior do Trabalho para reconhecer a responsabilidade subsidiária do Poder Público diante do inadimplemento das obrigações previdenciárias da instituição privada, contratada pelo Estado para suprir quaisquer necessidades da máquina administrativa, é matéria inserida num campo de decidibilidade já pacificada, mas não podemos deixar de registrar que a imputação de obrigações trabalhistas à potestade, nessa perspectiva, pode se constituir como violação da legalidade.

Por isso é possível que a hipossuficiência do trabalhador, no contexto da decisão citada, esteja sendo alçada a um patamar de defesa impróprio, pois o § 1º do artigo 71 da Lei 8.666/93 prescreve que “a inadimplência do contratado com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento (...)”.

Mas a jurisprudência referida, independentemente de seu conteúdo decisório, é fundamental para vislumbrar a natureza contratual do termo de parceria diante do olhar do Poder Judiciário, o que reforça nossa tese de que a OSCIP, como qualquer instituição privada contratada pelo Estado, deveria estar sujeita a uma chancela de sua organização administrativo-financeira de atuação, tanto num momento anterior à celebração do pacto, quanto no curso da execução de suas obrigações contratuais.

Partindo dessa premissa, podemos supor que o Estado, como tutor do termo de parceria, não está simplesmente fomentando o Terceiro Setor, pois as OSCIPs, mesmo que não prestem serviço público propriamente dito, estão engajadas com atividades sociais, que muitas vezes afetam o acesso de cidadãos desfavorecidos a direitos fundamentais básicos.

Por isso, qualquer entidade pública que pactue com uma instituição sem fins lucrativos, disponibilizando recursos públicos para um projeto social, precisaria tutelar a execução de seu objeto, como se estivesse delegando a prestação de um serviço público ao setor privado, pois, quando o Estado assume a posição de “poder concedente” na delegação de serviço público, verificamos que a potestade, de acordo com as condições estabelecidas pela Lei 8.987/95, pode realizar a efetiva condução da instituição privada contratada.

Não estamos defendendo a equiparação entre o contrato de delegação de serviço público e o termo de parceria, pois os fins perseguidos pela iniciativa privada, nas duas formas contratuais aludidas, determinarão profundas diferenças em sua relação entre contratante e contratada, dada a forma usual de financiamento via tarifa das empresas concessionárias de serviço público e sua interface com a entidade pública concedente, constantemente marcada pelas discussões acerca da manutenção do equilíbrio financeiro-econômico do contrato.

Mas a defesa dessa equivalência, pelo menos no que diz respeito à tutela contratual, parece razoável se considerarmos que a violação do regime jurídico de direito público, no acompanhamento do termo de parceria, pode ensejar a condenação judicial do ente público parceiro, o qual poderá despender recursos do erário para suprir compromissos da OSCIP, pelo menos no cumprimento de suas obrigações previdenciárias.

Nesse caso, podemos advogar a idéia de que o controle insipiente dos termos de parceria enseja dano a todos os cidadãos que honram suas obrigações tributárias, alimentando os cofres públicos, porque a sucumbência do Estado, na hipótese vislumbrada, provoca uma situação de dupla disponibilidade dos recursos da Administração Pública, pois quem tutela mal paga duas vezes, quando deixa de efetivar o recolhimento da obrigação previdenciária do empregador, e, no momento em que supre o empregado lesado, devido a sua responsabilidade solidária.

Feitas essas considerações, podemos sugerir que independentemente da natureza jurídica do termo de parceria, é relevante que a tutela do contrato se estabeleça numa perspectiva capaz de permitir a efetiva condução do Poder Público como tutor do contrato, por isso a sistemática de controle prescrita pela lei para a delegação de serviço público seria uma alternativa passível de ser defendida, considerando a perspectiva de se buscar um modelo de fiscalização já regulado.

Considerando que a fragilidade da tutela do termo de parceria já enseja repercussão negativa para a administração financeira de algumas entidades públicas, é possível cogitar que a urgência na reestruturação do modelo de regulação do fomento às OSCIPs possa dispor de fórmulas preconcebidas para o controle de outros contratos públicos, como a concessão de serviço público.

Essa meditação é extremamente necessária porque o contrato nem sempre é visto como um instrumento de regulação, mas, nesse caso, o fomento das OSCIPs transita numa zona de suporte e/ou prestação de serviços, por vezes apontada como uma forma de privatização, que pode ensejar uma forma de "desregulação e desintenvenção" do Estado capaz de estimular a precarização da gestão privada, se o contrato não for conduzido adequadamente por seu tutor.[390]

A tutela rigorosa dos contratos que permitem à iniciativa privada atuar fazendo às vezes do Poder Público é uma marca do Estado Regulador, mas a temática do controle está acima dos rótulos que desenham os modelos de que se reveste a potestade, pois o acompanhamento e a correção dos contratos administrativos se torna cada vez mais importante, em função das atribuições conduzidas pelos particulares contratados.

Quando a atividade gerida por meio de contrato abarca serviços públicos econômicos e sociais, a imagem do Poder Público é a face da instituição privada contratada pelo Estado, por isso o controle é o instrumento que melhor revela a densidade da tutela da potestade; independentemente de se tratar de uma ferramenta de regulação, estamos diante de um instrumento, que pode atribuir ou descartar a legitimidade da política pública conduzida por meio do pacto.[391]

---

[390] Aludindo à desconfiança que paira sobre os contratos que permitem a gestão de assuntos públicos pela iniciativa privada, Paulo Silva revela qual deve ser o papel da contratualização da administração pública, no seguinte trecho: "Os processos de privatização (que num sentido amplíssimo significa a desregulação e desintervenção do Estado com a correlativa atribuição ao sector privado de um papel mais alargado) são vistos como uma forma de enfraquecer o sistema de gestão pública tradicional, centralizado e baseado na legalidade, mas comportando também o seu próprio conjunto de problemas, já que não assentam em regras uniformes que permitam assegurar a responsabilidade no uso dos recursos públicos e na prossecução das políticas públicas. A contratualização, por sua vez, fornece um enquadramento para suscitar os comportamentos públicos desejados no contexto do aligeiramento das estruturas de gestão." RIBEIRO, Cristina & LOURENÇO, Manuela. **O Controlo em Ambientes e Dimensões da Nova Gestão Pública.** Lisboa: Inspecção Geral de Finanças, 2006, p. 140-141.

[391] François Rangeon dispõe sobre a noção de evolução do serviço público francês, evocando o controle como um fator de responsabilidade, autonomia e transparência, mas sobretudo como instrumento de legitimação das ações do setor público. A reflexão se revela nos seguintes termos: *"Forme moderne du contrôle selon les uns, instrument de démocratie selon les autres, l'evaluation est parfois simplement considérée comme un moyen d'accroître l'efficacité de l'action publique. Associée aux thèmes de la décentralisation et de la déconcentration, elle est présentée comme un instrument de modernisation de l'Etat, un facteur de responsabilité, d'autonomie et de transparence. Elle est à ce titre au principe même dês mutations d'administration, tant sur le plan dês représentations que dês pratiques. L'évaluation est à la fois un concept et une pratique. Elle ne produit pas seulement des effets de connaissance, mais aussi*

Com a explosão do fenômeno da contratualização na Administração Pública, o contrato é elevado à posição de protagonista na gestão pública que impõe relações entre instituições estatais e entre estas e as organizações privadas, seja no segundo ou no terceiro setor, por isso delimitar mecanismos de controle objetivos para os pactos, das diversas categorias propostas é uma questão de ordem para a evolução das práticas administrativas do setor público.[392]

Nessa perspectiva, a defesa de sistema de fiscalização do termo de parceria nos moldes da tutela do contrato de delegação de serviço público pode ser a medida da objetividade do controle fundamental para a regulação das relações entre Estado e OSCIPs, o que podemos realçar aludindo à dimensão integral do controle das concessionárias de serviço público destacado por Laurent Richer na legislação francesa, curiosamente editada pouco antes da Lei 8.987 de 13 de fevereiro de 1995. [393]

4.3.2.3 Expediente de correção decorrente da inadimplência contratual

Nossa abordagem sobre o acompanhamento do termo de parceria vislumbrou que a principal tarefa do ente público celebrante do pacto consiste na análise e no julgamento da prestação de contas da OSCIP, realçando a possível deficiência da tutela do Poder Público, em função da manutenção de uma cultura política de controle deturpada,

---

des effets de légitimation. Si elle permet de mieux connaître l'administration, c'est dans le but d'améliorer son fonctionnement et d'accroître sa légitimé aux yeux du public. CURAPP - Centre Universitaire de Recherches Administratives et Politiques de Picardie. **L' Évaluation dans L'Administration.** Paris: PressesUniversitaires de France, 1993, p. 13-14.

[392] Ratificando a alusão proposta, fazemos mais uma alusão ao direito francês neste trecho de François Rangeon: *"L' évaluation ainsi conçue vise à rapprocher la décision de son lieu d'exécution, à susciter et à organizer une nouvelle répartition dês pouvoirs et dês moyens au profit dês services déconcentrés. Pour être suivie d'effets, cette évaluation suppose la capacité dês administracions désconcentrées de définir elles-mêmes leus objectifs et de responsabiliser leur personnel en l'associant étroitement à la poursuite de ces objectifs. Em pratique, ce type d'evaluation repose sur une base contractuelle.* CURAPP - Centre Universitaire de Recherches Administratives et Politiques de Picardie. **L' Évaluation dans L'Administration.** Paris: PressesUniversitaires de France, 1993, p. 13-14.

[393] Na refência à percepção integral do controle das concessionárias de serviço público, que poderia servir como paradigma para a tutela dos termos de parceria, destacamos o seguinte trecho: *"un contrôle contractuel est égalment prévu par les clauses dês conventions de délégation de service public. Habitualment, les cahiers des charges organisent un contrôle financier et un contrôle technique, qui s'exercent à travers la transmission périodique de documents. La loi, du 8 février 1995 renforce ce contrôle par dês dispositions dont l'application figure normalement dans les contrats. Selon l'article 40-1, ajouté par la loi du 8 février 1995,'le délégataire produit chaque anée avant le 1º juin à l'autorité délégante um rapport comportant notamment les comptes retraçant lê totalité dês opérations afférents à l'exécution de la délégation de service public et une analyse le la qualité de service. Ce rapport est assorti d'une annexe permettant à l'autorité délégante d'apprécier les conditions d'exécution du service public".* RICHER, Laurent. **Manuel Droit dês Contrats Administratifs.** Paris: L.G.D.J., 1995, p. 391.

aparentemente amarrada a uma engrenagem legal, passível de legitimar a gestão irregular da máquina administrativa do Estado.

Durante a execução do termo de parceria, a fragilidade da tutela das OSCIPs é observada na abstração da regulação, mas também na solidão do ente público parceiro, que tende a desenvolver um expediente de fiscalização solitário, sobretudo nas ocasiões em que a formação plural da comissão de avaliação do pacto fica prejudicada pela falta de um Conselho de Política Pública constituído na área de atuação referente ao objeto do contrato.

Mas, a essa altura, observando o esquema de correção estabelecido pela Lei 9.790/99 e pelo Decreto 3.100/99, podemos supor que, nesse ponto, a regulação apresenta contornos que sugerem maior rigor nessa etapa de controle, marcada pela averiguação de inadimplência da OSCIP, no cumprimento de seus compromissos, e na responsabilização dos agentes diretamente envolvidos no setor privado, e também no setor público, se for o caso.

Decerto, a tutela dos termos de parceria não se exaurirá na regulação adequada de seus instrumentos, mas a excelência de um sistema de controle depende preliminarmente de uma ordenação jurídica adequada dessa ferramenta a ser desenvolvida pelo Estado, por isso fazemos alusão aos pontos da legislação que favorecem a rigidez dessa engrenagem.[394]

Preliminarmente, cabe destacar os pontos que fortalecem a perspectiva de responsabilidade das OSCIPs, e também do ente público parceiro, diante das imperfeições suscitadas na condução do termo, pois verificamos que a Lei 9.790/99 e o Decreto 3.100/99 amparam aspectos importantes para a efetividade das práticas de correção da gestão irregular desses pactos, dentre as quais, listamos as seguintes:

---

[394] Quando as mudanças na engrenagem de gestão estão se revelando em seu princípio, é possível que os regulamentos não estejam plenamente adaptados à nova realidade, pois muitas vezes o legislador propôs a norma sem visualizar as adversidades administrativas que o tempo vai revelando. No próximo capítulo, observaremos que num lapso de seis anos, a Câmara Municipal de Lisboa edita dois regulamentos totalmente distintos para tratar da concessão de fomento a projetos sociais desenvolvidos por ONGs, e os dados empíricos revelam que a mudança é fruto dos enfrentamentos rotineiros da administração da relação entre as partes, muitas vezes surpreendente, pois a norma não oferece respostas para o que não era possível supor. Num registro análogo Franco Piga se refere à Administração pública italiana, enfatizando a necessidade de controle, mas vislumbrando as adversidades de um período de experimentação decorrente das mudanças reveladas a parir dos anos 1970, no seguinte trecho: "*Cosi, ad esempio, l'antico tema del controllo, nelle sue varie configurazioni, assume una importanza determinante ai fini della correttezza delle gestioni, delléquilibrio finanziario via ordinamenti incoerenti, inadeguati a realizzare gli obiettivi stessi del controllo, oltre ad una diffusa inefficienza di strumenti e congegni, impongno uma riconsiderazione complessiva dell'intera tematica del controllo economico, finanziario, giuridico, amministrativo.*" PINGA, Franco. **Pubblico e Privato nella Dinamica delle Istituzioni.** Milano: Giuffrè, 1985, p. 187.

a. A abrangência das ações consideradas como formas de inadimplência;
b. A punição pessoal dos agentes públicos e privados envolvidos na fraude;
c. A atuação de distintas facções do Poder Público na apreciação das responsabilidades;
d. A perspectiva de contenção dos desdobramentos negativos da má gestão do termo de parceria para os cofres públicos.

Ao sugerirmos que a inadimplência da OSCIP, na execução do termo de termo de parceria, manifesta-se de forma abrangente, temos em conta o fato de que o descumprimento do contrato não decorre só da inexecução das obrigações da instituição privada, ou de sua inércia na condução dos atos necessários á concretização do projeto social, sob sua responsabilidade, pois o cumprimento ilegal e/ou irregular do contrato também é uma forma de lesão, que demanda a tutela do ente público parceiro.

Nessa perspectiva, a promoção da responsabilidade da OSCIP pode recair sobre hipóteses que vão além do objeto do termo de parceria, pois o artigo 12 da lei 9.790/99 prevê que os agentes do Poder Público, incumbidos da fiscalização, são obrigados a acionar o Tribunal de Contas e o Ministério Público, caso “qualquer irregularidade ou ilegalidade” pese sobre a utilização de bens e recursos do Estado, empregados no fomento da entidade privada.

A alusão a “qualquer irregularidade ou ilegalidade” apresenta dimensão ampla, por isso podemos supor que a norma impõe, ao ente público parceiro, o acompanhamento do projeto num contexto onde os resultados são imprescindíveis, mas ao Poder Público cabe também a observação da gestão como um todo, envolvendo os meios de atuação relacionados à concretização dos fins.

Partindo dessa premissa, poderíamos vislumbrar que o emprego de capital público na execução de um projeto social mobiliza a OSCIP, muitas vezes, a empregar recursos na captura de pessoal, bens, serviços, e talvez até de obras, que demandam a fiscalização do ente público celebrante do termo de parceria, pois a Lei estabelece que “qualquer irregularidade ou ilegalidade,” no emprego dos recursos recebidos do erário demanda o encaminhamento do feito aos órgãos competentes, para a tomada de providências.

Com essa interpretação, podemos defender a idéia de que o acompanhamento do contrato desencadeia um circunstanciamento muito detalhado na observação de

elementos relacionados à administração de recursos humanos, à demonstração da contabilidade, do cumprimento das obrigações fiscais e dos demais aspectos que o Poder Público tem o dever de fiscalizar, porque implicam a mobilização de recursos públicos.

Nesse sentido, o artigo 19 do Decreto 3.100/99 faz menção a um rigor específico da gestão financeira das OSCIPs que não tem precedente registrado na legislação pertinente ao Terceiro Setor anteriormente editada no Brasil, ao determinar que a disponibilização de recursos para gestão de termo de parceria, em montante superior a seiscentos mil reais, enseja obrigatoriamente "a realização de auditoria, inclusive por auditores externos independentes".[395]

Mas, apesar do avanço determinado pela inovação do rigor, não podemos deixar de mencionar que a abstração dos regulamentos e a omissão do controle decorrente da cultura política, tendente ao esvaziamento do controle da Administração Pública, ainda favorece omissões no acompanhamento dos contratos em outros pontos de fiscalização, dentre os quais destacamos a gestão dos recursos humanos das OSCIP, que abordaremos com especificidade numa seção a seguir.

Dando continuidade à observação dos elementos de regulação referentes à responsabilidade e à correção decorrentes de distúrbios na condução dos termos de parceria, partimos para a observação do papel dos órgãos alheios à estrutura do ente público celebrante do pacto que participa da tutela das OSCIPs.

A legislação não faz menção à competência do ente público celebrante do termo de parceria para promover processo administrativo, voltado ao esclarecimento de suspeita de irregularidade e/ou ilegalidade da OSCIP, quando se apresentam tais indícios, mas é provável que essa tarefa seja da alçada do Poder Público, na qualidade de pactuante, pois a Lei prevê que o Ministério Público e o Tribunal de Contas serão comunicados da "irregularidade ou ilegalidade", e não dos indícios da possível fraude praticada pela entidade privada.

É muito interessante vislumbrar que, nos contratos públicos de fornecimento de bens, serviços, obras e até mesmo no caso das concessões de serviço público, é o ente público contratante responsável não só pela abertura processo administrativo, que averigua a transgressão da contratada, pois é o tutor do contrato também responsável

[395] O trecho legal aspeado se refere a alínea "c" do inciso VII, do artigo 4º da Lei 9.790/99.

pela determinação da(s) pena(s) a que será submetida a instituição privada inadimplente.[396]

Quando a Lei 9.790/99 e o Decreto 3.100/99 estabelecem que o tutor do contrato deve provocar organismos do setor público, alheios a sua estrutura, para que as providências de responsabilização sejam tomadas, podemos supor que, pelo menos do ponto de vista da regulação, estamos diante de um aspecto que favorece o controle, apesar de a possibilidade do acompanhamento pro forma dos termos de parceria desfavorecer esses expedientes.

Mesmo assim, os regulamentos mencionados surpreendem, potencializando as perspectivas de concretização da responsabilidade pessoal dos agentes públicos, e também dos agentes privados envolvidos na má administração do termo de parceria, pois, de acordo, o art. 22 do Decreto 3.100/99, "para os fins dos arts. 12 e 13 da Lei 9.790/99, a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público indicará, para cada Termo de Parceria, pelo menos um dirigente, que será responsável pela boa administração dos recursos recebidos".

Nesse ponto, observamos que a figura do "preposto da instituição privada", que a Lei 8.666/93 se refere em seu artigo 67, passa a ser mais do que um informante da instituição privada contratada pelo Poder Público, pois esse(s) dirigente(s), cujo nome será publicado no extrato do termo de parceria, poderá se deparar pessoalmente com as providências a cargo do Tribunal de Contas e do Ministério Público.

Essa possibilidade de descortinamento impessoal da instituição privada, sempre responsabilizada como pessoa jurídica, independente das pessoas físicas de sua estrutura, é um ponto positivo do regulamento, mas seria importante se alguma disposição legal se ocupasse da responsabilidade do conselho gestor da OSCIP, pelas violações decorrentes da decisão colegiada desse órgão.

Decerto, é possível registrar que é muito positivo observar na legislação, ferramentas que favorecem a promoção da responsabilidade com elementos frequentemente ausentes da prática dos esquemas de controle, que tendem a proteger as pessoas físicas, envolvidas nas fraudes, e centralizar as tarefas de averiguação da responsabilidade e aplicação de penas.

---

[396] Sobre o papel do processo administrativo no controle da Administração Pública, confira: MEDAUAR, Odete. **A Processualidade no Direito Administrativo.** 2ª Ed. Revista e Ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 73-74.

Além disso, a menção à promoção da responsabilidade, no caso de gestão destorcida do termo de parceria, pode implicar uma investida de correção da transgressão relacionada à malversação de recursos públicos, pois o artigo 13 da Lei 9.790/99 que o Ministério Público e a Advocacia-Geral da União devem promover "a decretação de indisponibilidade dos bens da entidade e o seqüestro dos bens dos seus dirigentes, bem como do agente público ou terceiro, que possam ter enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público (...)".

A correção do termo de parceria prejudicado é restrita, pois, é possível observar que o Poder Público não pode compor as possíveis deficiências do projeto social lesado pela transgressão dos agentes a serviço da OSCIP, e, se for o caso, do ente público parceiro, mas a legislação propõe cautelares medidas, voltadas para o resgate dos recursos públicos evadidos.

De fato, podemos evidenciar que a regulação referente à tutela dos termos de parceria apresenta um desenho marcado pela dualidade da amarração do sistema de controle da Administração Pública, pois os entes estatais celebrantes do termo de parceria acabam tendendo para uma manutenção de um esquema formal de fiscalização, que pode ser depreciado não só pelo *déficit* de regulação da matéria, mas também de continuidade das práticas que desfavorecem o controle, dado o possível relacionamento político dos pactuantes.

Já registramos, neste capítulo, que algumas incursões empíricas no universo de atuação das OSCIPs vislumbram a possibilidade de o acompanhamento do termo de parceria se estabelecer numa perspectiva meramente formal, dada a falta de uma ingerência mais concreta do ente celebrante do pacto, na confirmação dos dados apresentados pelas prestações de contas.

No mesmo sentido, mencionamos os possíveis prejuízos à tutela do termo de parceria decorrente da discricionariedade do processo seletivo, para a concessão de fomento às OSCIPs, realçando o aspecto prejudicial da participação de servidores públicos no conselho gestor dessas instituições privadas, o que a Lei 9.790/99 prescreve numa permissão expressa.

Uma reflexão mais abragente sobre a tutela dos termos de parceria alçados diante desses elementos tocantes à regulação, e a apreaciação das experiências aludidas nos levam a crer que o controle da Administração Pública, nesse contexto, parece mais uma alegoria, construída para mostrar armas de controle, robustas na aparência, e frágeis no poder de fogo. Tudo indica que a exibição dessa representação fomenta a maquiagem de

um rigor que deve ser registrado e enaltecido, mas que não pode ou não deve concretizar-se, por isso as armas, em parte, estão disponíveis, mas a munição seria prejudicada por balas de festim.

4.4 O BALANÇO DA INATIVIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Nas seções que discutiram a tutela dos termos de parceria, observamos diversos pontos de fragilidade relacionados ao controle da Administração Pública, que, nesse momento, servem de inspiração para o balanço das deficiências do Estado, nas relações firmadas com OSCIPs. Não porque nos propomos ao debate de todos os pontos de inoperância da potestade no âmbito desse relacionamento travado com o Terceiro Setor, mas porque, diante desse contexto, pode ser possível evidenciar algumas tendências do sistema controle da administração pública, numa dimensão mais larga.

Não estamos tentando discutir o modelo de Estado Social de possível implementação, após as reformas neoliberais do final do século XX, nem tampouco indagamos qual seria o modelo de administração pública mais adequado à promoção do regime jurídico de direito público, nas estruturas orgânicas do Estado, mas estamos supondo que as mudanças alçadas pelas novas diretrizes de reforma podem desenvolver artifícios para a manutenção da ineficiência.

O registro dessa perspectiva de continuísmo foi determinado na analogia entre a tutela dos termos de parceria e controle decorrente da supervisão ministerial, o que denuncia um fenômeno perigoso, pois estamos vislumbrando a manutenção de engrenagens do patrimonialismo, sedimentado na cultura política do Brasil, desde os tempos da fundação da nossa Administração Pública, inicialmente portuguesa.[397]

Portanto, um dos mais jovens contratos de colaboração entre Poder Público e iniciativa privada regulados pelo direito brasileiro que aparece como emblema de um novo tempo para as relações entre Estado e Terceiro Setor, resulta de uma reforma administrativa jovem, mas pode servir para mostrar uma tendência perniciosa dos processos de contratualização na Administração Pública.

---

[397] "A longa caminhada dos séculos na história de Portugal e do Brasil mostra que a independência sobranceira do Estado sobre a nação não é a exceção de certos períodos, nem o estágio, o degrau para alcançar outro degrau, previamente visualizado. (...) O estamento burocrático, fundado no sistema patrimonial do capitalismo politicamente orientado, adquiriu o conteúdo aristocrático, da nobreza da toga e do título." FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro.** 4ª Ed. São Paulo: Globo, 2008.

Nessa perspectiva, talvez seja possível propor que a bandeira, do *slogan* da reforma gerencial do Estado, está sendo queimada durante a promoção dos eventos de apologia ao seu ideal, pois parcela fundamental da eficiência da Administração Pública está em jogo na tutela dos contratos públicos, por isso o termo de parceria é tendência do formato de condução das mudanças reestruturadoras.[398]

Na investigação relativa à relação contratual entre Poder Público e OSCIPs, não estamos nos propondo a averiguar a eficiência material dos projetos sociais fomentadas pelos termos de parceria, mas podemos supor que a eficiência no plano da efetividade das políticas públicas, requer uma amarração formal, que lhe forneça o suporte necessário para a concretização de seus fins.

Portanto, estamos supondo que a eficiência material de uma política pública precisa de um alicerce formal adequado, onde um dos elementos de base é um sistema de controle eficaz, razão pela qual, diante de indícios significativos de sua ausência, podemos então sugerir que a ineficiência da tutela do termo de parceria nos conduz à percepção de algumas dimensões de inatividade da Administração Pública.[399]

Na expectativa de referenciar esses ganchos de inatividade da Administração Pública, em aspectos específicos da ineficiência da tutela do termo de parceria, propomos pontos de prejudicialidade do sistema de controle do pacto, mencionando distúrbios do Poder Público no exercício de sua função reguladora, na disposição do procedimento de fiscalização e na efetividade da ação administrativa.

---

[398] Diogo de Figueiredo Moreira Neto faz a síntese do "conceito de governo por contrato," na seguinte construção: "A chamada *contratualização*, neologismo já de extenso uso internacional, designa o conjunto de políticas públicas que se valem de negociações, parcerias e mediações entre Poder Público e o empresariado privado em grande número de setores econômicos e sociais." MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Pactos administrativos: um enfoque pós-moderno. In: TEPEDINO, Gustavo & FACHIN, Luiz Edson (Coords.). **O Direito e Tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira.** Rio de Janeira, São Paulo, Recife: Renovar, 2008, p. 3

[399] A menção à "inatividade da Administração Pública" nos remete às tipologias de gestão da função administrativa do Estado incompatíveis com o regime jurídico de direito público em seus dois pilares fundamentais, quais sejam: a supremacia do interesse público sobre o particular e a indisponibilidade dos bens e interesses da Administração pelos que gerem a coisa pública. A expressão é decalcada de uma pesquisa emblemática realizada por Marcos Gómez Puente, cuja profundidade nos autoriza a julgar que estamos diante de um intelectual orgânico no debate dessa matéria. Contudo, a terminologia não é unívoca, pois Alejandro Nieto publica investigações há mais quinze anos sobre a temática da ineficiência, reportando-se aos desajustes do patrimonialismo na Administração, ao mencionar os esquemas de "contra-administração" e "desgoverno". É bem possível que outros ganchos terminológicos possam servir para essa discussão, mas vamos prestigiar a "inatividade da Administração Pública", considerando a influência da pesquisa supracitada na construção desse balanço sobre a ineficiência da tutela dos termos de parceria. As obras referidas nessa nota são respectivamente: PUENTE, Marcos Gómez. **La Inactividad de la Administración.** 2ª Ed. Navarra: Arazandi, 2000; NIETO, Alejandro. **La "nueva" organización del desgobierno.** Barcelona: Ariel, 1997; NIETO, Alejandro. **El desgobierno de lo Público.** Barcelona: Ariel, 2008.

4.4.1 **Prejudicialidade da função reguladora**

A função reguladora da Administração Pública se verifica na competência legiferante dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário na edição dos regulamentos necessários para organização da função administrativa de todos os entes públicos no desempenho dessa competência, mas o exercício da atividade reguladora pode ser percebido em sentidos mais estritos.[400]

De fato, a Administração Pública tem sua competência para legislar frequentemente relacionada à atuação do Poder Executivo, no exercício do poder regulamentar de que são investidos os agentes públicos responsáveis pela edição dos atos administrativos normativos, emitidos sob a forma de regulamentos de execução[401], voltados para a delimitação do alcance das normas jurídicas produzidas de acordo com o referencial de abstração próprio da função típica do Poder Legislativo.

Os regulamentos de execução são alçados a uma posição de relevo especial quando o Poder Público devolve ao mercado a exploração de atividades econômicas monopolizadas, durante parte significativa do século XX, pois o setor privado estava, até então, impedido de explorar segmentos produtivos estratégicos depois da crise do liberalismo, que provoca a intervenção do Estado no domínio econômico.[402]

Nessa perspectiva, é possível registrar menção frequente da doutrina a um gancho específico do poder regulamentar que decorre da privatização das entidades estatais, ocupadas da produção de bens e serviços econômicos, que o Estado deixa de promover diretamente, por isso o poder regulador passa a simbolizar a fatia de

---

[400] Nessa percepção *lato sensu*, o Estado Regulador aparece como contraponto do "Estado Prestador," sendo a regulação uma saída para a intervenção econômica e social do Estado, numa perspectiva possível, com "a abertura de instrumentos de *pactuação* e de *participação* dos interessados" na administração pública. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Pactos administrativos: um enfoque pós-moderno. In: TEPEDINO, Gustavo & FACHIN, Luiz Edson (Coords.). **O Direito e Tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira.** Rio de Janeira, São Paulo, Recife: Renovar, 2008, p. 340-341.

[401] No direito brasileiro, os regulamentos de execução são atos normativos que não podem inovar o ordenamento jurídico brasileiro, limitando-se a determinar o alcance da lei a que se referem. É importante registrar que os regulamentos autônomos são, via de regra, vedados, o que podemos observar com a interpretação do art. 184 da Constituição Federal de 1988. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 20ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 316-317.

[402] A intervenção do Estado no domínio econômico, a partir do início do século XX, enseja o desenvolvimento de função administrativa específica para o Poder Público, cujas diretrizes principiológicas, específicas ensejam a fundação do direito econômico. VENANCIO FILHO, Alberto. **A intervenção do Estado no domínio econômico: o direito público econômico no Brasil.** Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 69-79.

competência regulamentar específica das instituições da Administração Pública concebidas para tutelar as novas tarefas assumidas pela iniciativa privada.[403]

Como o poder regulamentar da Administração Pública se amplia com as novas tutelas decorrentes do poder regulador, podemos registrar que a produção de regulamentos também se amplia e se diversifica, pois, em registros pretéritos da doutrina administrativista brasileira sobre a função legiferante do Poder Executivo, muitas vezes o decreto foi referenciado como fonte única de expressão da competência, atribuída à máquina administrativa do Estado, no sentido de explicar o alcance da lei, tendo em vista sua exequibilidade.

Nessa altura, é possível verificar que o decreto é uma ferramenta de regulamentação específica, devido à competência do chefe do Poder Executivo para editá-los, mas, em outros atos administrativos como resoluções e portarias, observamos parcela dessa faculdade regulamentar da Administração Pública, cuja dimensão exorbita do campo estrito da atividade econômica e acaba se inserindo também na regulação da ordem social.

Independentemente da área de atuação do setor privado regulado, importa registrar que o exercício da função reguladora do Poder Público se insere no contexto da promessa de um Estado regulador, investido do ideal de tutelar a iniciativa privada, na medida capaz de resguardar o acesso da sociedade aos bens e serviços inerentes à concretização de seus direitos fundamentais, sem tolher sua margem de autodeterminação protegida pela lei.[404]

Por isso, o exercício da função reguladora do Estado ganha um novo tônus, se considerarmos que a ineficiência do Poder Público, no uso dessa faculdade, não só prejudica a exequibilidade das agências responsáveis pela atuação da parcela da Administração Pública investida das atribuições administrativas clássicas de proteção

---

[403] O poder regulador abarca a atribuição regulamentar das agências reguladoras, também conhecidas como autoridades públicas independes, pela margem de autonomia supostamente maior desses entes em relação às demais entidades da Administração Pública. María Salvador Martínez faz alusão à extensão dessa autonomia na matriz institucional das agências, vislumbrando a independência orgânica, funcional e gerencial das entidades classificadas como *Quangos*, no Reino Unido. MARTÍNEZ, María Salvador. **Autoridades independientes: Um análisis comparado de los Estados Unidos, el Reino Unido, alemania, Francia y España.** Barcelona: Ariel, 2002, p. 62-64.

[404] "Com o emprego do vocábulo *regulação* pela ciência política e pela economia, surge a expressão *Estado Regulador*, diferente do Estado produtor de bens e serviços. O primeiro apenas estabelece regras e fiscaliza o seu cumprimento, pelo exercício de todas as atividades inenerentes ao seu poder de polícia. O segundo é um Estado mais ativo, que atua diretamente no domínio econômico, na produção de bens e serviços." DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito regulatório: temas polêmicos.** Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 31.

das liberdades e prestação de serviços, mas também desestrutura as instituições públicas investidas de competência para regular a atuação da iniciativa privada.[405]

Partindo dessa premissa, podemos supor que a regulação insipiente dos organismos privados sob a tutela do Poder Público, absorve a relação que o Estado desenvolve no fomento das OSCIPs, pois a celebração do termo de parceria provoca a agregação do projeto social à política social do governo, que incentiva as instituições do Terceiro Setor, supostamente para maximizar o potencial de alcance de suas ações, nesse segmento.[406]

Diante das incursões realizadas, há pouco, na tutela dos termos de parceria, pudemos registrar que a prejudicialidade da função reguladora do Poder Público atinge a relação contratual entre Estado e OSCIPs especialmente nas cautelas anteriores à celebração do pacto e no curso de sua execução, pois a menção ao conjunto de omissões, e a dilatação dos espectros de discricionaridade da Lei 9.790/99 e do Decreto 3.100/99 são elementos de inatividade da Administração Pública.[407]

Quando fazemos referência à omissão do Poder Público na regulação dos termos de parceria, não supomos que a inatividade da Administração Pública decorre da falta da expedição de regulamento de execução para a Lei 9.790/99, pois o Decreto 3.100/99 cumpre o papel de dar condições de exequibilidade a essa norma jurídica, por isso a omissão regulamentar, nesse caso, deriva das lacunas do regulamento.

---

[405] No que diz respeito a atuação reguladora do Estado diante dos entes da iniciativa privada, que representam as formas de ação coletiva da sociedade civil, é necessário vislumbrar que o eixo da problemática reside numa dimensão, onde a inatividade da Administração Pública se perfaz como consequência, pois a problemática tem uma origem mais profunda. A atuação das CDECs - *Corporations de développement économique et communautaire*, na cidade de Montreal, é o mote para o debate sobre as relações entre Poder Público e sociedade civil organizada, sobretudo considerando o papel das CDECs na legitimação da ação estatal. Apesar de estarmos vislumbrando um contexto diverso das relações entre atores públicos e privados, concordamos no seguinte: *"These process bring to the foregraund a key theorical problem in the study of social movements and politics – the tension between political regulation and collective social practices."* THALER-LUSTIGER, Henri & MAHEU, Louis.MELUCCI, Alberto. Social Movements and the Challenge of Urban Politics. In: MAHEU, Louis (Org.). **Social Movements and Social Classes.** London: SAGE, 1995, p. 164.

[406] mds.gov.br e a política nacional de assistência social estabelecida pela Lei 8.742/93 dão notícia dessa perspectiva de agregação do Terceiro Setor à política social do Estado.

[407] A discricionariedade concedida em margem dilatada para os administradores públicos é mais do que um caminho para a inatividade da administração pública, pois pode se constituir como uma agressão ao Estado de Direito, na medida em que permite a gestores do setor público criar o direito no fazer dos órgãos e entidades públicas. José María Maravall sintetiza a relação entre discricionariedade e Estado de Direito, defendo a idéia de controle do espaço político do Estado, na seguinte passagem: *"Supongamos que los políticos quierem estar en el poder y maximizar su autonomia a la hora de tomar decisiones. Y que, por su parte, los ciudadanos desean evitar los abusos de los políticos, disponiendo para ello de dos instrumentos: el primero, echar del poder a los gobernantes cuando se celebren elecciones; el segundo, imponer limites legales a la discrecionariedad política de los gobernantes entre una elección y outra. La primera protección la proporciona la democracia; la segunda, el Estado de derecho"*. MARAVALL, José María. **El control de los políticos.** Madrid: Taurus, 2003, p. 169.

Nessa perspectiva, os recursos para suprimento da omissão não parecem derivar de uma perspectiva de tutela jurídica, pois os mecanismos de saneamento de lacuna regulamentar, apresentados por Marcos Gómez Puente, elucidam instrumentos para a promoção do contencioso administrativo e para o controle jurisdicional da Administração Pública decorrente de ausência de expedição de regulamentos.[408]

Marcos Gómez Puente aponta duas saídas jurídicas possíveis para deduzir antijuridicidade da omissão do Poder Público, no desenvolvimento de sua função reguladora, vislumbrando em primeiro lugar que a inércia da Administração Pública representa o descumprimento do dever de um agente público, por isso o simples retardamento razoável, na realização da tarefa, já seria uma violação do direito.[409]

Numa segunda via, o jurista espanhol se remete ao controle da inatividade regulamentar diante das lesões geradas ao particular, prejudicado pela ausência do exercício da função administrativa do Estado, em sentido material, pois a falta do regulamento pode se constituir como fundamento da inércia da Administração Pública, gerando sua responsabilidade civil, que decorre da provocação do lesado em relação à reparação do dano, decorrente da omissão do Poder Público.

Contudo, os hiatos apresentados, na relação contratual estabelecida entre Estado e OSCIPs, denotam a omissão do Poder Público no conjunto de lacunas inseridas no corpo do regulamento, por isso a dificuldade de saneamento decorre da impossibilidade de suscitar o descumprimento do dever do agente regulador, no desempenho da função reguladora, suprida, no caso em tela, pela edição do Decreto 3.100/99.

A lacuna na regulação da tutela dos termos de parceria parece estar inserida numa zona de difícil alcance para o direito, pois a obrigação de modificar e derrogar regulamentos já é matéria tratada na jurisprudência do Conselho de Estado na França, mas dentro de um enfoque relacionado à atualização do direito administrativo, que exige a adequação permanente das normas diante das frequentes mudanças, que alteram a conjuntura inicialmente vinculada à edição dos regulamentos.[410]

O Conselho de Estado francês percorre um longo trajeto na interpretação do princípio da adaptação, que se constitui como pressuposto propulsor da obrigação do

---

[408] PUENTE Marcos Gómez. **La Inactividad de la Administración.** 2ª Ed. Navarra: Arazandi, 2000. p. 262 e ss.
[409] PUENTE, Marcos Gómez. **La Inactividad de la Administración.** 2ª Ed. Navarra: Arazandi, 2000. p. 262.
[410] MONTORO CHINER, M. J. **La inactividad administrativa em el proceso de ejecución de las leyes. Control jurisdiccional versus fracaso legislativo.** Revista de Administración Pública, num. 110, mayo-agosto, 1986, p. 297.

Poder Público de modificar ou derrogar seus regulamentos. A matéria que começa a ser alvo de debates a partir dos anos 1930 é amadurecida em discussões posteriores, resultando na formulação de uma concepção dinâmica de legalidade, para a defesa da inoportunidade dos regulamentos como uma forma de ilegalidade, quando a situação de fato regulada pelo direito despareceu.[411]

As investidas de aperfeiçoamento da jurisprudência francesa são louváveis, mas não ensejam um caminho possível de combate à regulação insipiente de nossos termos de parceria, pois o Decreto 3.100/99 está em vigor, razão pela qual não há que se cogitar a perspectiva de um mandado de injução para impulsionar o cumprimento de um dever que já está suprido.

Considerando que as lacunas de regulação do decreto prejudicam a tutela do contrato pelo Poder Público, não supomos a perspectiva de lesão direta do particular relativa à omissão do Estado, no exercício de sua função administrativa, por isso o suprimento das omissões, por meio de ação de reparação de dano, não seria pertinente nesse caso.

No que diz respeito ao princípio da adaptação, é importante registrar que a modificação e a derrogação de regulamentos imperativa para a Administração Pública, aos olhos do Conselho de Estado francês, decorre da transformação do cenário que enseja a edição do regulamento, por isso também não poderíamos supor que a utilização dessa tese fosse juridicamente válida para impor a alteração do Decreto 3.100/99.

Com o fechamento da via de suprimento baseada no direito, resta-nos supor que o saneamento dos pontos de omissão da tutela do termo de parceria pode cair numa zona de embate político, talvez porque o direito seja apenas um meio para expressão do poder regulamentar da Administração Pública, que terá sempre um conteúdo político, por refletir a disposição de o(s) agente(s) dotado(s) de competência editar os regulamentos.[412]

---

[411] A interpretação elástica do princípio da legalidade no direito francês pode encontrar guarida no controle judicial da Administração Pública, que já admite que o controle de legalidade deve alcançar não só a violação estrita da lei, mas também a violação dos princípios que ensejam sua aplicabilidade, contudo não vislumbramos uma mudança das circunstâncias relacionada com a aplicação do decreto 3.100/99 que concretize a ilegalidade vislumbrada no seguinte trecho: *"Para verificar la aplicación del principio resulta absolutamente necesario que de la alteración de las circunstancias se deduzca la ilegalidad del reglamento sin que sea suficiente la mera inoportunidad "*PUENTE, Marcos Gómez. **La Inactividad de la Administración.** 2ª Ed. Navarra: Arazandi, 2000. p. 277.

[412] A interface político-jurídica da função reguladora do Estado é delineada com muita precisão na referência de Marcos Gómez Puente, que se ocupa do direito espanhol, olhando para a França e para Alemanha, por considerar que esses países são os centros produtores de matrizes nesse debate, mas, apesar da quota de influencia política, propõe-se à defesa do direito nos seguintes termos: *"La inactividad*

Nessa reflexão sobre o *deficit* de regulação relativa aos termos de parceria firmados entre Estado e OSCIPs, a omissão do legislador é apenas uma fonte de prejudicialidade, pois outro ponto preocupante da tutela dos contratos aludidos reside nas fendas de discricionariedade expressivas da legislação, especialmente na menção ao processo seletivo da entidade privada, e no que diz respeito à atuação do conselho de política pública.

Mesmo nos estudos mais otimistas dos administrativistas, que legitimam a discricionariedade da Administração Pública, alegando os limites do legislador em que, não podemos negar, há sempre um apelo voltado para o dever do administrador, de suprir a margem de liberdade conferida pela lei de acordo com princípios, limites e outros rigores suscitados na busca do ideal de concretização do regime jurídico de direito público.[413]

É importante mencionar que a discricionariedade da Administração Pública acaba sendo um objeto de discussão indissociável da máquina administrativa do Estado, que se constitui como uma espécie de risco tolerável da gestão pública, pois o consenso relativo aos limites do legislador, na lapidação do conteúdo e da forma de agir do administrador público, parece a revelação de um dogma mesmo absoluto.[414]

Contudo, os publicistas que se ocupam da discricionariedade administrativa, tanto reconhecem seu risco que procuram promover o antídoto do veneno, sempre numa expectativa antecipada em relação aos casos de envenenamento, por isso a defesa ferrenha do controle jurisdicional do ato administrativo discricionário tem sempre uma apoteose garantida na literatura que se debruça sobre essa matéria.[415]

---

reglamentaria no debe observarse, pues, desde un punto de vista exclusivamente político, al menos cuando el ejercicio de la potestad reglamentaria se encontra ligado a la ejecución de las leyes." PUENTE, Marcos Gómez. **La Inactividad de la Administración.** 2ª Ed. Navarra: Arazandi, 2000. p. 255. Apesar de considerarmos que o ideal é nobre, julgamos que a política sempre lapidará decisivamente o conteúdo dos regulamentos, de modo que a inércia na execução da função reguladora ou da ação material regulada pode ser controla pelo direito, mas o conteúdo do regulamento, em certa medida, não está à disposição do direito.

[413] Juarez de Freitas dispõe sobre a construção desses limites à discricionariedade administrativa, evocando um direito constitucional implícito da sociedade civil à boa administração, a partir de critérios de vinculação da decisão discricionária. "De sorte que *toda discricionariedade, exercida legitimamente, encontra-se, sob determinados aspectos, vinculada constitucionais,* acima das regras concretizadoras." FREITAS, Juarez. **Discricionariedade Administrativa e o direito fundamental à boa administração pública.** São Paulo: Malheiros, 2007, p. 8.

[414] O dogma vislumbrado se insere na crise da lei e do princípio da legalidade administrativa, substrato para a legitimidade da discricionariedade, que se expande na Administração Pública. BAPTISTA, Patrícia. **Transformação do Direito Administrativo.** Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2003, p. 94-111.

[415] O reconhecimento da margem de autonomia é inerente à Administração Pública, mas os recentes estudos sobre a compatibilização entre o princípio da inafastabilidade da tutela judicial e o príncípio da separação dos poderes parece dosar adequadamente o jogo entre independência e limitações do Poder

É recorrente o debate sobre a ampliação da margem de tutela judicial da discricionariedade administrativa, apesar das dificuldades que podem subsistir, pelo menos no plano ideal, concernente à composição do equilíbrio, no jogo de freios e contrapesos,[416] passível de separar a seara de autodeterminação dos juízes e dos administradores públicos.

Nesse contexto, podemos supor que o controle jurisdicional cresceu em importância e em abrangência, porque a legalidade do ato discricionário demanda sua convergência em relação a princípios constitucionais determinantes dos vetores de orientação dos fins da Administração Pública, mas, provavelmente, o Poder Judiciário não terá condições de ingerência concreta nos focos de discrionaridade política.[417]

Quando a decisão discricionária parte de impulso de mera conveniência, toda glória atribuída ao controle jurisdicional do ato discricionário não tem guarida, por isso os pontos de discrionariedade apontados no regulamento dos termos de parceria, relativos ao processo seletivo das OSCIPs e a atuação do conselho de política pública, são elementos potencializadores do risco da má gestão pública.

A possibilidade de favorecimento pessoal no fomento das OSCIPs e a redução da perspectiva de controle social dos termos de parceria são pontos de prejudicialidade da regulação pertinentes à contratualização verificada nas relações entre Estado e Terceiro Setor, que decorrem dos pontos de discricionariedade aludidos, e realçados pelo risco do juízo de conveniência política na tomada de decisão do Poder Público.[418]

Público, nesse contexto. MORAES, Germana Oliveira de. **Controle jurisdicional da Administração Pública.** 2ª Ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 108-111.

[416] No jogo de freios e contrapesos, reside a relação de interdependência entre Legislativo, Executivo e Judiciário. Segundo Aderson de Menezes: "é com efeito, na interdependência, e não separação dos órgãos do poder, que Montesquieu vê a garantia verdadeira de liberdade." MENEZES, Aderson. **Teoria Geral do Estado.** 8ª Ed. Revista e atualizada por José Lindoso. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 256.

[417] Partimos do pressuposto de que a discricionariedade pode se apresentar numa escolha técnica, quando a norma faz menção a um rol de opções – por exemplo, tipos de sanção passíveis de serem aplicados a uma instituição privada responsável pela inexecução de um contrato firmado com o Poder Público – pois nesse caso a proporcionalidade e a razoabilidade podem ser abstraídas diante da investigação do caso concreto. Mas, se a lei prescreve que o Poder Público poderá realizar o concurso de projetos para a seleção da OSCIP, então a conveniência é política, e o Poder Judiciário não poderá dizer o que julga conveniente, pois não lhe cabe fazer isso, nem seria legítimo propor a assunção dessa tarefa aos magistrados.

[418] A discricionariedade administrativa é um risco para a determinação do conteúdo do serviço público prestado disponibilizado pelo Estado aos cidadãos, porque os campos de liberdade relacionados à escolha do gestor público pode ser inserida numa zona de difícil controle, de acordo com Marcos Gómez Puente. O jurista espanhol alerta para o risco da inatividade da Administração Pública num ponto em que possivelmente o controle jurisdicional está servido, no mínimo de uma referência concreta para observar a possível irregularidade da opção técnica do gestor público, pois a Carta Europeia dos Serviços Públicos fornece ao julgador esse paradigma. De fato, controlar a discricionariedade técnica da Administração é um desafio, mesmo quando o Poder Judiciário possui um paradigma de referência para a análise técnica da decisão administrativa, mas quando o juízo de valor recai exclusivamente na conveniência política da escolha, os magistrados não podem sequer se desafiar a controlar a discricionariedade administrativa.

Com essa premissa, levantamos aqui a perspectiva de potencial de inatividade da Administração Pública, cuja regulação parece ser talhada para demonstrar um rigor exuberante, mas precário em função do risco promovido pela excessiva carga de discricionariedade administrativa, inserida nos regulamentos que disciplinam as relações de fomento contratual entre Estado e OSCIPs.

4.4.2 **Prejudicialidade da tutela do procedimento**

A inatividade da Administração Pública, no que diz respeito a sua dimensão material, pode decorrer da omissão do Poder Público, na execução dos atos administrativos relacionados à execução de uma tarefa vinculada por lei a sua competência, o que ocorre quando a potestade deixa de promover ações concretas, como a demolição de uma casa, a expedição de um alvará, a distribuição de uma vacina, etc.

Mas, antes de nos ocuparmos da omissão do Estado no exercício de sua função administrativa, sobretudo no que toca aos atos materiais que repercutem diretamente no acesso aos direitos dos particulares, vamos observar a inatividade no processo de auto-gestão da Administração Pública, especificamente no âmbito da tutela dos termos de parceria, tendo em vista a verificação da prejudicialidade do acompanhamento do contrato.

Marcos Gómez Puente se refere à inatividade da Administração Pública, no aspecto concernente a sua auto-gestão, mencionando que o Poder Público pode pecar pelo descumprimento de seus próprios atos, ou seja, as instituições públicas podem deixar de executar atos derivados de sua competência, violando o princípio da legalidade que não submete apenas os administrados à lei, pois também o Estado deve sucumbir diante das obrigações decorrentes de uma imputação legal.

A violação das obrigações da potestade pode se verificar em dois contextos, pois a inatividade da Administração Pública pode decorrer da violação de seus deveres perante a sociedade civil, mas também é possível focalizar a lesão da potestade no que diz respeito as suas obrigações de autotutela[419], ou seja, as instituições públicas violam a

---

PUENTE, Marcos Gómez. **La Inactividad de la Administración.** 2ª Ed. Navarra: Arazandi, 2000. p. 280-283.

[419] Bruno Rezoagli realça as três ferramentas da autotutela no controle dos contratos públicos, em função da atuação prévia, concomitante e subsequente do controle interno. REZZOAGLI, Bruno Ariel. **Corrupcion y contratos públicos: uma vision desde la fiscalización del Tribunal de Cuentas.** Salamanca: Ratio Legis, 2005, p. 75-80.

lei quando deixam de exercer as competências relacionadas aos fins estatutários e a seus objetivos de auto-regulação.

É possível supor que a autotutela da Administração Pública já se restringiu aos expedientes de controle relacionados à gestão financeira e de pessoal das instituições vinculadas à estrutura do Estado, mas considerando o avanço dos processos de contratualização, frequentemente orientados para o aproveitamente de recursos encontrados fora das organizações públicas, podemos então sugerir que a autotutela do Poder Público abrange o controle das instituições públicas e das instituições privadas que participam da gestão pública.

Por isso, se a máquina administrativa do Estado falha na execução da tutela dos termos de parceria, podemos vislumbrar, nessa perspectiva, uma forma de inatividade da Administração Pública, decorrente da prejudicialidade relacionada à auto-gestão das instituições públicas, enquanto co-responsáveis pela execução dos contratos, sob sua vigilância, dada a obrigação do Poder Público que decorre de suas prerrogativas de contratante.

Para que o ente público parceiro da OSCIP controle adequadamente a execução do termo de parceria, já vislumbramos que o Poder Público precisaria estar vinculado a um procedimento de acompanhamento contratual mais refinado, pois a análise estrita da prestação de contas pode evadir o olhar dos agentes responsáveis pela fiscalização do pacto em requisitos relacionados à gestão da instituição e à qualidade do serviço prestado.[420]

Nessa perspectiva, o procedimento de tutela insipiente do contrato pode ser uma espécie de fuga da autotutela da máquina administrativa do Estado, que engaja a OSCIP na prestação do serviço público, mas não gerencia o termo de parceria com o rigor próprio do regime jurídico de direito público, o que implica a abertura de mais uma via para a inatividade da Administração Pública.

É bem verdade que estamos suscitando um problema de foro material, pois a tutela de um contrato implica atos materiais do ente público parceiro da OSCIP, contudo acabamos diante de uma deficiência de ordem procedimental, não relacionada à exequibilidade do expediente, na medida em que recai sobre um hiato de regulação.

---

[420] O refinamento do controle da Administração é um imperativo mais consistente, desde a última reforma do Estado, quando a ênfase para o controle de resultados, decorrente do princípio da eficiência, ganha um contorno constitucional. A incidência desse fundamento na Administração Pública, com a transição trazida pela reforma do Estado é referenciada por Maria Tereza Fonseca Dias. DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Direito Administrativo Pós-Moderno**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 206-207.

No estudo da inatividade da Administração Pública, observamos as reflexões de Marcos Gómez Puente, nesse ponto, referindo-se à omissão do Poder Público na execução material de atos, focalizando a inércia do Estado na prestação do serviço de acordo com o paradigma de eficiência da Carta Europeia dos Serviços Públicos, o que nos remete à dimensão de uma inoperância técnico-material.

Em sentido análogo, o jurista espanhol se refere à inatividade da Administração Pública na execução da sentença derivada do contencioso administrativo, o que indica uma situação de prejudicialidade relacionada ao cumprimento de uma obrigação, e não ao *déficit* de regulação inserido na determinação dos deveres da potestade, pois nesse ponto a União Europeia parece estar caminhando numa zona de maior amadurecimento em relação à América Latina.

O paradigma alçado como referência deste estudo sobre a relação de fomento contratual do Estado em relação ao Terceiro Setor não apresenta uma regulação perfeita, mas parece se inquietar com mais facilidade diante das questões prejudiciais da tutela contratual, pois, conforme vamos vislumbrar no quinto capítulo deste estudo, após cinco anos de uma experiência de regulação sofrível, verificamos a Câmara Municipal de Lisboa propondo um regulamento mais arraigado aos vetores do regime jurídico de direito público.

Além dessa disposição mais desprendida para regular, temos que destacar que a Carta Europeia dos Serviços Públicos é um elemento de garantia do direito público subjetivo do cidadão à prestação do serviço que não encontra paradigma de referência na América Latina, por isso enquanto a discussão sobre inatividade da Administração Pública na Comunidade Europeia alude ao problema da exequibilidade da obrigação do Estado, no Brasil, nós estamos observando a possível inatividade de um procedimento, em decorrência da falta de sua regulação adequada.

Decerto, podemos abstrair, nesse registro, uma perspectiva de inatividade da Administração Pública de difícil tutela porque, nas vias de controle disponíveis, será sempre difícil impor ao Estado uma obrigação de fazer, cuja dimensão legal se insere na interpretação de princípios, dada a situação de desregulação na legislação que disciplina o termo de parceria celebrado entre Poder Público e OSCIPs.

4.4.3 **Prejudicialidade na efetividade material da função pública**

No estudo das relações entre Estado e Terceiro Setor, percebemos que o fomento das OSCIPs não implica uma simples forma de incentivo, tendo em vista a promoção de ações sociais desenvolvidas pelo Terceiro Setor, pois a política nacional de assistência social, definida na Lei 8.742/93, não só reconhece o trabalho das organizações não governamentais, mas propõe a agregação entre as ações do Poder Público e das instituições privadas na concretização de serviços sociais.

Nessa perspectiva, podemos supor que as OSCIPs podem ser integradas à gestão de políticas públicas, por isso essas instituições do Terceiro Setor, na medida em que celebrem termo de parceria com o Poder Público, estariam, por conseguinte, engajadas na prestação de serviços públicos, o que suscita nossa especial atenção, neste momento, visto que a Inatividade da Administração Pública, nessa perspectiva, pode derivar da atuação insipiente das parceiras privadas.

Diante dessa premissa, estamos supondo que a inefetividade material do Estado pode decorrer, em parte, da ineficiência de instituições privadas contratadas pelo Poder Público para participar do processo de execução do serviço público, por isso a inatividade da Administração Pública poderia, então, revelar-se no suporte direto ou indireto das OSCIPs engajadas à execução de políticas públicas sociais.

Esse raciocínio é válido mesmo se considerarmos que as OSCIPs, ao celebrar termo de parceria com o Poder Público, não serão delegatárias de serviço público nas condições estritamente definidas pela Lei de Concessões Públicas, pois Marcos Gómez Puente propõe que uma atividade de utilidade pública, mesmo que não seja pública sua titularidade, impõe ao Estado a obrigação de criar um sistema que garanta sua prestação eficiente.[421]

De fato, considerando a ideia aludida, não estamos supondo que as OSCIPs titularizarão serviços fora da alçada do Poder Público, pois a legislação que dispõe sobre a possibilidade de colaboração do Terceiro Setor propõe o engajamento dessas instituições privadas na prestação de serviços titularizados pelo Estado, o que reforça o dever da potestade de garantir uma prestação eficiente para o cidadão.

---

[421] A ideia do jurista espanhol pode ser apontada na seguinte afirmação: *"la consideración de una actividad (sanitaria, educativa, etc) como de servicio público, aunque no sea pública la titularidad, también impone al Estadola obligación de crear um sistema (sanitario, educativo ...) que garntice su prestación eficiente o, al menos, el acesso del ciudadano a esas prestaciones, aunque se desarrollen por la iniciativa privada."* PUENTE, Marcos Gómez. **La Inactividad de la Administración.** 2ª Ed. Navarra: Arazandi, 2000. p. 770.

Nesse contexto, podemos vislumbrar que a inclusão das OSCIPs no sistema de prestação de serviços públicos sociais vincula essas instituições privadas à execução do termo de parceria, de acordo com o padrão de legalidade e eficiência imposto ao Estado, por isso a ineficiência da organização não governamental, vinculada ao sistema de prestação de serviço público, pode se constituir como uma forma de inatividade da Administração Pública.

A abertura dessa reflexão não se volta para o propósito de uma investigação concreta da eficiência das OSCIPs, na realização dos fins pactuados com o Poder Público, pois já mencionamos que essa pesquisa não se constitui como um estudo de efetividade do termo de parceria, mas essa alusão é uma provocação necessária para a indagação dos possíveis desdobramentos da inatividade da Administração Pública nessa experiência de gestão pública partilhada.

Trata-se aqui de realçar a possibilidade de a ineficiência das OSCIPs provocar a responsabilidade civil do Estado, em face dos danos comissivos e/ou omissivos relacionados à atuação dessas instituições privadas, pois, se o Poder Público é obrigado a garantir o serviço, não importa qual é a fonte que impulsiona as falhas no sistema de prestação, visto que o direito administrativo protege o particular da lesão vinculada ao serviço público de forma objetiva.

A alusão à responsabilidade civil do Estado não esgota os desdobramentos oriundos da inatividade da Administração Pública, pois a potestade não é só responsável pela reparação do dano decorrente da prestação de serviço público, já que seu principal dever consiste na salvaguarda do direito público subjetivo de acesso do cidadão.

CAPÍTULO 5 - UM OLHAR EM PORTUGAL

A visita a Portugal, proposta nesta seção, é extremamente oportuna, pois encontramos na terra de nossos patrícios as condições que favorecem uma investigação voltada para a confirmação dos reiterados indícios de inatividade da Administração Pública, levantados na pesquisa, no que tange às relações entre Estado e Terceiro Setor, apresentadas nos capítulos anteriores.

A motivação da viagem leva em consideração a identidade entre os países, verificada em múltiplos aspectos pertinentes às reformas enfrentadas no final do século XX, tanto em Portugal, como no Brasil, evidenciando traços comuns da contratualização do direito administrativo, nas relações entre Estado e Terceiro Setor.[422]

Os traços comuns da reforma do Estado, nos dois países, revelam uma tendência comum, oriunda do movimento neoliberal, que se estabelece como primeiro contraponto possível à crise fiscal dos anos 1970. O fenômeno que atinge as economias capitalistas, do mundo interiro, evoca fórmulas internacionazadas de combate à crise, que despontam primeiro no hemisfério norte.

Nessa perspectiva, é possível observar a Administração Pública portuguesa, enfrentando os desdobramentos desse ciclo de reformas estruturais, nas investidas realizadas na segunda metade dos anos 1980, com vetores que se apresentam na reforma administrativa, a que o Brasil se submete em meados dos anos 1990.

As temáticas mais expressivas da reestruturação administrativa, proposta em Portugal, focalizam a redefinição do papel do Estado frente à economia, à abertura de um programa de privatização, á qualificação na gestão dos agentes públicos e a medidas voltadas para a eficiência das instituições públicas, tal como observamos no projeto de reforma da Administração Pública brasileira.[423]

---

[422] Roberto Dromi faz menção aos efeitos da globalização nas relações entre Estado e sociedade civil, apontando uma tendência de uniformização da regulação dos países, no fenômeno que chama de "internacionalização do direito administrativo," e afirma que "o sistema de Direito Administrativo atual reivindica esse novo perímetro internacional do direito público, que supera a qualificação do Direito Administrativo como Direito interno." DROMI, Roberto. **Sistema Jurídico e Valores Administrativos.** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2007, p. 143.

[423] Isabel Corte-Real dá notícia da reforma portuguesa, vislumbrando que o projeto lançado na segunda metade dos anos 1980 avança pelos anos 1990 "em todos os domínios da vida nacional,: na vida urbana, na vida rural, e das regiões do interior, no ambiente, na vida cultural, nas actividades industriais e de serviços.", o que sugestiona um processo de descentralização, onde as mudanças atingem o país como um todo. Essa referência é importante para vislumbramos situação diversa no Brasil, onde a complexa estrutura federativa, a dimensão continental do território e as dessemelhanças entre as regiões provocam entraves relacionados á universalização de medidas políticas induzidas pelo governo federal. CORTE-REAL, Isabel. **Cidadão, Administração e Poder.** Volume II. Lisboa: Principal, 1995, p.11-13.

Contudo, no Brasil, o Plano Diretor do Aparelho da Reforma do Estado evidencia um segmento específico de transformação que foge das expectativas da reforma portuguesa, pois a promessa de inserção do Terceiro Setor na gestão de serviços sociais é um ponto específico da proposta dos reformadores, que sugerem uma plataforma de ação, a priori, bem audaciosa.

Essa diretriz de redirecionamento da prestação de serviços sociais na reforma brasileira dispõe sobre a possibilidade de extinção de instituições públicas e posterior remanejamento de suas atribuições a instituições privadas sem fins lucrativos, que passariam a atuar com a perspectiva de fomento total ou parcial do Estado, submetendo-se a sua tutela.[424]

Em Portugal, não encontraremos previsão de fenômeno análogo à proposta de atuação das Organizações Sociais delineadas pela Lei 9.637/98, no ordenamento jurídico brasileiro, mas o direito português se ocupa de situações onde as organizações não governamentais podem ser fomentadas pelo Poder Público, para maximizar a promoção de ações sociais, o que também é possível no Brasil.

Há uma identidade nos processos de aproximação entre o Estado e o Terceiro Setor, que podem ser observados na legislação dos dois países, e outros pontos que favorecem, aqui, uma imersão de direito comparado, pois Portugal e Brasil compartilham semelhanças no arcabouço burocrático[425] agregado à promoção desse projeto, e também na cultura política,[426] que influencia a Administração Pública e o Terceiro Setor.

---

[424] Umas das exposições mais pontuais sobre essa perspectiva de transfência de encargos, no que diz respeito á gestão dos serviços sociais se verifica na literatura produzida pelos reformadores para legitimar a reforma. Nesse sentido: MORALES, Carlos Antônio. Provisão de serviços sociais através de organizações públicas não estatais: aspectos gerais. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser & GRAU, Nuria Cunill (Orgs.). **O público não-estatal na reforma do Estado.** Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999. p. 54-56.

[425] Maria João Estorninho descortina a base contratual das alianças entre Estado e Terceiro Setor, remetendo-se aos efeitos da "globalização," na diluição das fronteiras da Europa, com a internacionalização, que não se limite à dimensão da economia, e acaba incidindo sob o Direito, sobretudo no que diz respeito aos contratos públicos. Nesse sentido, afirma que: "Numa era em se repensa as tarefas a cargo do Estado, os novos contratos públicos, assentes em *montagens complexas* e em *parcerias público-privadas,* servem de instrumento privilegiado das novas tarefas de **regulação**, pressupondo uma noção funcional de serviço público, prestado indistintamente por entidades públicas e privadas." ESTORNINHO, Maria João. **Direito Europeu dos Contratos Públicos: Um olhar português.** Coimbra: Almedina, 2006, p. 7.

[426] Tudo que aproxima os elementos mais consistentes do patrimonialismo, no Brasil e em Portugal, numa perspectiva comparada, pode ser descortinado na referência seguinte: NUNES, Edson. **A gramática política do Brasil: clientelismo e insulamento burocrático.** 3ª Ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003, p. 36-43.

Apesar das identidades entre Brasil e Portugal, no que diz respeito ao caráter contratual da aproximação mais contemporâneo da relação entre Estado e Terceiro Setor, já realçamos o debate sobre a dimensão *sui generis* da sociedade civil organizada, em cada *locus* onde ela se apresenta, por isso não podemos fazer uma comparação entreita entre tais países, no que diz respeito às nuances do setor público não estatal nesses espaços.[427]

No que diz respeito ao objeto de estudo especificamente considerado, observamos que, na gestão dos serviços sociais portugueses, tanto é possível encontrar instituições privadas fora do Estado ocupadas da prestação, como é perceptível o uso do contrato para instrumentalizar os pactos em que o Poder Público e as pessoas privadas se vinculam para a realização desse interesse.

Nessa seção, não estamos propondo a apresentação de um estudo comparativo clássico, pois a experiência portuguesa será abordada como eixo de reflexão para a observação do regime jurídico imputado aos contratos firmados pelo Estado com o Terceiro Setor, para a prestação de serviços sociais.

Por isso, não podemos deixar de supor que essa reflexão é mais rica do que seu ensaio, pois a referência às transformações do direito administrativo português amplia nossa meditação sobre os rumos do serviço público no Brasil, já que, em Portugal, a influência do direito comunitário tende a aperfeiçoar a difícil relação entre o Estado, como titular dessa atividade administrativa, e o particular, como utente ansioso por essa prestação.

Não vislumbramos aqui a construção de um direito comum europeu, mas a expansão do direito comunitário acaba influenciando uma nova tomada de discussão

---

[427] Em Portugal, há uma forma de peculiar de organização da sociedade para a cobertura de interesses mútuos, que, de forma paralela às instituições religiosas, pode ter contribuído para a multiplicação de instituições de solidariedade social nos últimos anos. Trata-se de uma rede de proteção social que João Arriscado Nunes chama de "solidariedades primárias", observando que esses entes "são configurações de relações correspondentes ao nível primário de apropriação social do mundo e de constituição da identidade, que incluem redes de parentesco, co-residência, comensalidade, vizinhança, accionáveis em situação de necessidade para apoiar material ou moralmente aqueles que são reconhecidos como membros dessa rede". NUNES, João Arriscado. **Com mal ou com bem aos teus te atém: as solidariedades primárias e os limites da sociedade-providência.** Revista Crítica de Ciências Sociais. Coimbra: Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, número 42, maio de 1995, p. 9. Nesse contexto, a sociedade civil organizada em Portugal é observada a partir de uma cultura de ajuda mútua, que nasce no meio rural e se expande para os centros urbanos, fundando, assim, uma sociedade de providência, que teria papel decisivo para suprir as lacunas de um Estado caracterizado pelas falhas na "providência". A sociedade-providência é um conceito de Boaventura de Sousa Santos, que surge da observação das redes de providência de origem estatal, mercantil e comunitária, cuja primeira definição aparece na seguinte referência: SANTOS, Boaventura de Sousa. O Estado, as relações salariais e o bem-estar social na semiperiferia. SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). **Portugal: Um retrato singular.** Porto: Afrontamento, 1993, p. 46.

para o serviço público, numa perspectiva que parece estar menos pautada na discussão teórica, e mais engajada no problema concreto da efetividade da prestação, por isso a pauta da comunidade europeia parece ascender à ideia de construção de um Estado social possível.

Nesse Estado social possível, os aspectos teóricos da crise da escola de serviço público francesa não estão mais no cerne das discussões, mas a idéia de responsabilidade do Poder Público, bem como o apelo, pela edificação de um paradigma mínimo exigível de serviço público, reforça a defesa do direito público subjetivo do particular, que ainda supõe ser possível o acesso a um pacote de direitos fundamentais com aquela densidade própria do *welfare state.*

A Carta Europeia dos Serviços Públicos[428] não promete o retorno do Estado de Bem-Estar Social aos cidadãos europeus, mas essa saída legislativa pode ser a diferença entre um *standard* fascinante de direitos inconcretizáveis, e a fundamentalização menos exuberante dos direitos passíveis de efetiva concretização, pois a definição do conteúdo jurídico mínimo supõe a construção de um sistema de garantia para a efetivação de direitos, por meio do contencioso administrativo europeu.[429]

Nessa perspectiva, percebemos que o direito comunitário será importante para a definição do alcance dos direitos fundamentais passíveis de efetivação, mas cada Estado da Comunidade Europeia continuará diante do desafio de aperfeiçoar a regulação dos instrumentos de suporte, vinculados ao desenvolvimento do serviço público, pois a dispersão do regime jurídico de direito público continuará sendo um risco para a efetivação da prestação, seja lá qual for a medida do seu conteúdo.[430]

---

[428] O Livro Verde sobre Serviços de Interesse Geral, apresentado pela Comissão das Comunidades Européias, em Bruxelas, no dia 21 de maio de 2003, foi um fórum realizado pelos países da comunidade, para provocar a uniformização do conceito de serviço público universal, eficiente e módico. Esse projeto não está concluído, mas a idéia fomentada pelo fórum, nos remete a uma perspectiva futura de regulação, voltada para a determinação de indicadores objetivos de qualidade e quantidade para o serviço público europeu. Com isso, o cidadão tende a dispor de uma tutela judicial mais dinâmica, no que tange a efetivação do seu direito público subjetivo ao serviço público. eur-lex.europa. eu/LexUriServ /site/pt/ com /2003/com2003_0270pt01.pdf. Consulta em 03/07/2008.

[429] O contensioso administrativo em Portugal favore a efetivação judicial dos direitos fundamentais, em função da objetivação de princípios jurídicos observados como garantias do cidadão. José Tavares cita a legislação e dispõe sobre o alcance dos seguintes vetores: dever de fundamentação dos atos e contratos, procedimentalização da contratação públicae participação dos interessados na gestão pública. TAVARES, José F. F. **A ponderação de interesses na gestão pública vs. gestão privada.** Coimbra: Almedina, 2008, p. 25-26.

[430] Nesse sentido, é possível observar a interpenetração entre direito português e direito comunitário na seguinte referência: "O Direito Administrativo português, quer tomado no sentido objectivo de princípios, normas e instituições que regem e caracterizam a Administração Pública nacional, quer no sentido subjectivo de ciência que estuda esse conjunto normativo e institucional, registrou no último quartel do século passado uma profunda mutação, seguindo uma evolução similar a aproximando-se dos seus congéneres dos Estados continentais da União Européia. (...) Este direito administrativo, por força da

O levantamento dessa premissa impulsiona a leitura da regulação dos pactos, que permitem o fomento de organizações não governamentais em Portugal, porque, nessa altura, precisamos observar a lapidação do regime jurídico de direito público nessa engrenagem de contratualização da Administração Pública.

5.1 UMA ABORDAGEM DAS INSTITUIÇÕES PARTICULARES QUE SERVEM AO ESTADO

As pessoas jurídicas de direito privado podem fazer as vezes do Estado em duas perspectivas, pois essas instituições podem integrar a Administração Pública, ou seja, pertencerem à estrutura do Estado; ou tais entidades podem ser criadas por particulares que são chamados pelo Estado a assumir funções públicas.

As organizações que integram o Estado são geralmente chamadas de entidades administrativas privadas[431], e são criadas por organizações públicas, tendo sua origem marcada pela primeira guerra mundial, quando essas instituições passam a assumir atividades econômicas e sociais, podendo se revestir de diversas formas jurídicas, tais como sociedades, cooperativas, associações e fundações.[432]

O foco dessa pesquisa se dirige às organizações privadas que são criadas por particulares, sendo chamadas pelo Estado a exercer funções públicas, apesar de não integrarem a estrutura da Administração Pública, mas podendo se revestir de formas análogas àquelas observadas em relação às instituições privadas do Poder Público.

---

coadministração desenvolvida entre Estados nacionais e União Européia, é agora confrontado com um direito administrativo sem Estado e, sobretudo, quando tem de encarar essa realidade dos direitos nacionais, revela-se relativamente indiferente à sua especificidade. Essa coabitação envolve o reconhecimento do pluralismo dos ordenamentos jurídicos, o comunitário e os estaduais, e da mutiplicidade de sujeitos públicos com desvalorização da pessoa colectiva do Estado. Favorece igualmente a comparação e a convergência entre os sistemas e a circularidade dos cotejos e adopções de conceitos." MACHETE, Rui Chancerelle de. **Estudos de Direito Público.** Coimbra: Ed. Coimbra, 2004, p. 279.

[431] É importante registrar que as entidades administrativas privadas não são referenciadas apenas pela doutrina portuguesa, pois, na França, percebemos a mesma figura jurídica designada no gênero dos estabelecimentos privados administrativos, e, na Alemanha, as associações dessa natureza são reconhecidas como entidades semi-estaduais ou semipúblicas.

[432] Vital Moreira descreve a origem e os modelos e registra bem os interesses que levam o Estado a dotar suas instituições de personalidade jurídica de direito privado, o que vale a pena transcrever: "Trata-se igualmente de modos de fuga ao direito administrativo, só que agora de forma mais assumida, pois já nem o invólucro institucional de ente público é preservado. É essa seguramente uma das mais conspícuas expressões do pluralismo de formas jurídicas da administração contemporânea. As razões de opção pela forma privada são as mesmas que motivam a opção pelo regime de direito privado no caso dos 'estabelecimentos públicos comerciais e industriais': maior flexibilidade na criação e dissolução, no regime de pessoal, no regime financeiro, na actividade, na associação entre diversas organizações ou com particulares." MOREIRA, Vital. **Administração Autônoma e Associações Públicas.** Coimbra: Editora Coimbra, 1997, p. 285.

Vital Moreira faz referência a atividades da esfera de competência do Estado que não são desenvolvidas pelo Poder Público, e mostra que o direito português admite que o exercício privado de funções públicas seja realizado ora por pessoas jurídicas, ou por pessoas físicas.[433]

No estudo das entidades privadas "com poderes públicos" em Portugal, fica evidente o desenvolvimento de uma discussão mais amadurecida, pois a doutrina se ocupa de questões, que talvez ainda não estejam debaixo das luzes do direito administrativo brasileiro, como a medida da autoridade passível de ser exercida por essas instituições, a liberdade de filiação nas organizações constituídas como fundações, e sua responsabilidade diante dos atos praticados no exercício da função pública.

Nesse contexto, é importante salientar que a maioria dos questionamentos, maximizados pela tendência de explosão desse segmento nos anos 1980, já é matéria pacífica na jurisprudência, e os tribunais parecem estar realizando um mecanismo de frenagem da fuga para o direito privado, ao determinarem que não é a natureza jurídica da instituição o elemento determinador do regime jurídico aplicável ao caso, e sim a finalidade da conduta que deve prevalecer.

Não podemos deixar de receber a notícia de forma positiva, pois, se a natureza da função exercida pela pessoa jurídica de direito privado determina o regime imposto, podemos supor, pelo menos em tese, que o serviço prestado por tais entidades resguarda a natureza pública imprescindível para a manutenção do direito público subjetivo do cidadão.[434]

---

[433] Nesse ponto, é interessante observar o texto em sua literalidade, pois o jurista registra, inclusive, quais são as atividades que só podem ser assumidas pela Administração Pública: "Existem muitas actividades de interesse público que constitucionalmente não são, em geral, tarefas estaduais (desporto, actividades artísticas) ou não são exclusivamente estaduais (instrução, formação profissional, cuidados de saúde, assistência, segurança social, etc.). Só são tarefas públicas administrativas: a) as que são constitucionalmente obrigatórias (defesa, segurança, garantia dos direitos fundamentais, satisfação dos direitos sociais, regulação da economia, etc.); b) as de interesse geral que o Estado, ou outro ente público territorial, assuma como responsabilidade sua. (...) Elegíveis como titulares de funções administrativas podem ser tanto os indivíduos como as pessoas colectivas, já existentes ou a criar, dentro destas, sociedades, cooperativas e associações." MOREIRA, Vital. **Administração Autônoma e Associações Públicas.** Coimbra: Editora Coimbra, 1997, p. 290.

[434] Fica o registro de Vital Moreira: "Enquanto exercerem funções e poderes públicos delegados as entidades privadas podem ser legalmente sujeitas a tutela pública como se fossem entidades públicas, restrita à parte da actividade das associações que tem a ver com o desempenho das missões de serviço público. Sem pertencerem à Administração pública em sentido orgânico, elas exercem administração em sentido material. A possibilidade de tutela sobre as entidades privadas nestas condições é praticamente pacífica. MOREIRA, Vital. **Administração Autônoma e Associações Públicas.** Coimbra: Editora Coimbra, 1997, p. 563.

5.1.1 **As Instituições Particulares de Solidariedade Social**

Em 1983, as pessoas jurídicas de direito privado dedicadas a atividades sociais de interesse coletivo são agraciadas com a edição de um estatuto, que parece finalmente suprir a regulação das Instituições Particulares de Solidariedade Social, cuja previsão, no artigo 201 da Constituição portuguesa de 1976, realça o interesse do legislador no sentido de diferenciar o regime jurídico das entidades sem fins lucrativos voltadas para o desenvolvimento de ações de alcance geral.[435]

Nessa perspectiva, a previsão constitucional das Instituições Particulares de Solidariedade Social reclama uma regulação que diferencie as instituições privadas pela natureza de seus fins, prestigiando as entidades inseridas no setor público não estatal com um regime jurídico capaz de aprofundar a aproximação do Estado com esses organismos, tendo em vista a concretização de uma tutela que promova o engajamento das atividades particulares desses entes aos interesses de ordem social, perseguidos pelo Estado.[436]

É importante ressaltar que o relacionamento entre Estado e Terceiro Setor em Portugal não se rompe com o período de governo autoritário, marcado entre os anos

---

[435] Mesmo antes dessa iniciativa de regulação, pode-se observar a expansão das Instituições Particulares de Solidariedade Social, pois essas organizações não lucrativas se desenvolvem em dois contextos, ora numa dimensão religiosa, apoiando o regime autoritário fundado nos anos 1930, ora fundando as novas formas de organização da sociedade civil após a reabertura democrática cravada no ato público registrado em 25 de abril de 1974. Essa premisa é um ponto de partida da tese de Patrícia Maria Alves Pedro Fonseca Rego que faz o seguinte registro: "O crescimento importante das Instituições Particulares de Solidariedade Social (IPSS) na sociedade portuguesa depois de abril de 1974 constitui um movimento inovador reconhecido e enquadrado pelo Estado, integrado no âmbito da política de protecção social que privilegia o exercício da acção social no quadro de instituições não estatais. Esta não é uma atitude nova embora tenha assumido, nas últimas décadas, orientações distintas das anteriores. Durante o Estado Novo, as instituições particulares de assistência e benemerência desempenhavam um papel importante no domínio das actividades de saúde e assistência, enquadrado pelo relacionamento privilegiado entre poderes públicos e Igreja Católica. Após 74, mantém-se embora reformulada, a actividade destas instituições, mas emergem, paralelamente, novas formas de organização da sociedade civil." RÊGO, Patrícia Maria Alves Pedro Fonseca. **Instituições de Solidariedade Social: Participação Cívica e Desenvolvimento Local.** Dissertação apresentada à Universidade de Évora, com vista à obtenção do grau de doutor em Geografia, orientada pelo Professor Doutor João Manuel Machado Ferrão. 2001, p.5.

[436] No que diz respeito aos fins das IPSS, João Carvalho evidencia suas frentes de atual de acordo com a Constituição Portuguesa: "A Constituição da República Portuguesa confere direitos e deveres sociais às Instituições Particulares de Solidariedade Social. No seu art.º 63º n.º 3, refere-se o direito de constituição de uma IPSS com objectivos de segurança social, isto é, de actuação nas áreas da protecção na doença, invalidez, viuvez, social, orfandade, desemprego e outras situações em que os meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho faltem ou estejam diminuídos (n.º 4, deste artigo); de fornecer assistência materno-infatil, através de creches e infra-estruturas de apoio à família (art.º 67º, n.º 2, alínea b); de protecção às crianças, em particular os órfãos e abandonados (art.º 69º); de apoio ao aproveitamento dos tempos livres (art.º 70, n.º 1, alínea d); de apoio aos deficientes em geral (art.º 71º); e de apoio à terceira idade (art.º 72º)." CARVALHO, João M. S.. **Organizações Não Lucrativas: aprendizagem organizacional, orientação de mercado, planejamento estratégico e desempenho.** 1ª Ed. Lisboa: Silabo, 2005, p. 23-24.

1930 e 1970, pois as organizações não lucrativas derivavam de uma expansão das misericórdias portuguesas ligadas à Igreja Católica, que integram as forças do regime autoritário, por isso a regulação posterior à Constituição portuguesa de 1976 apenas redimensiona o contexto da relação entre as partes.[437]

A ideia de tutela estatal propõe a conjugação de forças entre o setor público e o privado para coordenar as ações das entidades do Terceiro Setor com os serviços sociais da alçada do Estado, na medida em que o Poder Público se propõe a conferir o título de Instituição Particular de Solidariedade Social aos entes privados que trabalham em prol do interesse público, tendo em vista o refinamento dos laços entre esses atores.

Decerto, há um conjunto de novos fundamentos alinhando o Estado e as Instituições Particulares de Solidariedade Social, o que Patrícia Maria Alves Pedro Fonseca Rego designa como o conjunto de "dimensões de natureza macro," que se justificam na refundação do Estado de providência, na reorganização dos mercados de emprego, na multiplicação das situações de vulnerabilidade, com destaque para as necessidades decorrentes do significativo envelhecimento da população.[438]

---

[437] A igreja católica é ponto de fundamentação essencial do regime autoritário fundado por Salazar em Meados dos anos 1930, pois a formação política do ditador se desenvolve junto a uma facção religosa, e o o chefe do Estado Novo português será o principal ator do enfrentamento das relações entre Igreja e Estado em Portugal, nos anos subsequentes à ascensão do partido republicano ao poder em 1910, que, segundo Bruno Reis, desenvolve-se com o *slogan: "contra a Igreja marchar, marchar"*. O entendimento entre a Igreja Católica e Salazar é fundanental para que as organizações de regiliosas sejam valorizadas e apoiadas, o que se constitui como uma fonte de agregação da religião ao governo. Essa engrenagem tem sua origem com a ruptura republicana, pois a saída radical provoca a Igreja a aceitar um espaço de conciliação com o Estado, mesmo que as condições não fossem ideais, o que favorece a contradição da aliança entre governo totalitário e catolicismo. O resumo da ópera desse argumento merece registro literal: "Foi nesse contexto de uma questão religiosa muito politizada que Salazar emergiu no palco político nacional. Cedo se afirmou como um dos mais prestigiados dirigentes do movimento político católico, organizado de acordo com as orientações gerais vindas do Papado. Foi esse o período chave de sua formação política. Além disso, foi neste período, entre 1910 e 1928, que surgiu boa parte dos problemas nas relações entre a Igreja e o Estado com que Salazar vai lidar quando sobe ao poder. Salazar, aliás, sempre reclamou como um de seus grandes trunfos, um dos factores de legitimação de seu regime, ter sido ele a ultrapassar a questão religiosa criada pelo Partido Republicano Português (PRP)". REIS, Bruno. **Salazar e o Vaticano**. Lisboa: ICS – Instituto de Ciências Sociais, 2006, p. 22. Abrindo outro foco, o redimensionamento da sociedade civil organizada em Portugal, a partir de meados dos anos 1970, não representa um processo de simples ampliação das pontecialidades do segmento, mas uma espécie de refundação do Terceiro Sector, por isso, fazendo contraponto às ideias inicialmente lançadas, Patrícia Rêgo reconhece as dificuldades de um associativismo que genuinamente deriva da organização da sociedade civil portuguesa, com a seguinte referência: "Apesar de Portugal não se ter atrasado quanto à implantação dos primeiros projectos de economia social, a verdade é que o associativismo conheceu, em Portugal, uma fraca implantação junto da população mais carenciada. Os vários regimes que governaram Portugal desde o século XIX até 1974 nunca propiciaram o desenvolvimento deste movimento, tendo mesmo surgido, com freqüência, acções francamente repressivas". RÊGO, Patrícia Maria Alves Pedro Fonseca. **Instituições de Solidariedade Social: Participação Cívica e Desenvolvimento Local.** Dissertação apresentada à Universidade de Évora, com vista à obtenção do grau de doutor em Geografia, orientada pelo Professor Doutor João Manuel Machado Ferrão. 2001, p. 69.

[438] RÊGO, Patrícia Maria Alves Pedro Fonseca. **Instituições de Solidariedade Social: Participação Cívica e Desenvolvimento Local.** Dissertação apresentada à Universidade de Évora, com vista à obtenção

A aproximação entre Poder Público e Instituições Particulares de Solidariedade Social está sugestionada num namoro repleto de cortesias disponibilizadas pelo Estado às organizações privadas que aceitam conduzir seus objetivos na direção das demandas da potestade, que supostamente pretende dar, mas também espera receber. Por isso a idéia de fomento não cerceia a autonomia do Terceiro Setor, mas pressupõe o interesse de a Administração Pública realizar uma direção parcial dos organismos privados que receberem seu auxílio.

A edição do Decreto-Lei 119/83 representa um esforço de regulação para concretizar esse processo de aproximação entre o Estado e o Terceiro Setor em Portugal, numa perspectiva de aperfeiçoamento, compilação e uniformização da legislação anteriormente vigente, pois, após a aprovação do Estatuto das Instituições Particulares de Solidariedade Social inserido no Decreto-Lei 519-G2/79, muitos outros regulamentos foram editados para promover seu suprimento, tais como o Decreto-Lei 347/81 e o Decreto Regulamentar 58/81.

Trata-se de uma espécie de intervenção do Estado na ordem social, pois o Poder Público cumpre o papel de zelar pelo cumprimento dos fins da instituição, mesmo que firme com esta os acordos que viabilizam o engajamento das partes, exercendo prerrogativas adicionais, caso a Instituição Particular de Solidariedade Social venha a receber ajuda oficial, já que pode decidir quem vai receber o apoio da Administração, quais auxílios serão oferecidos, e como a gestão das atividades será controlada.[439]

---

do grau de doutor em Geografia, orientada pelo Professor Doutor João Manuel Machado Ferrão. 2001, p. 7-9. O crescimento do Terceiro Setor a partir da abertura democrática é um fenômeno abordado pela economia, no mesmo contexto da referência anterior, mas com outras variáveis, pois Estevão vislumbra que as mudanças políticas, do ponto de vista microeconômico, favorecem o associativismo e, do ponto de vista macroeconômico, impulsionam alternativas para as necessidades que não seriam supridas nem pelo setor público, nem pelo setor privado tradicional. Estevão. J. **As Instituições Não-Lucrativas e a Acção Social em Portugal.** Lisboa, Vulgata, 1997, p.55.

[439] A tônica dessa intervenção do Estado na ordem social, junto as Instituições Particulares de Solidariedade Social deriva de um aperfeiçoamentodas relações entre o Poder Público e as misericórdias. Nesse sentido, Fernanda Rodrigues e Stephen Stoer registram: "Pode considera-se que a origem que a origem e desenvolvimento das misericórdias contribuem para a consolidação da cooperação em parceria. De facto, estas instituições, criadas no âmbito da Igreja Católica, negociavam habituamente o fornecimento de serviços sociais com um aparelho estatal muito centralizado, uma tradição que atingiu o seu auge durante o centralismo autoritário do Estado Novo salazarista." A origem dessa prática sedimenta um conjunto de relações contratuais contemporâneas entre Estado e Terceiro Setor em Portugal, pois "(...), hoje a quase totalidade das insterverções no terreno do combate à exclusão ou promoção da coesão social, e de sobremaneira os investimentos que se ligam com programas europeus, pautam-se por critérios de *institucionalização de paternariados*, tomando quase sempre, a forma de *projectos*. Neste sentido, acentua-se a natureza simultaneamente supra-instituições das iniciativas, mas também o formato (que se pretende) vinculativo de colaborações protocoladas." RODRIGUES, Fernanda & STOER, Stephen. **Entre a Parceria e o Paternariado: amigos amigos, negócios à parte.** Oeiras: Celta, 1998, p. 96.

Nesse contexto, é importante mencionar que o esforço do Estado, nos processos de ampliação da regulação, e de suas relações com as entidades privadas referidas, pode ser um esforço de legitimação da ordem vigente, pois estudos de ciências sociais noticiam o protagonismo das Instituições Particulares de Solidariedade Social, evidenciando que em Portugal há um Estado de providência fraco, amparado por uma sociedade de providência forte.[440]

Por isso, O Estado legisla no sentido de provocar o enlace, mas o regulamento editado com o Decreto-Lei 119/83 dispõe expressamente sobre a manutenção da autonomia das Instituições Particulares de Solidariedade Social, pois o primeiro dispositivo da norma define essas entidades, destacando que seus fins estarão voltados para o interesse público, mas as mesmas não podem ser "administradas pelo Estado ou por um corpo autárquico." Nesse senido, o artigo 4º arremata a idéia de independência, prescrevendo que: "O apoio do Estado e a respectiva tutela não podem constituir limitações ao direito de livre actuação das instituições".

Mesmo considerando as prescrições que resguardam a autonomia da Instituição Particular de Solidariedade Social, é necessário registrar que o aludido regulamento lhes impõe um regime jurídico mais rigoroso em relação àquele aplicado às demais entidades privadas reguladas pelo Código Civil, pois o Decreto-Lei 119/83 dispõe sobre a forma de constituição, gerência e extinção dessas organizações, com prescrições rígidas, que permitem a interveniência da Administração Pública, do Ministério Público e do Poder Judiciário, em ações voltadas para a defesa do cumprimento de seus fins estatutários.

Nesse sentido, vale a pena realçar algumas determinações legais que sugerem a estipulação de um modelo de administração derrogatório do direito privado com aspectos que realçam a concepção de um regime publicístico, especialmente delineado para as Instituições Particulares de Solidariedade Social nos seguintes aspectos:

a. Mecanismo de administração que prestigia o compartilhamento de responsabilidade com a criação de dois órgãos colegiados implicados na gestão, sendo um deles especialmente vinculado às atribuições de fiscalização;

[440] A alusão à sociedade de providência forte, mencionada por Rodrigues em dados do Instituto Nacional de Estatística e do Instituto de Gestão Financeira da Segurança Social, apontam a atuação de mais de 3000 Instituições Particulares de Solidariedade Social, em meados dos anos 1990, atendendo a 444.610 utentes dos mais diversos segmentos de serviços, e gerando 46.921 postos de trabalho remunerados. RODRIGUES, F. Pobreza e Exclusão Social : configurações e perspectivas, a intervenção e a formação dos profissionais sociais. In: HOVEN, Rudy van den & NUNES, Maria Helena (Orgs.). **Desenvolvimento e Acção Local.** Lisboa: Fim de Século, 1996, p. 11-34.

b. É obrigatória a realização de concurso ou hasta pública para a seleção do fornecedor da obra e nas hipóteses de alienação e arrendamento de bens imóveis;
c. A extinção da entidade implica a reversão de seus bens para instituições ou serviços oficiais, sempre que possível, de finalidade social idêntica àquela promovida pela organização extinta;
d. A reversão dos bens, por ocasião da extinção da entidade, que foram adquiridos por meio de subsídio público implicará sua destinação à instituição pública responsável pelo fomento, caso outra finalidade não tenha sido convencionada pelas partes mediante acordo;
e. O Estado pode fiscalizar a atuação da entidade privada no desenvolvimento de seus fins, ordenando a realização de inquéritos, sindicâncias e inspecções em sua sede e demais estabelecimentos;
f. Quando o Poder Judiciário observar que a gerência da entidade está prejudicando seus interesses, poderá, com a interveniência do Ministério Público, promover a destituição de sua comissão de administração, designando uma comissão provisória, ou, se for o caso, um administrador judicial;
g. "Quando em inquérito ou sindicância se comprove que o funcionamento dos estabelecimentos ou serviços da instituição decorre de modo ilegal ou gravemente perigoso para a saúde física ou moral dos beneficiários, pode ser determinado o seu encerramento".

Diante dos pormenores observados nesses quesitos, bem se vê o interesse do Poder Público de resguardar que as entidades privadas, portadoras do título de Instituição Particular de Solidariedade Social, desenvolvam regularmente a finalidade pública a que se propõem, independentemente de as mesmas serem ou não auxiliadas em decorrência de acordo celebrado com o Estado.

Na regulação das organizações não lucrativas, o direito português não consebe o título de Instituição Particular de Solidariedade Social para segmentar o Terceiro Setor, ou seja, prestigiar o enquadramento de um grupo específico de entidades privadas sem fins lucrativos, pois as formas institucionais de que podem se revestir as IPSSs nos remete à intenção do legislador de unificar a certificação do segmento.

De acordo com António Teixeira, do Núcleo de Documentação Técnica e Divulgação, da Direcção da Acção Social em Lisboa, as Instituições Particulares de Solidariedade Social podem se revestir das seguintes formas institucionais:

a. Associações de Solidariedade Social – entidades com o fim de exercer atividades voltadas para a segurnça social em qualquer área de socorro dos desfavorecidos, como em saúde, educação, formação profissional, habitação, proteção de crianças e idosos, etc;
b. Associações de Voluntários de Acção Social – instituições constituídas por indivíduos voltados para colaborar na realização dos fins de segurança social, que constituam responsabilidade de outras instituições públicas ou privadas;
c. Associação de Socorros Mútuos – entidades voltadas para promoção da segurança social de seus associados, que podem alargar seus objetivos, atuando em quaisquer áreas de benefício à qualidade de vida, como cultura, lazer e desporto no âmbito da corporação;
d. Fundações de Solidariedade Social – entidades de base patrimonial, que se dedicam a fins de segurança social sem base associativa, por isso não realizam assembléia geral, nem possuem órgão deliberativo, o que é comum aos entes religiosos;
e. Imardandes de Misericórdia – associações, constituídas na ordem jurídica canônica, empenhadas no suprimento de carências sociais, que podem praticar atos de culto católico, o que abrange as misericórdias portuguesas tradicionais;
f. Cooperativas de Solidariedade Social – associações constituídas de acordo com os princípios do cooperativismo, cujo objetivo é proporcionar a seus associados e familiares serviços de segurança social, com base no Código Cooperativo;[441]

Nessa perspectiva, a Instituição Particular de Solidariedade Social acaba se configurando como um gênero, e não uma espécie de entidade do Terceiro Setor em Portugal, por isso, nos processos de aliança entre o Poder Público e essas organizações, o Estado pontuará as características, das instituições passíveis de receberem auxílios públicos para realização de seus fins, ou para o empreendimento de projetos compartilhados.

Com essa engrenagem reguladora, é possível supor que o direito português não valoriza a diversificação do sistema de certificação das entidades do Terceiro Setor, mas,

[441] PORTUGAL. Direcção-Geral da Acção Social; António Teixeira; ed. lit. Núcleo de Documentação Técnica e Divulgação. **As Instituições de Solidariedade Social, as pectos da evolução do seu regime jurídico.** Lisboa: Direcção Geral da Acção Social, 1996, p. 13-25.

nas seções a seguir, vericaremos que o Poder Público observará requisitos voltados para atestar os fins e a idoneidade das organizações não lucrativas, interessadas numa relação mais estreita com o Estado.

5.2 UMA ABORDAGEM DOS CONTRATOS QUE O PODER PÚBLICO FIRMA COM OS PARTICULARES

No direito português encontramos um solo fértil para a discussão dos contratos, que o Estado celebra com o particular, tendo em vista se fazer substituir por este, pois a delegação de serviço público é um instrumento secular, cuja história em Portugal nos remete a um ponto de partida bem anterior àquele que marca o despontar do instituto no direito brasileiro.[442]

Por isso, as identidades que pretendemos realçar começam pelo tratamento jurídico conferido ao contrato de concessão de serviço público, onde é possível verificar, em ambos os países, uma legislação que prestigia a tutela do Poder Público, enquanto titular do serviço, resguardando o direito dos concessionários ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos.[443]

Decerto, as novas figuras contratuais que implicam um relacionamento entre Estado e particular, tendo em vista a concretização de atividades administrativas de

[442] Pedro Gonçalves sugere que o contrato de delegação pode ter sua origem na atribuição de concessões coloniais que se apresentam durante todo período de colonização. "Neste âmbito, exemplo da entrega de poderes a particulares foi o sistema português das *capitanias* e das *donatarias* (utilizado no século XV, primeiramente na Madeira e nos Açores e, depois no Brasil e em algumas praças em Marrocos), que representavam a transferência de poderes públicos administrativos e jurisdicionais para um senhor o *capitão-donatário.* Ao lado destas, as *cartas de doação* (de caráter hereditário) atribuíam a particulares poderes públicos no âmbito da administração da justiça, da cobrança de rendas e tributos e da concessão de terras em sesmaria. A concessão de atributos da soberania a particulares traduzia-se afinal num prolongamento do regime feudal. GONÇALVES, Pedro. **Entes Privados com Poderes Públicos: O Exercício de Poderes Públicos de Autoridade por Entidades Privadas com Funções Administrativas.** Coimbra: Almedina, 2005, p. 40. Maria Sylvia Zanella Di Pietro resgata um fenômeno mais recente do direito administrativo brasileiro, para vislumbrar a atuação de particulares fazendo as vezes do Estado. Nesse caso, remete-se à origem da concessão de serviço público, ainda durante o império de Dom Pedro II. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas.** 4ª Ed. Revista e Ampliada. São Paulo: Atlas, 2002, p. 70-72.

[443] Em síntese, podemos observar, tanto no direito brasileiro como no direito português, a construção de uma legislação que garante ao Estado a possibilidade de exercer amplas prerrogativas na delimitação das condições relacionadas à prestação do serviço, sem deixar de garantir ao particular que explora a concessão, garantias contra os possíveis abusos desferidos pelo Poder Público, sobretudo, naquelas que implicam perdas financeiras que desnaturam o pacto inicialmente firmado entre as partes. Tal relação pode ser observada nas prerrogativas do Estado, enquanto poder concedente nesses contratos, nas seguintes referências: GONÇALVES, Pedro. **Entes Privados com Poderes Públicos: O Exercício de Poderes Públicos de Autoridade por Entidades Privadas com Funções Administrativas.** Coimbra: Almedina, 2005, p. 1025-1028 e WALD, Arnaldo; MORAES, Luiza Rangel de & WALD, Alexandre de M. **O direito de parceria e a lei de concessões: análise das Leis ns. 8.987/95 e 9.074/95 e legislação subseqüente.** 2ª Ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 100-109.

interesse público, apresentam-se de acordo com um modelo desmembrado dos contratos de concessão de serviço público, mas são diversos os fundamentos e as terminologias que observaremos na atualidade.

No final do século XX, o direito português, mergulhado no caldo das transformações, voltadas para mais uma reestruturação do Estado, vai se servir de modelos de contrato utilizados como instrumentos para realizar vários objetivos da reforma ligados à reordenação do controle das instituições públicas da Administração Indireta e também a participação de particulares na gestão de atribuições da potestade.[444]

Preliminarmente, sob a influência do direito francês, o ordenamento jurídico português vai disciplinar os contratos-programa, que inicialmente se constituíram como acordos firmados entre Estado e empresas públicas para "racionalizar" a atividade econômica do Poder Público, numa perspectiva voltada para a negação dos rigores burocráticos próprios da gestão de entidades públicas.[445]

Posteriormente, os contratos-programa também passam a disciplinar os pactos engrenados entre Poder Públicos e particulares, vinculados ao desempenho de

[444] Dentre os objetivos relacionados às alianças com o setor privado, não podemos deixar de registrar que o fomento de organizações não lucrativas mobiliza uma fatia significativa de recursos, cedidos ao Terceiro Setor, por meio de contratos, o que Patrícia Rêgo registra, mencionando o aumento significativo das despesas do Poder Público com as Instituições Particulares de Solidariedade Social, entre 1995 e 1999. "os dados do INE de 1996 apontam para um financiamento estatal correspondente a cerca de 53% da receita total , valor que sobe para 61% em 1999 (Quadro 2). Por outro lado, as transferências financeiras do Orçamento Geral do Estado ao abrigo dos acordos de cooperação com as IPSS tem aumentado nos anos mais recentes, representando em 1995, cerca de 57 milhões de contos e, em 1999, aproximadamente 99 milhões de contos, valores que atingem perto de 70% do orçamento total anual da Acção Social no período referido (1995-1999). Estes financiamentos atestam que o Estado reconhece a estas organizações da sociedade civil uma missão de 'interesse geral' (Cheroutre, 1996, p. 176), acabando por criar instrumentos jurídicos (acordos de cooperação, protocolos, contratos, ...) para regular as relações entre a administração pública e as organizações de solidariedade social no sentido de serem libertados os meios necessários ao desempenho da acção social". RÊGO, Patrícia Maria Alves Pedro Fonseca. **Instituições de Solidariedade Social: Participação Cívica e Desenvolvimento Local.** Dissertação apresentada à Universidade de Évora, com vista à obtenção do grau de doutor em Geografia, orientada pelo Professor Doutor João Manuel Machado Ferrão. 2001, p. 10-11.

[445] Luis Moncada, dispondo sobre o art. 92 da Constituição portuguesa de 1976, enunciou o seguinte: "Os contratos-programa devem em nossa opinião ser celebrados igualmente com as empresas públicas, independentemente de se saber se elas integram o sector público estadual, pois que sendo tais empresas, apesar de orgânicamente integradas na Administração, unidades económicas autónomas, isso só por si justifica a diversificação caso por caso dos objectivos genéricos fixados pelo Plano, para que é apta esta figura contratual. Só assim se conseguirá racionalizar a actividade económica do sector público, fugindo a um autoritarismo burocrático, que tem dado más provas em toda parte." Com essa referência, verificamos o contrato-programa funcionando como um pacto voltado para a flexibilização do regime jurídico de direito público nos moldes do contrato de gestão previsto pelo art. 37 § 8º da Constituição Federal de 1988 no Brasil, que dispõe sobre a flexibilização do regime nos moldes da reforma gerencial, reduzindo a credibilidade do rigor imposto pelo modelo burocrático de administração pública. Tal como os contratos de gestão, os contrato-programa são inicialmente disciplinados para acordos entre Administração Direta e Administração Indireta, por isso não só as empresas públicas estão sujeitas a esse pacto, já que autarquias, fundações e outras estruturas da Administração poderão ser partes. MONCADA, Luis Solano Cabral de. **O Problema do Critério do Contrato Administrativo e os Novos Contratos-Programa.** Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 1979, p. 51-52.

atribuições administrativas numa perspectiva que sugere uma espécie de delegação de serviço público, pois respondendo a questionamento sobre sua natureza jurídica, Luis Solano Cabral de Moncada, chega à conclusão de que as partes aquiescem diante de um pacto sujeito ao regime jurídico de direito público no que tange às prerrogativas do Estado e garantias do particular.[446]

Provavelmente, os contratos de concessão de serviço público e os contratos-programa são dotados de atributos que influenciam as novas formas de aproveitamento do particular na gestão de atividades administrativas, pois outras figuras contratuais no direito português vão se ocupar desse tipo de relacionamento, o que se observa com o advento dos acordos de cooperação e dos acordos de gestão.[447]

Os novos instrumentos contratuais não sucedem os contratos de concessão e os contratos-programa, pois sua inserção no ordenamento jurídico português não implica exclusão dos modelos em vigor anteriormente. Contudo, não podemos deixar de registrar que a captura de particulares, para gestão de tarefas públicas, propõe-se posteriormente com uma nova tônica, pois os pactos da nova geração podem permitir um regime jurídico com contornos de direito privado mais significativos.

Os acordos de cooperação e os de gestão aportam no ordenamento jurídico português, vinculados a um regime jurídico influenciado por um movimento de privatização, que afeta o direito administrativo como um todo, mas que recai especialmente sobre os contratos administrativos.[448]

No caso específico das figuras contratuais referidas, registra-se, como característica comum, a natureza social dos serviços prestados pelo setor privado, onde a nova amarração do regime jurídico se atribui à mudança da natureza da relação entre

---

[446] O problema de pesquisa do texto de Luis Moncada questiona se o contrato-programa é um contrato administrativo, por isso o jurista, observando a flexibilização do conceito de serviço público, observa que o regime exorbitante ao direito comum se observa nesses pactos, mesmo que esses não estejam submetidos à jurisdição administrativa derivados do litígios deles decorrentes. MONCADA, Luis Solano Cabral de. **O Problema do Critério do Contrato Administrativo e os Novos Contratos-Programa.** Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 1979, p. 54.

[447] LUÍS, António Santos. As Instituições Particulares de Solidariedade Social e a Acção Social em Portugal. In: BARROS, Carlos Pestana & SANTOS, José C. Gomes (Editores). **As Instituições Não-Lucrativas e a Acção Social em Portugal.** Lisboa: Vulgata, 1997, p. 131.

[448] Estamos nos reportando ao esvaziamento do regime jurídico de direito público, que a literatura especializada chama de fuga para o direito ou fuga do direito administrativo, observando aqui um contexto onde a privatização é verificada em seu sentido lato, ou seja, além fronteiras neoliberais delimitadas pelo enxugamento da máquina administrativa do Estado. Já tivemos a oportunidade de citar referências para o embasamento dessa idéia nas obras de Paulo Otero, Vital Moreira, Eva Daroca, entre outros e merece especial relevo a dedicação da professora Maria João Estorninho sobre o tema na sua dissertação de doutoramento sob o título "A Fuga para o Direito Privado"

Estado e particulares, que supostamente não se constitui como uma forma de delegação de serviço, e sim como uma forma de parceria.[449]

É possível verificar que a regulação dos acordos de cooperação e dos acordos de gestão, previstos pela Lei 28/84, regulamentada pelo Despacho Normativo 75/92, remete-nos à construção de instrumentos contratuais disciplinados pelo direito brasileiro, que permitem ao Estado condições semelhantes de relacionamento com o Terceiro Setor, para o desenvolvimento de atividades sociais.

Contudo, no direito português vamos observar algumas particularidades na legislação, que prejudicam um processo comparativo de caráter estrito, pois o plano nacional de ação social, disciplinado pela Lei 28/84, não dispõe sobre a integração das políticas públicas do governo central em relação às Administrações locais, e os modelos contratuais concebidos pela norma não se encaixam perfeitamente na configuração dos contratos de gestão e dos termos de parceria, disciplinados pelo direito brasileiro.

Nesse contexto, averiguamos que a regulamentação dos acordos de cooperação e dos acordos de gestão se dá tanto ao nível do governo central, que atua através dos centros regionais de segurança social, como ao nível dos governos locais, que atuam de acordo com a orientação das autarquias, que representam as câmaras municipais.

Por isso, o governo se faz presente na execução de políticas públicas de assistência social em dois níveis de administração, onde se destaca um elevado nível de autonomia das autarquias gestoras das câmaras municipais, apesar de Portugal não estar submetido à forma federativa de organização política do poder político.

---

[449] A tentativa de abstrair a natureza da atribuição do serviço como uma parceria pode decorrer da finalidade lucrativa dos serviços públicos concedidos, que admitem o lucro das instituições privadas vinculas à exploração á atividade pública, via de regra, financiada por tarifas pagas pelos usuários dos serviços. Como nos serviços sociais é incomum a contraprestação do cidadão, dada a perspectiva do Estado de garantir o acesso da sociedade ao gozo de direitos fundamentais de raiz, é provável que descaracterizar a delegação de serviço pública seja uma forma de promover a idéia da não lucratividade do objeto a partir da natureza jurídica da instituição prestadora do serviço, a qual será sempre uma pessoa jurídica de direito de privado sem fins lucrativos. Não podemos, contudo, negar que os contratos atribuem ao particular a prestação de serviço, utilizando uma estratégia de transferência próxima daquela observada no sistema de delegação. No direito administrativo francês, a descrição dos serviços públicos delegáveis abarca não só aqueles serviços delegados pela vontade do legislador ou por sua natureza comercial e/ou industrial, mas também admite a possibilidade de atividades sociais serem objeto de delegação, no seguinte registro: *"Un certain nombre de services publics que l'on peut qualifier de <sociaux> par commodité – cette qualification n'ayant aucune portée juridique – peveut être delegue à dês entreprises privées ou dês associações (1) même si ceaux-ci sont difficilement rentables. On peut ainsi citer les crèches (2), les maisons de jeunes (3), les haltes-gaderies, les bains-douches, les théâtres municipaux, les centres de congrès (4), les équipementes de loisis, les piscines, les monuments historiques"* AUBY, Jean-François & RAYMUNDIE, Olivier. **Le Service Public: Droit national et droit communautire, Régime juridique et categories e Modes de gestion.** Paris: Éditions du Moniteur, 2003, p. 428-429.

Tudo indica que a Administração Pública portuguesa, tanto no âmbito do governo central como no dos governos locais, tem buscado uma forma de relacionamento com o Terceiro Setor com características, que pelo menos em tese, se aproximam do modelo de fomento proposto para as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, por meio de acordos chamados de termos de parceria.

Mas, no Brasil, a política nacional de assistência social definida pela Lei 8.742/93 propõe um pacto federativo para a distribuição das competências, que concentra a execução das políticas públicas sociais, de amparo aos desfavorecidos, na alçada dos governos locais, ou seja, no âmbito dos municípios, sendo o governo central, representado pela União, incumbido de cuidar do planejamento das atividades, para que a ação social do governo se desenvolva com uma identidade nacional.

Além disso, a estrutura do pacto federativo brasileiro é marcada por uma forte hipertrofia do governo federal, que representa o centro da política nacional, o que justifica a tendência de uniformização da regulamentação da matéria, referente à parceria entre Estado e OSCIPs, pois a Lei 9.790/99 não se aplica a todas as unidades da federação, mas a Lei 11.743/00, no Estado de Pernambuco, reproduz de forma quase literal seus comandos.

Apesar das dissemelhanças apresentadas entre Brasil e Portugal na regulação pertinente à ação social, especialmente no segmento de assistências aos utentes em situação de hipossuficiência, é possível observar que a legislação desses países prestigia o trabalho do Terceiro Setor e incentiva a aproximação entre Estado e instituições sem fins lucrativos, por meio de pactos, onde a instituição privada assume primordialmente a função de executar o empreendimento, enquanto o Poder Público se ocupa da tutela, auxiliando e fiscalizando o desenvolvimento dos projetos conjuntos.

A partir deste ponto, começamos uma abordagem que nos remete á descrição das Instituições Particulares de Solidariedade Social e dos acordos que permitem o elo entre essas entidades e o Poder Público, mas nosso interesse posterior a esse esboço se concentra na investigação de características da tutela relacionadas com forma de seleção das entidades privadas, fontes de fomento e técnicas de controle alçadas pelo Estado nesse relacionamento.

5.2.1 **Os acordos para a promoção da seguridade social**

A seguridade social em Portugal é um sistema de proteção social, que pretende proteger os cidadãos em dois contextos, pois enfrenta as situações adversas decorrentes da condição de trabalho do indivíduo, mas também focaliza o cidadão como ser humano, diante das mais diversas hipóteses de risco, que diminuem ou prejudicam sua subsistência.[450]

A Administração Pública portuguesa tende a estruturar vínculos diversos com a Instituições Particulares de Solidariedade Social, por meio de pactos, relacionados com a promoção da segurança social, pois, diante da distinção dos objetivos estipulados pela Lei 28/84, observa-se um conjunto de elementos, que vão particularizar a promoção das políticas públicas nos segmentos aludidos.[451]

Na investigação sobre os acordos voltados para a promoção da segurança social, o foco está determinado na observação do sistema de proteção social, que o Estado organiza para servir o indivíduo em sua condição de cidadão hipossuficiente, independentemente de sua condição de trabalhador, pois é através desse segmento que o Poder Público pode se aproximar da sociedade civil por meio de ajustes, supostamente voltados para integrar o trabalho da Administração Pública e das organizações não lucrativas.

Nesse caso, nosso olhar se debruça sobre políticas públicas onde o Estado organiza um sistema de proteção civil, com engrenagens muito complexas, pois a demanda é diversificada em função da multiplicidade das situações de risco que podem acometer o indivíduo, já que a tutela pode recair na infância, na velhice, na tóxico-dependência, na segregação racial e nos demais fatores, que diminuam ou prejudiquem a subsistência das pessoas.

---

[450] Os dois focos que dividem a atuação da seguridade social podem ser verificados nos objetivos do sistema determinados no artigo 2º da Lei 28/84: "1 – O sistema de segurança social protege os trabalhadores e suas famílias nas situações de falta ou diminuição da capacidade para o trabalho, do desemprego involuntário e da morte, e garante a compensação de encargos familiares. 2 – O sistema de segurança social protege ainda as pessoas que se encontram em situação de falta ou diminuição de meios de subsitência."

[451] António Santos Luís faz esclarecimentos pontuais sobre a ação social em Portugal, vislumbrando a importância pronunciada das IPPSs, para a segurança social, ao elucidar que tais instituições sem fins lucrativas possuem mais relevo do que o Estado, na visão da comunidade portuguesa. E realça que os acordos realizados pelo Poder Público com as IPSSs pronunciam o subsídio financeiro (Em 1995 70% do orçamento da ação social foi transferido para as IPSSs por meio de acordos), mas abarcam outros apoios como a cessão de espaços público, para o desenvolvimento de projetos sociais, que podem ser temporariamente amparados por recursos humanos da Administração Pública. LUÍS, António Santos. Política da acção Social em Portugal. BARROS, Carlos Pestana & SANTOS, José C. Gomes (Editores). **As Instituições Não-Lucrativas e a Acção Social em Portugal.** Lisboa: Vulgata, 1997, 244-252.

Além disso, é necessário registrar que a organização do sistema de proteção social pode ter que se estruturar com múltiplas aparências, nas mais diferentes localidades, porque as populações, muitas vezes, apresentam situações de risco dotadas de particularidades, já que algumas comunidades carentes apresentam um perfil particular, porque a carência decorre de uma ou de várias adversidades específicas.

No foco do sistema de proteção civil referido, bem se vê que a execução das políticas públicas tende a se concentrar nas mãos dos governos locais, cuja atuação muitas vezes se estabelece de forma paralela a uma rede de segurança social, montada pela iniciativa privada, cuja eficiência, na tutela dos hipossuficientes, denpende de várias razões, dentre as quais se destaca a projeção qualitativa e quantitativa da demanda, e o estágio de amadurecimento e autonomia do Terceiro Setor.

Preliminarmente, vamos dirigir nossa atenção para a legislação que dispõe sobre a seguridade social portuguesa no âmbito nacional, reconhecendo que as câmaras municipais também se integram às ações do sistema de proteção civil do Poder Público e da iniciativa privada, por meio de acordos, ou seja, pactos voltados para associar Estado e organizações não lucrativas, no desenvolvimento de atividades, onde as partes possuam interesses convergentes.

A Lei 28/04 faz alusão expressa aos elementos que determinam as relações do Estado com as organizações não governamentais, estabelecendo o acordo como caminho para a constituição de uma aliança entre as partes, onde o Poder Público exerce a função de tutor, ou se reserva o poder de "inspecção e fiscalização," nos termos do artigo 66 da Lei.[452]

Para observar objetivamente os pactos desenvolvidos entre as instituições publicas da seguridade social de âmbito nacional e as organizações não lucrativas, vamos descrever os acordos de gestão e de cooperação, sob a disciplina do Despacho Normativo 75/92, norma que regulamenta os ajustes citados pela Lei 28/84, alterando o Despacho Normativo 12/88, num aparente esforço de aperfeiçoamento da regulação,

[452] No artigo 66º da Lei 28/84, observamos a base das relações entre Estado e Instituições Particulares de Solidariedade Social, mas observaremos que a legislação posterior a esse diploma permite que outras entidades do Terceiro Setor venham a firmar acordos com o Poder Público, mas de acordo com as diretrizes desse dispositivo: "1) O Estado reconhece e valoriza a acção desenvolvida pelas instituições particulares de solidariedade social na prossecução de objectivos da segurança social. 2) O Estado exerce em relação às instituições particulares de solidariedade social acção tutelar, que tem por objectivo promover a compatibilização dos seus fins e actividades com os do sistema de segurança social, [tendo em vista] garantir o cumprimento da lei e defender os interesses dos beneficiários. 3) A tutela pressupõe poderes de inspecção e de fiscalização, que são exercidos, nos termos da lei respectivamente por serviços da administração direta do Estado e pelas instituições de segurança social."

inclusive para dar aplicabilidade a disposições de outras normas, como o Decreto-Lei 119/83 – Estatuto das Instituições Particulares de Solidariedade Social, e o Decreto-Lei 246/90 – Código das Cooperativas.[453]

O Despacho Normativo 75/92 estabelece que os acordos entre Poder Público e Terceiro Setor possibilitam o ajuste entre os centros regionais de segurança social com instituições sem fins lucrativos dotadas dos requisitos necessários para a celebração de acordos de cooperação e/ou de acordos de gestão, a depender dos objetivos da colaboração entre as partes.

A referida norma prescreve que a colaboração entre Estado e organizações não governamentais se estabelecerá para "o apoio a crianças, a jovens, aos deficientes, à família, (...)", bem como as demais formas de carência e marginalização social, mas o que diferencia as modalidades de ajuste é, a priori, a possibilidade de as organizações não lucrativas, ao firmarem acordo de gestão, receberem a cessão de instalações, serviços e estabelecimentos "que devam manter-se afectados ao exercício das atividades do âmbito da acção social".

Os objetivos para o apoio de cada segmento são descritos pela norma, que também dispõe sobre o rol dos estabelecimentos sociais onde as atividades das organizações não governamentais poderão ser desenvolvidas, sem abrir margem para discricionariedade administrativa, pois o elenco da Lei especifica todas as estruturas de apoio à ação social, como creches, lares para idosos e centros de tratamento para tóxico-dependentes.

O Despacho Normativo 75/92 define condições para que os acordos entre o Poder Público e o Terceiro Setor sejam celebrados, partindo da perspectiva de que o Estado deverá receber as propostas de colaboração lançadas pelas organizações não governamentais que deverão cumprir algumas condições para a constituição do pacto, que a Norma XII enuncia em três pontos: a. qualificação da organização não governamental; b. comprovação da necessidade real da comunidade a ser favorecida; e c. disponibilidade dos recursos inerentes à execução do projeto.

No que diz respeito ao primeiro item, é importante ressaltar que a norma aludida faz menção ao registro das instituições, e ao licenciamento dos estabelecimentos, sem

[453] A norma é munida de uma justificativa anterior à sequência de suas disposições que evoca os elementos alterados na legislação anterior, com a menção de pontos que sugerem um aperfeiçoamento normativo, pois observa-se alusão ao alargamento das instituições privadas que podem pactuar com o Estado, melhoria na caracterização das atividades, especificação de normas relativas à cessão de bens públicos a particulares e previsão da estrutura do órgão de tutela dos contratos.

determinar quais são as condições para o registro e para o licenciamento relativo ao funcionamento da entidade do Terceiro Setor.

A segunda condição chama a atenção por uma forte carga de subjetividade vinculada ao cumprimento do requisito, pois a instituição sem fins lucrativos pode avaliar a necessidade de investimento com uma visão limitada, e a Administração Pública, marcada pelo alcance de prioridades do governo também pode estabelecer um olhar político na delimitação das prioridades.

Na terceira condição enunciada, temos que evidenciar situações distintas a depender da modalidade de ajuste, pois, no caso dos acordos de cooperação, a organização não governamental precisa demonstrar que suas instalações são adequadas para a realização do projeto social; já nos acordos de gestão, a instituição sem fins lucrativos precisa mostrar seu acesso aos recursos técnicos, humanos e materiais adequados para promover o efetivo aproveitamento do espaço cedido pelo Poder Público.

É relevante realçar que o Despacho Normativo 75/92 determina, para os acordos de gestão, maior rigor na delimitação das relações entre Poder Público e organizações não governamentais, porque o pacto deverá estar obrigatoriamente munido de informações relativas à realização de obras nos espaços públicos, conjunto de recursos humanos agregados à prestação dos serviços, dados sobre a capacidade máxima de atendimento do equipamento, e o número de utentes atendidos preliminarmente.

Nos acordos de cooperação, como não há perspectiva de cessão de espaços públicos para a promoção do projeto, a norma prevê que, se o projeto se propõe a beneficiar cidadãos em situação de risco, é necessário dispor sobre as condições quantitativas e qualitativas do atendimento, determinando quais apoios técnicos e financeiros cabem a cada parte. Nesse caso, não há menção ao contingente de pessoas agregadas à execução do trabalho social, com indicação de nome, categoria, função e remuneração, nem é preciso determinação das obras a serem realizadas, nem o inventário do mobiliário das instituições públicas, pois as mesmas não são cedidas, em função da natureza do ajuste.[454]

A legislação sob análise dispõe de igual forma sobre as regras de formalização e execução dos acordos de cooperação e dos acordos de gestão, determinando o início da

[454] No Despacho Normativo 75/92, esse rigor mais denso apresentado nos acordos de gestão em relação aos acordos de cooperação se evidencia nas Normas XIX, XX e XXI, que dispõem respectivamente sobre as cláusulas essenciais aos acordos de cooperação, aos acordos de gestão e aos anexos desses acordos.

vigência do pacto no dia hum do mês seguinte a sua celebração, as hipóteses de revisão, a possibilidade de cessação do acordo, a qualquer tempo, de acordo com o interesse das partes, desde que os utentes por ele beneficiados não sofram prejuízo. A rescisão contratual também é possível em caso de imprevisão, alheia à vontade das partes, desde que seja possível restabelecer a execução do pacto em 180 dias.

Contudo, a duração dos acordos depende de sua natureza, pois os de cooperação são firmados no prazo de hum ano, enquanto os de gestão são celebrados para durar pelo período de três anos, sendo, nas duas hipóteses, possível a prorrogação dos pactos por igual período, a depender do interesse e da disponibilidade do Poder Público.

Decerto, o ponto mais delicado dos acordos de cooperação e de gestão está na execução dos pactos, pois às instituições sem fins cabe o cumprimento dos compromissos específicos definidos no ajuste, mas é provável que o sucesso do projeto social partilhado entre Estado e Terceiro Setor dependa das condições da tutela exercida pelo Poder Público.

A Norma XXXII do Despacho Normativo 72/95 dispõe sobre a formação da comissão de avaliação responsável pelo acompanhamento dos acordos de cooperação e de gestão, sem determinar aspectos específicos de seu *modus operandi,* sobretudo nas hipóteses em que a fiscalização desses pactos suscitar irregularidades, no cumprimento dos compromissos das organizações não governamentais.

Diante da perspectiva de inadimplência das instituições sem fins lucrativos apoiadas pelo Estado, seria pertinente supor que a lei específica viesse a se ocupar do processo de responsabilização, e das consequências decorrentes da promoção da responsabilidade, inclusive no que diz respeito à previsão das sanções, aplicáveis à entidade privada comprovadamente inadimplente.

No Despacho Normativo 72/95, o esforço de regulação dos apoios fornecidos pelo Poder Público ao Terceiro Setor, mediante acordos de cooperação e gestão, é louvável, mas o sucesso desse caminho de aproximação entre Estado e organizações não governamentais, para a promoção da seguridade social, pode depender mais do ator público que dos atores privados, pois o nível de engajamento dos projetos sociais com as prioridades da sociedade, e a eficiência das ações dependem do rigor da seleção dos parceiros, e do controle da entidade responsável pela execução empreendimento social.

Em Portugal, o Terceiro Setor se apresenta através de instituições de diversos graus de organização, muitas vezes preparadas apenas para erguer a bandeira do apoio ao interesse público, mas sem o suporte administrativo e financeiro necessários para o

desenvolvimento de seus fins estatutários, por isso a tutela do Estado precisa ser efetivamente abrangente.[455]

5.3 A AÇÃO SOCIAL DIANTE DO TERCEIRO SETOR NA CÂMARA MUNICIPAL DE LISBOA

As diretrizes de investigação vinculadas à tese que propomos, focalizam as relações do Estado com o Terceiro Setor ao nível dos governos locais, porque a execução de políticas públicas de assistência social, relacionadas à carência das populações hipossuficientes, tende a se concretizar nos espaços onde as pessoas carentes se concentram, por isso o município será possivelmente o ente mais chamado a assumir esse papel de destaque, na produção dos bens e serviços agregados aos sistemas de proteção civil.[456]

Essa premissa é apenas uma das justificativas que apontam nosso olhar para as relações do Poder Público com as instituições sem fins lucrativos perante a Câmara Municipal de Lisboa, pois nessa municipalidade encontramos território fértil para refletir sobre vários pontos do relacionamento entre esses entes. A reflexão se estende aos seguintes aspectos: aperfeiçoamento da regulação, adaptação do Terceiro Setor aos planos de ação social do Estado, as quebras de expectativa do processo de associação, as limitações do fomento público, dentre outras que debateremos adiante.

No primeiro contato com o Departamento de Acção Social da Câmara Municipal de Lisboa, o acesso à legislação, a relatórios oficiais e a experiências, observadas nos

---

[455] A idéia de heterogeneidade e fragilidade do Terceiro Setor em Portugal deriva do impulso da ação social, fundamentada nas relações de parentesco e vizinhança. Por isso cada solidariedade seria particular pela vivência do seu caldo de cultura, e do enfrentamento das adversidades estritas do seu espaço de atuação. Nessa perspectiva, as instituições de solidariedade social acabam focalizando preferencialmente as demandas do seu entorno. Nessa perspectiva, João Arriscado Nunes discorre sobre a "dificuldade de em conceber a solidariedade para com desconhecidos," ao vislumbrar as características das solidariedades primárias portuguesas. NUNES, João Arriscado. **Com mal ou com bem, aos teus te atém: As solidariedades primárias e os limites da sociedade de providência.** Revista Crítica de Ciências Sociais, n.º 42, Maio de 1995, p. 21.

[456] A emergência da política social de caráter local não é matéria passível de ser vislumbrada apenas tecnicamente nos estudos sobre os benefícios da descentralização administrativa, pois é na cidade que as demandas se revelam emergentes, impulsionando a atuação urbana dos grupos do Terceiro Setor voltados para as mais diversas necessidades sociais da política da municipal, ou seja, não há como separar ação social, ONGs e política urbana. Apoiando essa relação entre movimentos sociais e política urbana, Henri Lustiger-Thaler and Louis Maheu enunciam que *"Indeed, the local scene, particularly the growing importance of urban politics in the overall state system, is key to the emergence of social, cultural and political cross-fertilizations that are dramatically reordering public and private sapace"*. THALER-LUSTIGER, Henri; MAHEU, Louis. & MELUCCI, Alberto. Social Movements and the Challenge of Urban Politics. In: MAHEU, Louis (Org.). **Social Movements and Social Classes.** London: SAGE, 1995, p. 151.

enfrentamentos dos juristas do órgão, dão conta de um cenário que mostra estreita aproximação entre Portugal e Brasil. Nessa perspectiva, as relações do Estado com o Terceiro Setor são semelhantes, em aspectos de caráter macro, pois nos dois países observaremos uma regulação em processo de experimentação, organizações não governamentais, em muitos casos, pouco estruturadas, limitações dos cofres públicos para fomento, e a voracidade das instituições sem fins lucrativos pelo financiamento estatal.

Preliminarmente, é importante dar notícia da engrenagem de funcionamento da Administração Pública em Portugal, que atua em dois níveis de governo, sendo as unidades locais aparentemente portadoras de uma margem de autonomia administrativa generosa, mesmo que os dois polos da Administração compartilhem competências executivas, como se observa no caso da ação social para proteção civil dos desfavorecidos.[457]

Em Portugal, a política nacional de ação social de assistência aos hipossuficientes coloca muitos atores na frente da trincheira das prestações que serão disponibilizadas às populações carentes, pois as instituições públicas do sistema nacional de proteção social devem atuar articuladas com o serviço municipal de proteção civil, e a Administração Pública, nos dois níveis, propõe-se à valorização e ao engajamento do Terceiro Setor nas políticas públicas desse segmento.

Não há uma repartição estrita de tarefas entre as Administrações Públicas nos âmbitos nacional e municipal, por isso as situações de risco decorrentes da infância, da velhice, da tóxico-dependência, da violência doméstica, da segregação racial, e demais áreas de assistência social são enfrentadas pelo Poder Público em conjunto, independentemente da matéria, ou do tipo de instrumentos de gestão administrados.

No engajamento entre Poder Público e organizações não governamentais, o processo de aproximação conta com a iniciativa das instituições sem fins lucrativos que batem às portas do Estado, solicitando apoio para projetos sociais nas mais diversas áreas de interesse, o que favorece o relacionamento entres os governos locais e o Terceiro Setor, dada a posição da Administração Pública nesse patamar mais próximo da sociedade civil.

Mas o aperfeiçoamento desse elo, entre Estado e organizações não governamentais, é um desafio para esses entes, pois o Poder Público precisa encontrar

[457] MOREIRA, Vital. **Administração Autónoma e Associações Públicas.** Coimbra: Almedina, 2003, p. 376.

caminhos para selecionar os projetos sociais, de apoio ao Terceiro Setor, mais adequados à política do governo, e ainda é necessário observar a disponibilidade de recursos para fomento e o controle dos acordos firmados para a execução dos serviços sociais.

Na Câmara Municipal de Lisboa, a menção às dificuldades foi apresentada por meio de documentos que comprovam que a Administração Pública está em busca de uma reestruturação do modelo fomento às organizações não governamentais. Nesse sentido, há dificudades relacionadas à seleção dos projetos, à disponibilidade de recursos públicos suficientes para o apoio, e ao controle dos acordos executados pelas instituições sem fins lucrativos.

Em investida realizada no Departamento de Acção Social de Lisboa em maio de 2008, encontramos notícia do projeto de regulamento de atribuição de apoios ao Terceiro Setor, em curso no município, e nos deparamos com uma estrutura de fomento, com regulação precária, onde o Poder Público parece estar experimentando a relação com as organizações não governamentais.

A precariedade da regulação deriva das lacunas da Lei 5-A/2002, norma que disciplina o quadro de competências e o regime jurídico de funcionamento dos órgãos e das freguesias municipais, dispondo sobre os protocolos de colaboração, que vinculam a municipalidade às instituições do Terceiro Setor, agregadas aos projetos sociais apoiados pelo Estado, por meio de suas fontes de fomento, dada a singeleza da norma reguladora nesse sentido.[458]

A situação de experimentação das partes, na celebração de acordos voltados para o fomento estatal de projetos sociais executados pelo Terceiro Setor, decorre, sobretudo, de regras que a municipalidade vai impondo às organizações não governamentais, antes e após a celebração do protocolo de colaboração entre as partes, pois, na falta de diretrizes determinadas pela legislação, o município parece conceber uma forma de regulação consuetudinária, que deriva das experiências acumuladas nos acordos já firmados.

---

[458] O art. 67 da Lei 5-A/02 exaure a regulação dos apoios às organizações não governamentais, dispondo sobre as atividades que podem ser objeto dos acordos, e as instituições que podem celebrar o pacto, determinando, de forma vazia, que as partes devem assumir direito e deveres entre si, e que o ajuste deverá dispor sobre o acesso da sociedade às instalações e bens móveis do setor público, vinculados ao contrato. A citação literal do dispositivo prescreve: "As competências previstas nas alíneas *l)* do nº 1, *j)* e *l)* do nº 2 e *b)* e *c)* do nº 4 do artigo 64º podem ser objeto de protocolo de colaboração, a celebrar com instituições públicas, particulares e cooperativas, que desenvolvam a sua actividade na área do município, em termos que projetam cabalmente os direitos e deveres de cada uma das partes e o uso, pela comunidade local, dos equipamentos."

Nesse ensaio travado entre o Poder Público e as instituições sem fins lucrativos em Lisboa, é possível perceber algumas particularidades próprias do modelo de fomento local, que possivelmente se apresentam em outras cidades portuguesas, dentre as quais merecem destaque as seguintes:

a. Como as organizações não governamentais provocam a colaboração do Poder Público sem conhecimento das prioridades da política do governo, é possível que algumas dificuldades sejam observadas na adequação do trabalho do Terceiro setor às metas de cobertura dos serviços oficiais de proteção civil;
b. Considerando que a legislação não delimita um lapso de tempo certo para a solicitação de fomento público, as entidades do Terceiro Setor provocam o Poder Público, em qualquer época, o que dificulta o julgamento meritocrático dos projetos, desfavorecendo a gestão orçamentária adequada dos recursos financeiros repassados a título de auxílio;
c. O Departamento de Acção Social de Lisboa revela que o apoio das instituições sem fins lucrativos para a execução dos protocolos de colaboração pode se revelar em apoios financeiros ou não financeiros, mas é perceptível que a forma mais frequente de auxílio se dá com a cessão de equipamentos, ou seja, instalações, bens móveis, aplicados à execução dos serviços sociais, e outros recursos técnico-logísticos;
d. Há uma preocupação da Câmara Municipal de Lisboa com a capacidade administrativa e financeira da organização não governamental, no que diz respeito à execução dos projetos, pois é frequente a situação na qual o Poder Público cede instalações que não possuem a estrutura necessária para a realização do projeto;
e. A cessão de bens móveis e imóveis é uma prática comum de fomento na municipalidade aludida, especialmente das edificações, mas a cessão de agentes públicos é um fenômeno ainda não registrado oficialmente;
f. A Lei 5-A/02 não faz menção aos instrumentos de controle de que se pode valer o município para fiscalizar a execução dos protocolos de colaboração, fragilizando as expectativas de o poder Público lograr êxito com esses empreendimentos;
g. Não podemos deixar de registrar que o protocolo de colaboração é uma figura contratual específica que não encontra guarida na legislação que disciplina a Política Nacional de Ação Social, disposta na Lei 28/84, cuja regulação recai

sobre os acordos celebrados entre Estado e Terceiro Setor, instituindo os acordos de gestão e os de cooperação.

As adversidades, provocadas por uma regulação insipiente dessa engenharia de colaboração e fomento entre o Poder Público e as organizações não governamentais, em Lisboa, despertou o interesse da municipalidade pelo aperfeiçoamento da regulação, razão pela qual aludimos ao Projeto de Regulamento de Atribuição de Apoios pelo Município de Lisboa.

Na nova pauta de normatização do vínculo a ser estabelecido, entre governo municipal e instituições sem fins lucrativos, para a promoção da assistência social, salta aos olhos a mudança do modelo contratual, pois vamos observar uma proposta de reordenação dos contratos-programas. Nessa perspectiva, vale registrar que, mais uma vez, a Câmara Municipal de Lisboa preteriu os acordos de gestão e acordos de cooperação, dispostos na legislação em nível nacional.

5.3.1 **O contrato-programa**

O contrato-programa é um instrumento de regulação adotado pelo direito português, com a perspectiva da sua matriz francesa, pois se traduz como um contrato de colaboração entre instituições públicas, sendo tal cooperação técnica e financeira voltada para a melhoria da eficiência dos polos de atuação setorial do Poder Público.[459]

Nesse contexto, é importante ressaltar que a principal inspiração do contrato está na possibilidade de uma aliança entre instituições públicas dos níveis de governo, onde o objetivo subjacente do ajuste está na busca de harmonia na regência da orquestra, por isso os instrumentos do governo central e local precisam estar afinados, para produzir uma música uniforme.

Essa uniformidade acaba plantando uma relação onde a Administração do centro viabiliza os meios, mas pressupõe um acerto de contas decorrente dos resultados de seu investimento, o que aperfeiçoa não só as relações de coordenação, mas, sobretudo, a

[459] É notória a discussão em Portugal, sobre a abertura de "um campo contratual" entre os atores públicos e privados, associados à administração pública, com ênfase para o controle, nos espaços de ação social, onde se desenvolvem atividades de utilidade pública e interesse geral com a ajuda de particulares. JEANTET, Thierry. **A Economia Social Européia.** Tradução de J. F. e F. M. Lisboa: Poseidon, 2002, p. 135.

determinação de um modelo de controle, capaz de possibilitar, à entidade contratante, uma margem objetiva de ação tutelar, em relação à instituição contratada.

De acordo com o artigo 1º do Decreto Lei 384/87, observamos que os contratos-programa podem ter natureza pluripessoal, abarcando vários entes em um dos polos do contrato. Nesse sentido, registramos a possibilidade do Estado contratar com instituições privadas, quando essas atuarem como concessionárias dos municípios, mas a legislação realça seu foco voltado para a nacionalização das políticas da Administração Pública.

A priori, o dispositivo legal aludido trata diplomaticamente do sentido da cooperação entre os níveis de governo signatários, mas na interface entre as partes, há um polo que colabora, e outro que recebe a colaboração. Nesse caso, a tomada de decisão conjunta envolve a cessão de uma parcela, mesmo que diminuta, da autonomia do ente que se vale do apoio, de acordo com a prescrição transcrita:

> 1- O presente diploma estabelece o regime de celebração de contratos-programa de natureza sectorial ou plurissectorial no âmbito da cooperação técnica e financeira entre a administração central e um ou mais municípios, associações de municípios, empresas concessionárias destes e empresas de capitais maioritariamente públicos em que os municípios tenham participações sociais e que exerçam a sua actividade no domínio dos sectores definidos no artigo 3.º
> 2- A celebração de contratos-programa enquadra-se no sistema de incentivos orientadores de investimentos públicos de âmbito municipal e supramunicipal, no quadro dos objectivos de política de desenvolvimento local, regional e sectorial.
> 3- Os contratos-programa têm por objecto a execução de um projecto ou conjunto de projectos de investimentos que, envolvendo técnica e financeiramente um ou mais municípios e departamentos da administração central, resultem de um processo de decisão colegial dos órgãos municipais e respeitem as regras e condições fixadas no presente diploma.
> 4- No caso de o objecto do contrato-programa incluir a execução de projectos de que possam beneficiar entidades privadas ou empresas públicas, podem estas ser admitidas como partes contratantes.

Os contratos-programa, disciplinados pelo Decreto-Lei 384/87, com alterações posteriores dos Decretos-Lei 157/90 e 319/01, são instrumentos do direito português com referência análoga no direito brasileiro, pois o contrato de gestão, disposto no § 8º do artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil, tem uma descrição legal muito aproximada.

Assim como ocorre no Brasil, onde o contrato de gestão foi redesenhado pela Lei 9.637/98, para permitir que o Estado se vincule a instituições privadas, tendo em vista a promoção de fomento de atividades sociais, em Portugal observamos fenômeno idêntico, com o alargamento do campo de incidência do contrato-programa, verificado no

Projecto de Regulamento de Atribuição de Apoios pelo Município de Lisboa, pois o Decreto-lei 384/87 não dispõe sobre a constituição desses pactos para a realização de arranjos de cooperação com organizações não governamentais.

Apesar disso, não podemos deixar de mencionar que o artigo 3º do Decreto Lei 384/87 dispõe sobre o objeto dos contratos-programa, evidenciando o alcance de áreas em que o Poder Público supõe o interesse de fomentar o Terceiro Setor, tais como: "cultura, tempos livres e desporto; educação, ensino e formação profissional; juventude, através da criação de infra-estruturas necessárias para apoiar os jovens; h) protecção civil; habitação social, etc.".

No âmbito da Administração Publica municipal, vamos observar o contrato-programa diante da proposta de regulação em trânsito na Câmara Municipal de Lisboa, por isso os aspectos concernentes a formalização, execução e extinção do pacto serão, a partir desse momento, pontuadas de acordo com o projeto de regulamento de atribuição de apoios a esse município.

Nessa perspectiva, propomos uma reflexão sobre o modelo de regulamento, apontando os aspectos que dizem respeito a essa aplicação específica do contrato-programa em Lisboa, observando os seguintes aspectos:

a. O Projecto de Regulamento de Atribuição de Apoios pelo Município de Lisboa propõe a concessão de auxílio às entidades portadoras do título de Instituição Particular de Solidariedade Social, mas também as demais associações, fundações e entes "que prossigam fins de interesse público municipal", evidenciando que o fim perseguido pela organização não governamental é o fator que determina o sujeito passivo do acordo, firmado pelo Poder Público;
b. No projeto aludido, a descrição dos serviços sociais é abstrata, pois as atividades apiodas pelo município não são detalhadas em suas modalidades, na medida em que o legislador faz menção apenas quanto ao "âmbito social, cultural, desportivo, recreativo, ambiental dos direitos humanos e de cidadania, bem como de apoio à juventude";
c. A legislação determina que o auxílio do Poder Público às organizações não governamentais poderá se constituir de apoios financeiros e não financeiros, e a prática tem mostrado dificuldades na promoção dos financiamentos diretos, por isso atualmente os apoios concedidos são majoritariamente não financeiros;

d. A concessão de apoio mediante celebração de contrato implica um processo de habilitação jurídica e fiscal da instituição sem fins lucrativos, que só podem se beneficiar dos auxílios prestados pelo município, fornecendo prova do registro cadastral perante a Base de Dados para Atribuição de Apoios – BDAA. Para tal registro, deverão comprovar sua constituição legal e sua situação regular relativa a dívidas com impostos e perante a seguridade social;
e. O projeto de regulamento do município de Lisboa dispõe sobre a atualização anual da BDAA, por isso a habilitação das instituições sem fins lucrativos, que pretendem receber contínuo apoio do Poder Público, implica uma constante renovação das provas de sua regularidade;
f. O município, seguindo a diretriz da Lei 28/84, pretende agregar o trabalho das organizações não governamentais aos objetivos do Estado na promoção da segurança social, mas o artigo 7º, da legislação sob análise, prevê que o Estado resguarda a autonomia da iniciativa privada, por isso o Poder Público não impõe projetos sociais às ONGS, que têm total liberdade de confeccionar a proposta de ação social, a ser analisada pela instituição pública competente para decidir sobre a concessão dos apoios;
g. Os projetos sociais, apresentados pelas instituições sem fins lucrativos ao município, para fins de fomento público, deverão ser instruídos com um estudo de viabilidade técnico-financeira, que demonstre a perspectiva de êxito da proposta. O artigo 8º do projeto de regulamento da Câmara de Lisboa solicita mais do que a habilitação jurídica e fiscal da ONG, pois determina a comprovação de sua experiência no desenvolvimento de projetos idênticos ou similares;
h. O projeto de regulamento da pauta do município de Lisboa dispõe sobre os critérios de seleção dos projetos sociais, apresentados para fomento do Terceiro Setor, especificando os elementos gerais e específicos para cada área de atividade social. A seleção das propostas lançadas pelas organizações não governamentais implica o julgamento de quesitos técnicos, vinculados a cada projeto apresentado, levando em consideração a relevância da(s) atividade(s) e o interesse do Poder Público pelo empreendimento.
i. A disponibilização da verba para a concessão dos apoios financeiros que o Poder Público municipal concede as ONGs se dá em duas parcelas, de acordo com o prazo prescrito no artigo 11º do projeto de regulamento referido;

j. A rigidez do projeto de regulamento municipal mostra a preocupação do Poder Público com os rigores determinados pelo Direito Financeiro para a execução de despesas do setor público, pois o artigo 12, dessa norma, dispõe sobre a prévia justificativa do cabimento do orçamentário de apoio financeiro, solicitado pelas instituições privadas, antes da aprovação do contrato-programa, vinculado ao financiamento das ONGs, bem como o registro do montante do auxílio, na dívida pública municipal, para a concessão do fomento;
k. O regulamento municipal determina que a avaliação do contrato-programa está pautada na apreciação de relatórios de atividade, e demonstração da execução financeira vinculada ao apoio recebido. Há previsão expressa da possibilidade de realização de auditorias, mas a norma dispõe sobre um mecanismo de acompanhamento dos pactos, que proporcione ao Poder Público acesso a ferramentas, para a realização de um sistema permanente de fiscalização e correção da atuação das organizações não governamentais fomentadas;
l. O regulamento aludido também não dispõe sobre os mecanismos de responsabilização, em caso de inadimplência da instituição privada vinculada a contrato-programa, e, ao dispor sobre as sanções decorrentes desse fenômeno, propõe apenas a extinção imediata do contrato, e a determinação de impedimento para a celebração de pactos ulteriores com a municipalidade.

5.4 A REGULAÇÃO PORTUGUESA DIANTE DO DIREITO BRASILEIRO

Já evidenciamos nas seções anteriores que Portugal e Brasil são países que apresentam semelhanças pontuais no desenvolvimento de empreendimentos que articulam o Poder Público e instituições privadas sem fins lucrativos, por meio de pactos passíveis de promover o engajamento desses atores, para a promoção de serviços sociais diversos, sobretudo, na área de assistência social.

Mas, já é tempo de registrar as dissemelhanças observadas no disciplinamento legal dos acordos de gestão em relação aos termos de parceria, pois não é difícil supor que países, com características geográficas e políticas tão diferentes, possam ter partido da mesma idéia, concebendo institutos jurídicos análogos, mas cujos empreendimentos ensejaram resultados bem particulares.

Preliminarmente, é preciso registrar que a proposta contida no pacto firmado entre o Estado e a entidade do Terceiro Setor, para a realização de serviços sociais, tem a

mesma conotação em Portugal e no Brasil, mas a legislação desses países apontará dissemelhanças que evidenciam a regulação mais refinada dos acordos de gestão firmados entre a seguridade social portuguesa e as Instituições Particulares de Solidariedade Social.

Por isso, vamos começar a abstrair os resultados das confrontações dessa investigação, observando os pontos da Lei 28/84, e do Despacho Normativo 75/92, que evidenciam esse detalhamento mais rigoroso da legislação portuguesa, em relação aos regulamentos brasileiros, realçando os seguintes aspectos:

a. O Despacho Normativo 75/92 evidencia um grau de planejamento refinado do Poder Público, antes da concessão de fomento a organizações não lucrativas, pois, antes de celebrar os acordos de gestão e cooperação, a instituição pública competente avalia a viabilidade do projeto apresentado pelo ente privado, realizando um estudo socioeconônomico-financeiro, voltado para a apreciação do interesse da proposta, da conjugação entre as necessidades da sociedade e a prestação oferecida, levando em conta a capacidade dos recursos previstos suprirem o fim almejado, e verificando a possibilidade de o Poder Público dispor do fomento solicitado;
b. O controle prévio à celebração dos acordos impõe o crivo de órgão central superior, qual seja, a Direcção de Acção Social, que, por meio de homologação, autoriza a celebração do pacto pela instituição pública provocada, para a promoção do fomento;
c. O apoio do Poder Público aos serviços sociais desenvolvidos pelo Terceiro Setor tem um foco preciso, pois a regulamentação dos acordos de gestão e cooperação é uma exigência da Lei 28/84, que disciplina as competências do Estado decorrentes da Seguridade Social, inserindo a celebração desses pactos na promoção de políticas de proteção civil. Por isso, o fomento das instituições sem fins lucrativos se direciona para os serviços de assistência social voltados para a população mais carente;
d. Nas cláusulas obrigatoriamente definidas nos acordos de gestão e cooperação, celebrados com base no Despacho Normativo 75/92, há mais rigor na determinação quantitativa da cobertura dos serviços, pois é fundamental o registro do número de utentes efetivamente abrangidos, no momento da celebração, bem como a observação do número máximo de usuários passíveis de

serem abrangidos na prestação, de acordo com os recursos humanos e materiais disponíveis;

e. Salta aos olhos a previsão, dentre as cláusulas obrigatórias aos acordos de gestão e cooperação, a da perspectiva de "comparticipação financeira dos utentes ou das famílias," o que realça a possibilidade de os serviços assistenciais, serem, ao menos em parte, parcialmente remunerados pelo usuário;
f. A legislação destaca a possibilidade de agentes públicos, vinculados ao regime jurídico da "função pública," serem cedidos temporariamente para prestação de serviços, junto às Instituições Particulares de Solidariedade Social, na execução de acordos de gestão, sem prejuízo dos direitos e obrigações decorrentes de seu regime de trabalho. Mas o Despacho Normativo 75/92 registra que a gestora do acordo poderá admitir pessoal, o que enseja a aplicação de regime jurídico privado a esses trabalhadores;
g. A celebração dos acordos de gestão e cooperação impõe, à instituição privada fomentada, a demonstração prévia de todos os recursos humanos e materiais agregados ao desenvolvimento dos fins estabelecidos no pacto, inclusive com a previsão da quantidade de recursos empregados no serviço para cada utente, a cada mês, ou os custos globais por usuário ao final do contrato;
h. Para a promoção dos acordos de gestão e cooperação, o Poder Público disponibiliza recursos financeiros, cedidos, via de regra, mês a mês, durante o prazo de execução do pacto, que se dá pelo período de três anos;
i. O Despacho Normativo 75/92, estabelece que cabe ao Poder Público a assunção imediata do objeto dos acordos de gestão e cooperação, se a Instituição Particular de Solidariedade Social interromper a execução do pacto, o que mostra uma situação na qual o Estado sai do papel de agente de fomento e assume a postura de tutor direto do serviço;
j. A legislação portuguesa parece não prestigiar a natureza dos títulos que as organizações não governamentais possam vir a portar, pois o regulamento que disciplina os acordos de gestão e cooperação dispõe sobre os entes privados passíveis de celebrar tais pactos com o Poder Público, mencionando as Instituições Particulares de Solidariedade Social, e as demais organizações não lucrativas que cumpram os requisitos impostos pela norma;

k. O Despacho Normativo 75/92 não dispõe sobre um regime de seleção capaz de promover a concorrência entre instituições sem fins lucrativos, interessadas em pactuar com o Estado para receber apoio na execução de projetos sociais;
l. A legislação que regula os acordos de gestão e cooperação, dispõe sobre a constituição de comissões de acompanhamento e avaliação, mencionando os agentes que as integrarão, mas se omitindo na determinação de instrumentos objetivos de controle, por isso a norma sugere que deve haver fiscalização dos pactos, mas não determina quando e como os fiscais vão atuar;
m. No rol das omissões do Despacho Normativo 75/92, registre-se a ausência de disposições relacionadas com o procedimento de responsabilização, e aplicação das sanções, decorrentes do descumprimento dos compromissos atribuídos à instituição privada fomentada pelo Poder Público.

Nos pontos do elenco disposto, o Despacho Normativo 75/92 representa a regulamentação dos auxílios ao Terceiro Setor, voltados para a promoção da seguridade social pela Administração Pública em caráter nacional, mas no âmbito local é necessário observar que as relações entre Poder Público e organizações não governamentais pode se estabelecer com contornos específicos, em decorrência da edição de regulamentos municipais pertinentes a essa matéria.

Nosso referencial para essa abordagem será a Câmara Municipal de Lisboa, que, de acordo com a Lei 5-A/2002, já dispunha sobre os acordos voltados para o auxílio das instituições sem fins lucrativos, observando o mesmo interesse do Estado no centro da Administração Pública, mas prescrevendo uma modalidade contratual diversa daquela que verificamos na Lei 28/84 e no Despacho Normativo 75/92.

Em Lisboa, a norma municipal se refere aos contratos firmados entre Poder Público e organizações não governamentais, para empreendimentos no serviço de proteção civil ao cidadão carente, vislumbrando a figura dos protocolos de colaboração, diante de um cenário bem peculiar, pois a legislação do município, em 2002, ainda não possuía uma lapidação condizente com as expectativas dos signatários.

Já registramos, nos dois últimos subitens desta secção, que os acordos entre a Câmara de Lisboa e as organizações do Terceiro Setor vêm se estabelecendo de forma experimental, dada a abstração da Lei 5-A/2002, o que justifica a produção de um projeto de regulamento para especificar, com mais objetividade, o que o Poder Público

pode oferecer, a título de apoio, e qual a medida da tutela a ser exercida pela Administração municipal.

É nesse projeto de regulamento que focalizamos nossa atenção, para tecer considerações sobre as peculiaridades da regulação portuguesa em caráter municipal, observando as peculiaridades da gestão dos pactos entre Estado e Terceiro Setor, em Portugal, no que diz respeito às possíveis dissemelhanças observadas nas práticas análogas à gerência local no Brasil, de acordo com os dados coletados sobre os termos de parceria, observados conforme a amostra vinculada a esta pesquisa.

Nesse contexto, é relevante destacar que os municípios brasileiros, em sua maioria, não têm legislado no sentido de criar modalidades contratuais específicas para os pactos de colaboração com o Terceiro Setor, por isso os termos de parceria figuram como instrumentos universais nesse segmento de apoio do Poder Público às organizações não governamentais no âmbito da União, dos Estados-Membros, e dos Municípios.

Outro ponto que merece destaque é a perspectiva de regulação insipiente no âmbito de boa parte dos municípios brasileiros, por isso é possível supor que as municipalidades não editam regulamentos próprios para dispor sobre o fomento de instituições sem fins lucrativos. Por isso a regulação do termo de parceria, nos moldes da Lei 9.790/99, pode estar sendo utilizada como referência para a gestão desses pactos no âmbito local de atuação da Administração Pública.

Tudo indica que as entidades federativas brasileiras têm autonomia para dispor sobre o fomento do Poder Público às organizações não governamentais, pois o Estado de Pernambuco editou norma, dispondo sobre as modalidades de aproveitamento do Terceiro Setor nos moldes descritos na Lei 9.637/98 e na Lei 9.790/99, mas a Lei 11.743/00, enquanto norma estadual não inovou na regulação da matéria disposta na legislação federal, configurando-se mais como uma cópia dos diplomas editados pela União.

Por isso, realçamos nas unidades administrativas autônomas do Brasil, a perspectiva de uma menor avidez pela edição de regulamentos específicos para a prescrição dos pactos que viabilizam o apoio das organizações não governamentais em nosso país, diferentemente do que ocorre em Portugal, onde a Câmara de Lisboa regula a matéria de forma inovadora, inclusive com a determinação de uma modalidade contratual diversa daquela disposta na Legislação em vigor no âmbito nacional da Administração Pública.

Diante dessas considerações, podemos apresentar os traços mais específicos da dissemelhança, que separa a prática da Administração Pública municipal em Portugal e no Brasil, evidenciando o modelo de regulação elaborado para a Câmara Municipal de Lisboa, nas seguintes considerações:

a. As organizações não governamentais, em Lisboa, não precisam de um título específico, como a condição de Instituição Particular de Solidariedade Social para receberem apoio do município, decorrente de acordos voltados para o fomento de seus projetos sociais;
b. O projeto de regulamento municipal descreve duas formas de auxílio passíveis de serem prestadas pelo Poder Público, vislumbrando os apoios de caráter financeiro e não financeiro. Nesse ponto, a norma portuguesa é muito mais específica do que a legislação brasileira, pois descreve para que fins os recursos públicos, recebidos pela entidade privada, podem ser utilizados, determinando a possibilidade de o dinheiro público ser empregado na execução de obras, em instalações públicas ou privadas, ligadas à realização do serviço, bem como na aquisição de bens móveis de suporte à atividade social. A norma também dispõe sobre a natureza dos apoios não financeiros, tratando da cessão de bens públicos, para as organizações não governamentais, e outros auxílios técnico-logísticos, voltados para a viabilização do projeto;
c. Enquanto a legislação brasileira dispõe de forma abstrata sobre a comprovação de idoneidade anterior à celebração do termo de parceria, o projeto de regulamento municipal dispõe sobre habilitação jurídica e financeira das organizações não governamentais interessadas em fomento público, instituindo, inclusive, um sistema de registro cadastral específico para a realização de pactos vinculados a esse fim;
d. Para o direito brasileiro, a idoneidade da organização não governamental está aparentemente focalizada no título portado pela instituição privada, especificamente na certificação de OSCIP, enquanto a norma portuguesa dá menos relevo à forma, quando determina prazo de validade anual para o registro cadastral específico – BDAA, forçando as instituições privadas interessadas em apoio do Poder Público a provar sua regularidade jurídica e fiscal anualmente;
e. Em algumas circunstâncias, percebemos que o Poder Público no Brasil pode sugestionar o Terceiro Setor, na proposição dos projetos sociais apresentados

para a concessão de fomento, pois a possível especificidade das disposições dos editais de concurso de projetos pode direcionar as organizações não governamentais a atuarem, na realização de empreendimentos do interesse do Estado. Em Portugal, o projeto de regulamento do município de Lisboa não vislumbra perspectiva análoga, ou seja, o Poder Público fomenta os projetos que julgar compatíveis e viáveis, sem direcionar o foco das organizações não governamentais;

f. A aprovação dos projetos apresentados para fomento pelas organizações não governamentais brasileiras não pressupõe a comprovação específica de experiência da entidade que o projeto de lei da Câmara de Lisboa impõe, pois as instituições privadas que provocam o apoio do Poder Público não precisam demonstrar que possuem *know how*, para o desenvolvimento das atividades, previstas no projeto social protocolado, para o recebimento dos auxílios;
g. A apreciação dos projetos, consignados pelas instituições privadas brasileiras, para a concessão de fomento, pode implicar ou não uma seleção concorrencial, por meio de um concurso de projetos, o que desencadeia uma competição entre os entes interessados em receber apoio do Estado. Situação análoga, não podemos vislumbrar na legislação portuguesa sob análise, onde o julgamento dos quesitos técnicos, dispostos na norma, podem não se perfazerem suficientes para blindar o Poder Público no que diz respeito à possível subjetividade dos técnicos, responsáveis pela emissão dos pareceres, que aprovam ou reprovam os projetos;
h. Enquanto a legislação em tramitação na Câmara de Lisboa discorre sobre a forma e o prazo de liberação dos apoios financeiros aprovados pela municipalidade, a legislação brasileira silencia sobre esse ponto, o que significa dizer que cada contrato poderá dispor sobre esse ponto de forma peculiar;
i. A legislação portuguesa pode ser considerada branda no que diz respeito à prescrição de mecanismos voltados para a promoção da responsabilidade e da sanção das instituições sem fins lucrativos inadimplentes, no cumprimento dos compromissos assumidos por meio de contrato-programa, mas a legislação brasileira comete pecado mais grave ao se omitir plenamente, no que diz respeito à regulação dessa matéria.

Em Portugal, a contratualização das relações entre Estado e Terceiro Setor nos remete a uma regulação, que deriva de uma reforma administrativa deflagrada nos anos

1980, quando a legislação propõe que o fomento dirigido às Instituições Particulares de Solidariedade Social, potencialize ações passíveis de engajar os atores na promoção de políticas públicas sociais.

Nessa perspectiva, a possibilidade de amadurecimento da regulação portuguesa dos pactos de parceria foi a hipótese mais provável de uma pesquisa que se depara com uma transição normativa, na Câmara de Lisboa, quando observamos a edição de um projeto voltado para a reordenação do sistema de fomento, com a substituição dos protocolos de colaboração pelos contratos-programa.

Para pontuar os aspectos mais emblemáticos dessa mudança, reportamo-nos à Direcção de Ação Social, que cedeu documentos oficiais sobre a concessão de apoios nos últimos quatro anos de gestão. Na sequência, a coleta de dados foi enriquecida com a entrevista de técnicos da Câmara de Lisboa, que se dispuresam a comentar os enfrentamentos vivenciados na concessão de apoios públicos a organizações não governamentais, evidenciando as transformações inseridas no projeto de lei referente ao novo regumento.

Com o implemento desses recursos, é possível registrar as seguintes evidências:

a. O projeto de regulamento de apoios públicos que introduz a figura do contrato-programa em detrimento do protocolo de colaboração tende a ampliar a base dos segmentos apoiados pela Câmara de Lisboa;
b. O novo regulamento não modifica substancialmente o sistema de seleção das organizações não governamentais, fomentadas pelo Poder Público, que tende a avaliar subjetivamente as prioridades de fomento. Além disso, as entidades da sociedade civil continuam diante da possibilidade de apresentar o requerimento, pedindo auxílio público, a qualquer tempo, por isso o fomento acaba prestigiando as instituições, que se antecipam na solicitação de apoio, quando a câmara municipal está munida de recursos para fomentar;
c. Diante das lacunas da legislação vigente, não há registro que vislumbre a atuação da Câmara de Lisboa no controle das instituições apoiadas pela municipalidade. O departamento de finanças também desenvolve atribuição de fiscalização meramente formal, observando se os departamentos competentes expedem as autorizações para a execução dos auxílios;
d. Há registro sobre o controle dos protocolos de colaboração por meio de documentos, como planos de trabalho e relatórios de atividades, mas a Câmara

de Lisboa também elucida hipóteses em que agentes públicos foram designados para compor conselhos consultivos e comissões de acompanhamento. De toda sorte, o controle não se realiza através de uma fórmula padronizada, pois há evidências que indicam distintos sistemas de fiscalização, supostamente diferenciados pelas peculiaridades do pacto, que atribui auxílio público às instituições de solidariedade portuguesas. Ainda asssim, há hipótese de que o fomento se consolida sem nenhuma ingerência de controle;

e. A incursão empírica no trabalho da Câmara de Lisboa também evidencia dificuldades relacionadas à manutenção de um padrão uniforme de trabalho dos departamentos do ente público, quando ocorrem transições de mandato. Além disso, os departamentos padecem pela dificuldade de comunicação e tendem a trabalhar isoladamente, prejudicando a padronização dos processos relacionados à apreciação dos pedidos de auxílio, e ao controle das instituições fomentadas;

f. Os dados fornecidos diretamente pelos agentes públicos, da Câmara de Lisboa, sugerem que a regulação peca pela generalidade, favorecendo a adoção de soluções específicas para apreciação e controle dos contratos de apoio, o que implica a depreciação da força do regulamento;

g. A Câmara de Lisboa não tem competência para impor sanções às instituições sociais fomentadas, quando os bens públicos não são utilizados devidamente, ou quando os recursos financeiros são gastos de forma irregular. Nesse caso, tudo indica que o Ministério Público deve ser provocado diante do(s) indício(s) de fraude, quando for possível observar essa ocorrência;

h. Sobre a transparência na divulgação dos apoios cedidos às solidariedades sociais lisboetas, a câmara municipal evidencia que a falta de concorrência entre as entidades sociais, interessadas em auxílio público freia a divulgação dos resultados da política de fomento para o público em geral. Por isso, as informações podem ser eventualmente divulgadas, por meio de boletins (relatórios de atividade da Câmara de Lisboa), ou a pedido de instituições preteridas na concessão de algum recurso;

i. Os pedidos de apoio disparados pelas entidades de solidariedade social perante a Câmara de Lisboa não são recebidos por um protocolo único, por isso os requerimento podem ser recebidos por diversos departamentos, segmentados, inclusive, por área de investimento social. Nesse contexto, o Poder Público

apresenta dificuldades para demonstrar o número de instituições sociais que solicitam auxílio, bem como o número de organismos fomentados, a natureza e o montante do fomento. Contudo, há indícios no sentido de que os principais pedidos de apoio focalizam a busca de recursos financeiros;

j. Por fim, o contato direto com a Câmara de Lisboa revela a ausência de infra-estrutura da máquina administrativa do Estado para o desenvolvimento de alianças com o Terceiro Setor. Pois há evidências no sentido de revelar as intenções de tutela adequada dos pactos de colaboração. Por isso, o controle das operações de fomento pode padecer, seja qual for o formato do regulamento em vigor, pois os órgãos da Administração Pública local permanecerão com a mesma organização truncada, e tudo indica que o contingente de pessoal não será ampliado, nem orientado, nem treinado para mudar as rotinas de trabalho já relizadas.

A administração pública portuguesa[460] ainda não consolidou o modelo de regulação para fomento do Terceiro Setor, que apresenta pontos de prejudicialidade significativos, nos seguintes aspectos: a legislação não consubstancia um mecanismo de seleção objetivo, para designar as organizações sociais prestigiadas por auxílio público; a concessão dos apoios não supõe a articulação entre as políticas públicas sociais desenvolvidas pelo Estado e pelas ONGs; os instrumentos de fiscalização do ente público, responsável pelo fomento, potencializam a produção de documentos que não garantem o efetivo controle das entidades de solidariedade social; e as ferramentas de correção, voltadas para a aplicação de sanções diante de irregularidades, não se apresentam na regulação referente aos protocolos de colaboração e aos contratos-programa.

[460] As considerações sobre a administração pública portguesa, neste ponto, apresentam-se num contexto estrito, pois essa leitura do sistema de fomento, nas relações entre Estado e Terceiro Setor, representa o enfrentamento de dados verificados junto à Câmara de Lisboa a partir de incursões empíricas, análise de relatórios instucionais, e exame da legislação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A regulação, delineada pelo Estado nas parcerias com o Terceiro Setor, serviu como pano de fundo para uma reflexão importante sobre o modelo de intervenção do Poder Público, junto à ordem social, baseada na conjugação de forças para a promoção de políticas públicas.

Nesse sentido, a contratualização do direito administrativo potencializa as alianças entre a Administração Pública e uma vasta rede de ONGs, que podem pactuar, para produzir bens e serviços, conjugando esforços em ações sociais, voltadas para o público em geral.

O corte espacial dessa pesquisa nos remete aos acordos, que delineiam a perspectiva de colaboração do Estado com ONGs, no Brasil e em Portugal, por meio de pactos firmados com instituições privadas sem fins lucrativos, qualificadas respectivamente como OSCIPs e IPSSs.

Nos dois países, o Terceiro Setor apresenta um ponto de partida comum, nas Santas Casas de Misericórdia tipicamente portuguesas. As identidades do relacionamento travado entre Poder Público e ONGs são pronunciadas, mesmo diante das peculiaridades da cultura, e da distinção da prática das solidariedades sociais, em cada Estado.

Contudo, no que diz respeito a cada um dos modelos é importante vislumbrar que os termos de parcerias firmados, no Brasil com as OSCIPs; e os diversos acordos, a que podem se vincular as IPSSs, em Portugal, mostram inclinações específicas.

As IPSSs, dignificadas pela sociedade de bem-estar social portuguesa, pactuam com o Estado, diante de um contexto aparentemente diverso das OSCIPs, pois os recursos cedidos pela administração pública portuguesa não transportam as IPSSs para a máquina administrativa do Estado.

Nessa perspectiva, o Poder Público aparece como agente essencialmente fomentador do Terceiro Setor, pois as IPSSs possuem maior independência para definir suas ações, e atuar de uma forma estritamente paralela ao Poder Público. Por isso as ONGs não se confundem com entes estatais, nem trabalham engajados à estrutura institucional do Estado, razão pela qual o apoio a elas destinado não serve para financiar uma política pública social do governo.

Com outra engrenagem, as OSCIPs, vinculadas por termo de parceria à Administração Pública brasileira, quase sempre se acoplam à máquina administrativa do

Estado, submetendo seus projetos sociais ao crivo político dos ministérios e secretárias de governo, diante de expectativas específicas do Poder Público, no que diz respeito ao objeto do contrato.

Nesse contexto, o Terceiro Setor pode atuar substituindo o Estado, na produção de bens e serviços. Por isso, a relação entre os signatários do termo de parceria pode apresentar um formato, que ora lembra uma terceirização, no suporte de políticas públicas sociais; ora se assemelha à delegação de serviço público, tal como nas concessões e permissões, disciplinadas pelo artigo 175 da nossa Constituição Federal.

Do ponto de vista técnico jurídico formal, o termo de parceria não pode se constituir como arranjo nem para a terceirização, nem para a delegação de serviço público, mas a associação entre Poder Público e OSCIPs possui uma interface *sui generes,* muitas vezes distante de qualquer mecanismo típico de fomento público, pois a carga de dirigismo do Estado é muito significativa, na delimitação do objeto e do método de execução do contrato.

Ainda assim, o enfretamento do modelo de contratualização da relação entre Administração Pública e Terceiro Setor, no Brasil e em Portugal, se justifica, pois há um aspecto no estudo das OSCIPs e das IPSSs, que nos remete a um denominador comum, qual seja, o desafio do Estado na regulação dos contratos de colaboração, firmados com essas instituições.

Partindo da premissa de que a injeção de recursos públicos, no caixa de entidades do Terceiro Setor, pode dar ensejo as mais diversificadas práticas de desvio de finalidade, supomos que a corrupção irradia uma espécie de energia latente, independentemente da natureza do vínculo ou do modelo contratual, que agrega os nossos atores.

Por isso, vislumbramos a possível inatividade da Administração Pública, nos pontos de regulação insipiente do termo de parceria, e sem muita surpresa, apresentamos a textura frágil do aparelho regulador dos acordos, disciplinados pela legislação portuguesa, referente à concessão de apoio público às IPSSs

O *deficit* de regulação aludido, no Brasil e em Portugal, evidencia a fragilidade dos comandos de controle da Administração Pública, na tutela dos contratos com organizações do Terceiro Setor, que se evidenciam em três pontos fundamentais, nos dois países.

Preliminarmente, é necessário destacar a regulação insipiente do sistema de seleção das instituições do Terceiro Setor, a serem prestigiadas com recursos públicos;

em segundo lugar, é possível registrar um elevado nível de burocratização e esvaziamento da tutela do contrato, durante a sua execução; e, pra completar, é razoável supor a baixa expectativa de responsabilização dos atores, público e privado, diante dos possíveis esquemas de corrução, que se apresentam.

O debate, proposto nessa tese, aponta para distúrbios no regime de contratualização da Administração Pública, que podem comprometer a efetivação de direitos fundamentais, ligados à prestação de serviços públicos sociais, indispensáveis para o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito.

O Estudo das relações entre Estado e Terceiro Setor em Porugal, serve para ratificar conclusões vinculadas à pesquisa realizada no Brasil, em relação ao *deficit* de regulação dos termos de parceria, no estudo dirigido à atuação das OSCIPs, por isso o mote do debate está nas tendências de contratualização e associação entre Poder e Público e ONGs, mas o objeto da pesquisa nos remete ao controle dos contratos.

Na perspectiva do Brasil, parece especialmente preocupante que a Administração Pública revele dificuldades para aperfeiçoar os arranjos de intervenção, atrelados ao termo de parceria, pois o contrato é o eixo da relação entre os atores, e sendo o Estado, supostamente agente de fomento, seria razoável supor que o regime jurídico de direito público deveria prevalecer na regulação desses pactos.

O termo de parceria acaba se apresentando como um instrumento, que pode ser facilmente manipulado numa dinâmica neopatrimonialista, e a precariedade da regulação é suscitada nas atividades legiferante e administrativa do Poder Executivo. Por isso as OSCIPs podem atuar como coringas num jogo, onde a parceria entre Estado e Terceiro Setor pode servir para muitos objetivos, tanto na articulação de ONGs a produção de políticas públicas sociais, como na organização de arranjos de corrupção, para viabilizar o desvio de dinheiro público.

Como contrato, o termo de parceria é apenas uma espécie de pacto, como ato administrativo bilateral num processo de franca diversificação dos subtipos do seu gênero. Mas como instrumento de fomento, o termo de parceria é uma via de acesso matricial, para o financiamento direto do Terceiro Setor, por meio de recursos públicos, pois as OSCIPs são tendencialmente prestigiadas por dotação orçamentária do tesouro nacional.

A parceria, entre o setor público e o setor privado, não se verifica apenas nas relações entre os centros públicos de promoção do serviço social e as OSCIPs, que atuam numa dimensão além da Política Nacional de Assistência Social, vinculada à

engrenagem do Ministério do Desenvolvimento Social, onde a assistência social parece concentrar seu foco em programas de distribuição de renda.

Com o descortinamento desse modelo de regulação experimental e deficiente, para os termos de parceria, alertamos para expansão da contratualização na Administração Pública, focalizando a mais recente forma de engrenagem na qual o Poder Público, se propõe a estreitar suas relações com um segmento da iniciativa privada em expansão, cujo fortalecimento seria fundamental para levar à cabo o ideal de equilíbrio da profecia alçada nos argonautas da cidadania.[461]

Mas o paradigma de contratualização das relações entre Estado e Terceiro Setor, que emerge diante da euforia da fundação de um marco regulatório, parece fomentar o vício dos processos de indução passíveis de aprisionar as organizações não governamentais, prejudicando a organização de uma massa crítica consistente da sociedade civil, que poderia se orientar para os embates de controle social, necessários ao suprimento do sistema formal de controle da Administração Pública, facilmente corruptível.

Dessa forma, é possível sugerir que uma engrenagem fundamental de refundação do Estado Democrático de Direito vai se perdendo, na baixa densidade da regulação dos contratos públicos, no fomento distorcido do setor privado, e nas discussões acadêmicas sobre mecanismos de efetivação dos direitos fundamentais, quase sempre concentrados na tutela judicial das garantias já lesadas, como se um exército pudesse vencer a guerra como uma única cavalaria.[462]

Talvez todo o esforço na discussão do modelo seja inócuo, se observarmos a força que difunde e universaliza as tendências, mas nem por isso é possível desgrudar os olhos do fenômeno, e negar as possíveis capturas[463], que se estabelecem na regulação

---

[461] A profecia de Liszt Vieira, sobre a era dos argonautas da cidadania, supõe que a organização da sociedade civil, numa dimensão global, ensejaria a construção de uma esfera pública suficientemente forte, para enfrentar os interesses do Mercado, evitando a captura do Estado, diante dos grandes blocos de interesse econômico. É claro que a tese é bastante otimista, pois elucida a união dos povos, acima da noção de nação de cada comunidade, e evoca o ápice de amadurecimento democrático de uma sociedade civil, com um elo sofisticado de organização internacional. VIEIRA, Liszt.**Os argonautas da cidadania: a sociedade civil da globalização.** Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 37.

[462] Sobre o esvaziamento do Estado Democrático de Direito impulsionado pelos artefatos jurídicos do nosso tempo, José María Maravall se refere à construção de um esteriotipo normativo e retórico de sustentabilidade desse fenômeno. Cf. MARAVALL, José María. **El control de los Políticos.** Madrid: Taurus, 2003, p. 169-194.

[463] A idéia de captura deve ser observada, nesse contexto, na possível sucumbência do Estado, diante dos interesses das instituições do Terceiro Setor, contratadas pelo Poder Público. Nesse caso, a natureza do pacto sugerir colaboração entre partes, mas o tipo de fomento realizado pelo Estado realça a possibilidade de corrupção na gerência de políticas públicas sociais. Nessa perspectiva, podemos, por analogia, supor que a mesma captura realizada pelo Mercado em relação ao Poder Público, pode se verificar em impulsos

dos termos de parceria, potencializando, na sua prática distorcida, a ressurreição e a reciclagem dos arranjos típicos do patrimonialismo na administração pública.

As vias de acesso frequentemente abertas, para a renovação do patrimonialismo na administração pública, realçam a edificação de um sistema de contra-administração inerente ao Poder Público. Nesse contexto, seria possível supor que o Estado, enquanto agente regulador, pode transitar numa via de mão dupla, articulamndo novas ferramentas de gestão, para a promoção do regime jurídico de direito público, ou legalizando instrumentos para distorcer essa engrenagem.[464]

A idéia pode ser, a priori, considerada uma apoteose estapafúrdia, pois nas teses de direito administrativos louváveis, o regime jurídico de direito público padece na apresentação dos protótipos por vezes traiçoeiros, da luta do bem contra o mal, na quebra-de-braço entre o público e o privado, que se encerra num palco armado, para a vitória da supremacia do interesse público sobre o particular.

Por isso, a reflexão sobre a legalização da corrupção na Administração Pública não implica na apologia à contra-administração do Estado, mas a discussão é válida, não porque seja possível negar o valor do regime jurídico de direito público, para a nossa ordem constitucional, pois o que está em jogo é a busca de um resgate difícil, dadas as condições do cativeiro.

A defesa do regime jurídico de direito público na atuação do Estado é um ideal que precisa ser constantemente renovado, mesmo quando as tendências da administração pública apresentam um caminho de negação velada desse pilar, o que observamos, especificamente nesse estudo, no arranjo da tutela dos termos de parceria.

---

conduzidos pelo Terceiro Setor. Se as agências reguladoras podem ser capturadas pelas concessionárias de serviço público, vinculadas à sua regulação, as OSCIPs podem capturar os órgão de regulação, responsáveis pela gestão do termo de parceria. A dedução deriva da tese construída no voto do Desembargador Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti, na Apelação Cível n. 342.739, (acórdão publicado no D.J.U., seção II, págs. 509/510, em 07.12.2004).

[464] Legalizar a corrupção é uma idéia estúpida, que nega o ideal da construção do Estado Democrático de Direito esculpido para a organização da sociedade ocidental, mas a sátira do direito administrativo pode carregar consigo uma espécie de violência acadêmica que impulsiona uma reflexão mais profunda sobre o tema. Talvez a ousadia seja fator depreciador da cientificidade exigida de uma tese, mas se o argumento de autoridade pode salvar as posições ideológicas esvaziadas de rigor metodológico, fica aqui a bóia lançada por Alejandro Nieto, numa alusão aos instrumentos de contra-organização da Administração Pública é possível coletar referência do seguinte trecho: *"Los abusos e corruptelas realizadas en la gestión pública suponen de ordinario una infracción a las reglas (y,en consecuencia, um riesgo, por remoto que sea, de ser los autores sorpredidos e castigados); mientras que em la gestión privada, al tener las manos libres, ya no hace falta acudir a maniobras y subterfugios. Vistas así las cosas podría encontrarse una justificación inédita – y un tanto cínica – de la privatización de la gestión pública, a saber, que gracias a ella se produce una transparencia de las practicas administrativas. O si se quiere, una adaptación a la realidad (corrupta) ya que no se ha conseguido adaptar la realidad corrupta a la legislación tendencialmente honesta*. NIETO, Alejandro. **La "nueva" organización del desgobierno.** Barcelona: Ariel, 1997, p. 235.

Nessa perspectiva, não há mais espaço para debates politicamente esteriotipados sobre a interseção entre o público e o privado, pois a aproximação entre Estado e iniciativa privada é inevitável, e a contratualização dessas relações tende a se maximizar, o que supõe o dever do Poder Público de aperfeiçoar a regulação dos contratos, especialmente com as OSCIPs, no que diz respeito ao limite material de atuação das instituições, mas também para delimitar melhores condições de tutela.

A ênfase deitada no fomento público, atrelado ao termo de parceria, pode ser um espelho para a reflexão sobre a regulação dos contratos públicos, sobretudo, os de colaboração, onde a depreciação do regime jurídico de direito público interfere na lógica do controle da Administração Pública, e nos desdobramento negativos da violação do princípio da indisponibilidade.

A possível descaracterização da natureza pública, mesmo que seja apenas de uma parte dos serviços sociais, disponibilizados a sociedade, por meio da ação de entes do Terceiro Setor, pode prejudicar o acesso dos cidadãos aos direitos fundamentais prestacionais, que garantem a autodeterminação política da sociedade, por isso a regulação mais rigorosa dos contratos, que financiam ações sociais por essas entidades, pode ser uma tutela preventiva das garantias de base, resguardadas num Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABONG – Associação Brasileira de Organizações Não Governamentais & AFINCO – Administração e Finanças para o Desenvolvimento Comunitário. **Manual de administração jurídica, contábil e financeira para organizações não-governamentais.** São Paulo: Peirópolis, 2003.

ABONG **–** Associação Brasileira de Organizações Não Governamentais. **Por que e como constituir uma ONG.** www2.abong.org.br/final/caderno2.php?cdm=11535. Consulta em 02/07/2007.

ABRUCIO, Fernando Luiz. **O impacto do modelo gerencial na Administração Pública. Um breve estudo sobre a experiência internacional recente.** Cadernos ENAP, n. 10, Brasília, 1997.

ACIOLI, Patrícia. **Desoneração à filantropia deve ser de R$ 9,9 bilhões em 2009.** Caderno Política Econômica. Jornal DCI, quinta-feira, 20 de novembro de 2008.

ALDRICH, Howard. **Organizations Evolving.** London, Thousand Oaks, New Delhi: SAGE Publications, 1999.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução.** 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ANHEIER, Hemult K. Temes in internacional research on the nonprofit sector. **Nonprofit and Voluntary Sector Quartely,** n. 19, 1990.

ARTECHE, Jose manuel Castells. **Cuestones finiseculares de las Administraciones publicas.** Madrid: Editorial Civitas, 1991.

AUBY, Jean-François & RAYMUNDIE, Olivier. **Le Service Public: Droit national et droit communautire, Régime juridique et categories e Modes de gestion.** Paris: Éditions du Moniteur, 2003.

AUSTIN, James E. **Parcerias: fundamentos e benefícios para o terceiro setor.** Tradução de Lenke Peres. São Paulo: Futura, 2001.

AYOUB, Eliane et al. **Service Public et Libertes: Mélanges offerts au Professeur Robert-Édouard Charlier.** Paris: Émile-Paul, 1981.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe & BLANCHET, Luiz Alberto (Coords.). TRYBUS, Daiana; RIBAS, Paulo Henrique & CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre (Orgs.). **Serviços Públicos: estudos dirigidos.** Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BAPTISTA, Patrícia. **Transformação do Direito Administrativo.** Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2003.

BARBOSA, Maria Nazaré Lins & OLIVEIRA, Carolina Felippe de. **Manual de ONGs: guia prático de orientação jurídica.** 5ª Ed. Rio de janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2007.

BARON, Stephen; FIELD, Jonh & SCHULLER, Tom (orgs.). **Social Capital: Critical Perspectives.** Oxford, New York: Oxford University Press, 2000.

BARROS, Carlos Pestana & SANTOS, José C. Gomes (Editores). **As Instituições Não-Lucrativas e a Acção Social em Portugal.** Lisboa: Vulgata, 1997.

BELLIDO BARRIONUEVO, María et al.. **Derecho Administrativo II.** 2ª Ed. Madrid: Universitas, 1998.

BEREIJO, Alvaro. **Derecho Financiero, gasto público y tutela de los intereses comunitarios en la Constituición.** In: Estudios sobre el Projecto de Constituición. Madrid: CEC, 1978.
BORGES, Ricardo Souto Maior. **Isenções Tributárias.** São Paulo: Sugestões Literárias, 2001.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito.** Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. **Sumário Executivo do Financiamento da Assistência Social no Brasil entre 2002 e 2004.** Caderno SUAS, nº 1, Ano 1, Dezembro de 2005.

BRASIL. **Plano diretor da Reforma do Aparelhamento do Estado**. Brasília: Presidência da República. Câmara da Reforma do Estado. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1995.

BURNS, Nancy, SCHLOZMAN, Kay Lehman & VERBA, Sidney. **The Private Roots of Public Action: Gender, Equality, and Political Participation.** Cambridge, Massachusetts, London: Harvard University Press, 2001.

CABRAL, Eloísa Helena de Souza. **Terceiro Setor: gestão e controle social.** São Paulo: Saraiva, 2007.

CAIDEN, Gerald E. **Administrative Reform Comes of Age.** New York: Walter de Gruyter, 1991.

CAMPOS, Kátia. **Governo, sociedade e Inclusão: O papel do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome na promoção e articulação de ações para a inclusão Social.** Inclusão Social, Brasília, v. 2, n. 1, p. 11-17, out. 2006/mar. 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** Coimbra: Almedina, 2004.

CARREÑO, Santiago M. Alvarez. **El Derecho de Petición: Estudio de los sistemas español, italiano, alemán, comunitário y estadounidense.** Granada: Comares, 1999.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 13ª Ed. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2005.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 9ª ed. Rio de janeiro: Lúmen Júris, 2002.

CARVALHO NETO, Antônio Alves. **O controle do TCU sobre as Organizações Não-Governamentais.** Disponível em http://74.125.45.132/search?q=cache:O77gC3mnslcJ:www.atricon.org.br/doc/palestra_tcu_ongs_carvalho.ppt. Consulta em 26/11/2008.

CARVALHO, Cristiano & PEIXOTO, Marcelo Magalhães (Coords.). **Aspectos Jurídicos do Terceiro Setor.** 2ª Ed. Revista e Ampliada. São Paulo: MP, 2008.

CARVALHO, João M. S.. **Organizações Não Lucrativas: aprendizagem organizacional, orientação de mercado, planejamento estratégico e desempenho.** 1.ª Ed. Lisboa: Silabo, 2005.

CASESSE, Sabino. **Las Bases del Derecho Administrativo.** Tradução de Luís Ortega. Madrid: INAP, 1994.

CASSAGNE, Juan Carlos. **Questiones de derecho administrativo.** Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1987.

CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. & VIOLIM, Tarso Cabral (Orgs.). **Direito do Terceiro Setor: Atualidades e Perspectivas.** Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Paraná: Paraná, 2006.

CAVALCANTI, Flávio de Queiroz Bezerra. **O Conteúdo da prestação securitária e o contrato aleatório.** Revista Brasileira de Direito do Seguro e da Responsabilidade Civil, Ano I, 1ª ed. – Jan.2009. São Paulo: MP.

CAVAROZZI, Marcelo. **Más Allá de las transaciones a la democracia em América Latina.** In: *Revista de Estudios Políticos.* Madrid, n. 74, 1991.

CELLI JÚNIOR, Umberto. **Contratos de Gestão e o processo de abertura de capital das empresas de telecomunicações.** Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 2006:165-183, out./dez., 1996.

CHOMSKY, Noam. **Consentimento sem consentimento.** Estudos Avançados, v. 11, n. 29, 1997.

CICONELLO, Alexandre & MORAES, Marcela. **O Novo Código Civil e o Estatuto Social das ONGs.** http://www2.abong.org.br/final/caderno2.php?cdm=11516. Consulta em 02/07/2007.

CICONELLO, Alexandre. **Relações com a administração Pública (contratos, convênios e termos de parceria).** Confira em http://www2.abong.org.br/final/caderno2.php?cdm=12148. Consulta em 10/07/2007.

COELHO, Simone de Castro Tavares. **Terceiro Setor: Um estudo comparado entre Brasil e Estados Unidos.** 2ª ed. São Paulo: Editora SENAC, 2002.

CONSTATINESCO, Vlad. **Subsidiarité ... vous avez dit subsidiarité?,** in Revue du Marché Unique Européen, n. 4, 1992.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos.** Coimbra: Almedina, 1987.

CORTE-REAL, Isabel. **Cidadão, Administração e Poder.** Volume II. Lisboa: Principal, 1995.

COSTALDELLO, Angela Cássia. (Coord.). **Serviço Público: direitos fundamentais, formas organizacionais e cidadania.** Curitiba: Juruá, 2006.

COUTINHO, Marcelo James Vasconcelos. **Administração pública voltada para o cidadão: quadro teórico-conceitual.** Revista do Serviço Público. Ano 51, número 3, jul. – set. 2000.

CRAIG, P. P. **Administrative Law.** 5ª Ed. London: Sweet & Maxwell, 2003.

CURAPP - Centre Universitaire de Recherches Administratives et Politiques de Picardie. **L' Évaluation dans L'Administration.** Paris: PressesUniversitaires de France, 1993.

DAROCA, Eva Desdentado. **Las crisis del Derecho Administrativo: privatización, huida de la regulación pública y Administraciones independientes.** Valencia: Tirant lo blanch, 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Direito Administrativo**. 21ª Ed, 2ª reimpressão. São Paulo: Atlas, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito regulatório: temas polêmicos.** Belo Horizonte: Fórum, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas.** 4ª Ed. Revista e Ampliada. São Paulo: Atlas, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição Federal de 1988.** 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Direito Administrativo Pós-Moderno**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Terceiro Setor e Estado: Legitimidade e Regulação: Por um novo marco jurídico.** Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DINIZ, Eli. **Crise, Reforma do Estado e Governabilidade, 1985-95.** 2ª Ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999.

DINIZ, Eli. **Globalização, Reformas Econômicas e Elites Empresariais.** Brasília: Brasil Anos, 1990.

DOBROWOLSKI, Silvio. **O Pluralismo Jurídico na Constituição Federal de 1988.** Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 28, n. 109, jan./mar. 1991.

DROMI, Roberto. **Derecho Administrativo.** 10ª Ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2004.

DROMI, Roberto. **Sistema Jurídico e Valores Administrativos.** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2007.

DURÃO, Jorge Eduardo S. **Seminário sobre um Estatuto para o Terceiro Setor.** http://www.abong.org.br/final/caderno2.php?cdm=10151. Consulta em 10/12/2008.

DURÃO, Pedro. **Convênios e Consórcios Administrativos: gestão, teoria e prática.** 1ª Ed., 3ª Tiragem. Curitiba: Juruá.

ESTEVÃO. J. **As Instituições Não-Lucrativas e a Acção Social em Portugal.** Lisboa, Vulgata, 1997.

ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o Direito Privado: Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública.** Coimbra: Almedina, 1999.

ESTORNINHO, Maria João. **Direito Europeu dos Contratos Públicos: um olhar português.** Coimbra: Almedina, 2006.

ESTORNINHO, Maria João. **Requiem pelo contrato administrativo.** Coimbra: Almedina, 1990.

FALCÃO, Joaquim. **Democracia, direito e terceiro setor.** 2ª Ed. Rio de janeiro: FGV, 2006.

FALCONER, Andrés Pablo & VILELA, Roberto. **Recursos Privados para Fins Públicos: as Grantmarkers Brasileiras.** São Paulo: Peirópolis, GIFE, 2001.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro.** 4ª Ed. São Paulo: Globo, 2008.

FERNANDES, Rubem Cesar. **Privado porém público: o terceiro setor na América Latina.** 2ª Ed. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

FERRAREZI, Elisabeth & REZENDE, Valéria. **OSCIP – Organização do Sociedade Civil de Interesse Público: a Lei 9.790/99 como alternativa para o terceiro setor.** Brasília: Comunidade Solidária, 2002.

FIGUEIRA, Thomas J.; BRENNAN, T. Corey & STERNBERG, Rachel Hall. **As lições de Gestão dos Clássicos.** Tradução de Maria João Camacho. Lisboa: Casa das Letras, 2008.

FORTIN, Yvonne (Dir.). **La Contratualisation dans le secteur public des pays industrialisés depuis 1980.** Paris: L'Harmattan, 1999.

FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos & DIAS, Maria Tereza Fonseca (Orgs.). **Políticas Públicas: Possibilidades e Limites.** Belo Horizonte: Fórum, 2008.

FRANÇA, Maria Adelaide de Campos. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública.** 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade Administrativa e o direito fundamental à boa administração pública.** São Paulo: Malheiros, 2007.

FREYRE, Gilberto. **Casa Grande & Senzala.** Rio de Janeiro, São Paulo: Record, 2000.

GABARDO, Emerson. **Eficiência e Legitimidade do Estado: uma análise das estruturas simbólicas do direito político.** Barueri: Manole, 2003.

GARCÍA DE ENTERRÍA; Eduardo & FERNÁNDES, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo.** 9º Ed. Madrid: Civistas, 1999, v. 1.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo.** 12ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GÉNÉREAUX, Jacques. **O horror político – o horror não é econômico**. Tradução de Eloá Jacobina. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Contratos e atos unilaterais**. Vol. III. São Paulo: Saraiva, 2007.

GONÇALVES, Pedro. **Entes Privados com Poderes Públicos: O Exercício de Poderes Públicos de Autoridade por Entidades Privadas com Funções Administrativas.** Coimbra: Almedina, 2005.

GONÇALVES, Pedro. **O Contrato Administrativo: Uma instituição do direito administrativo do nosso tempo.** Coimbra: Almedina, 2003.

GONH, Maria da Glória. **Conselhos gestores e participação sociopolítica**. São Paulo: Cortez, 2001.

GRAU, Nuria Cunill. **Repensando o Público através da sociedade: novas formas de gestão pública e representação social.** Tradução Carolina Andrade. Rio de Janeiro: Revan; Brasília: ENAP, 1998.

HELD, David. **Modelos de Democracia**. Tradução de Alexandre Sobreira Martins. Belo Horizonte: Paidéia, 1987.

HENRY, Nicholas. **Public Administration and Public Affairs.** 6ª ed. New Jersey: Prentice Hall, 1995.

HOBSBAWN, Eric. **Era dos Extremos: o breve século XX.** São Paulo: Compahia das Letras, 1995.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil.** 16ª Ed**.** Rio de Janeiro: Livraria José Olympio, 1983.

HONORATO, Cesar. **O fundo público e as relações entre Estado e Cidadania.** Revista de História Econômica & Economia Regional Aplicada. Vol 2, nº 4, jan./jul. 2008.

HOVEN, Rudy van den & NUNES, Maria Helena (Orgs.). **Desenvolvimento e Acção Local.** Lisboa: Fim de Século, 1996.

IRELLI, Vicenzo Cerulli & MORBIDELLI, Giuseppe (Coords.). **Ente Pubblico ed Enti Pubblici.** Torino: G. Giappiachelli Editore, 1994.

JEANTET, Thierry. **A Economia Social Européia.** Tradução de J. F. e F. M. Lisboa: Poseidon, 2002.

JÈZE, Gaston. **Princípios Generales del Derecho Administrativo.** Tomo 2. Buenos Aires: Depalma, 1949.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de Licitações e Constratos Administrativos.** São Paulo: Malheiros, 2005.

JUSTEN, Monica Spezia. **A noção de serviço público no direito europeu.** São Paulo: Dialética.

KEINERT, Tania Margarete Mezzomo. **Administração Pública no Brasil: crises e mudanças de paradigmas.** São Paulo: Annablume: FAPESP, 2007.

LAUBADÈRE, André de et al. **Traité des contrats administratifs.** Volume 1. Paris: LGDJ, 1983.

LAUBADÈRE, André de. **Direito Público Económico.** Coimbra: Almedina, 1985.

LAURELL, Asa Cristina (Org.). **Estado e Políticas Sociais no Neoliberalismo.** Tradução de Rodrigo León Contrera. São Paulo: Cortez, 1995.

LEAL, Rogério Gesta. **Estado, Administração Pública e Sociedade: novos paradigmas.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LERMAN, Ana Paula Gomes. **O Terceiro Setor da Economia e seu Relacionamento com a Administração Brasileira após a Constituição de 1988: Um olhar com ênfase nos princípios da legalidade e da proteção ao Interesse Público.** Dissertação de Mestrado apresentada a Universidade Clássica de Lisboa, sob a orientação do Professor Doutor José Alfredo de Oliveira Baracho, 2001/2002.

LIMA, Marinús Pires de. **A Europa Social: questões e desafios.** Análise Social. Lisboa:Instituto de Ciências Sociais, vol. XXVIII, n. 123/124, 1993.

LOBO, Thereza. Comunidade Solidária: **estratégia para o desenvolvimento social**. VII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Lisboa, Portugal, 8-11 Oct. 2002. p. 7. http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/CLAD/clad0044527.pdf Consulta em 23 de março de 2008.

LOPES, Otávio de Brito. **A Caixa-Preta do Sistema S.** Revista Jurídica Consulex, ano VII, nº 157, 31/07/2003

MACHETE, Rui Chancerelle de. **Estudos de Direito Público.** Coimbra: Ed. Coimbra, 2004.

MAHEU, Louis (Org.). **Social Movements and Social Classes.** London: SAGE, 1995.

MÂNICA, Fernando Borges. **Terceiro Setor e Imunidade Tributária**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MARAVALL, José María. **El control de los Políticos.** Madrid: Taurus, 2003.

MARTÍNEZ, María Salvador. **Autoridades independientes: Um análisis comparado de los Estados Unidos, el Reino Unido, alemania, Francia y España.** Barcelona: Ariel, 2002.

MARTINS, Margarida Salema d'Oliveira. **O Princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico política.** Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

MARTINS, Paulo Haus. **O Certificado de Fins Filantrópicos.** http://portaltributario.com.br/artigos/ certificadofinsfilantropicos. htm. Consulta em 12/12/2008.

MARTINS, Ives gandra da Silva. **Imunidades de Instituições sem Fins Lucrativos Dedicadas à Previdência e Assistência Social**. Revista Dialética de Direito Tributário nº 94. São Paulo: Dialética, julho de 2003.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Teoria da imposição tributária.** 2ª Ed. São Paulo: LTR, 1997.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; ELALI, André & PEIXOTO, Marcelo Magalhães (Coords). **Incentivos Fiscais: Questões pontuais nas esferas federal, estadual e municipal.** São Paulo: MP, 2007.

MATAIS, Andreza & WESTIN, Ricardo. **Procuradoria irá à Justiça contra anistia a filantrópicas**. Caderno Cotidiano. Folha de São Paulo, quarta-feira, 12 de novembro de 2008.

MATAIS, Andreza. **Senado devolve ao governo MP que anistia filantrópicas: Projeto foi alvo de constestação do presidente da Casa, que mandou proposta de volta.** Caderno Cotidiano. Folha de São Paulo, quinta-feira, 20 de novembro de 2008.

MATOS, Marcelo de matos. **Contratos de Gestão: instrumentos de ligação entre setores do aparelho do Estado.** Revista do Serviço Público, n. 48, n. 2, mai.-ago., 1997.

MEDAUAR, Odete. **A Processualidade no Direito Administrativo.** 2ª Ed. Revista e Ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução. 2ª edição revista, atualizada e ampliada.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Autarquias e Entidades Paraestatais.** Revista de Direito Administrativo, Rio de janeiro, 68: 17-49, abr./jun., 1962

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** Atualizado por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balesteiro Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. 32ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Célia Cunha. **O Fomento da Administração Pública.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 20ª Ed. Revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELO NETO, Francisco P. de & FROES, César. **Gestão da Responsabilidade Social Corporativa: ocaso brasileiro: da filantropia tradicional à filantropia de alto rendimento e ao empresarialismo social.** Rio de Janeiro: Qualimark, 2004.

MELO, Marcus André**. Reforma do Estado e Mudança Institucional no Brasil.** Recife: Massangana, 1999.

MENEZES, Aderson. **Teoria Geral do Estado.** 8ª Ed. Revista e atualizada por José Lindoso. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MILL, John Stuart. **Da Liberdade.** Tradução de Alberto da Rocha Barros. Petrópolis, Vozes, 1991.

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, Rio de janeiro, 210: 195-212, out./dez, 1997.

MODESTO, Paulo. **Reforma administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil: as dúvidas dos juristas sobre o modelo das organizações sociais.** Revista Diálogo Jurídico, Centro de Atualização Jurídica, Salvador, v. 1, n. 9, dez. 2001.

MODESTO, Paulo. **Reforma do Marco Legal do Terceiro Setor no Brasil.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 214:55-68, out./dez., 1998.

MONCADA, Luis Solano Cabral de. **O Problema do Critério do Contrato Administrativo e os Novos Contratos-Programa.** Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 1979.

MONTAÑO, Carlos. **Tercer Sector y Cuestión Social: Crítica al patrón emergente de intervención social.** 2ª Ed. Tradução: Ramiro Dulcich y Kátia Marro. São Paulo: Cortês, 2005.

MONTORO CHINER, M. J. **La inactividad administrativa em el proceso de ejecución de las leyes. Control jurisdiccional versus fracaso legislativo.** Revista de Administración Pública, num. 110, mayo-agosto, 1986.

MORAES, Germana Oliveira de. **Controle jurisdicional da Administração Pública.** 2ª Ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo.** 14ª ed. Rio de janeiro: Forense, 2005.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações de Direito Público.** Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno: legitimidade: finalidade: eficiência: resultados.** Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Terceiro Setor da Administração Pública. Organizações Sociais. Contratato de Gestão: Organizações sociais, Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público e seus "vínculos contratuais" com o Estado.** Revista de Direito Administrativo, Rio de janeiro, 227: 309-320, jan./mar. 2002.

MOREIRA, Vital & MARQUES, Maria Manuel L. **Desintervenção do Estado, privatização e regulação de serviços públicos.** Economia & Perspectiva, Vol II, nº 3/4, 1998.

MOREIRA, Vital. **Administração Autônoma e Associações Públicas.** Coimbra: Editora Coimbra, 1997.

MORÓN, Miguel Sánchez. **La Participacion del Ciudadano en la Administracion Publica.** Marid: Centro de Estúdios Constitucionales.

NABAIS, José Casalta. **Por um Estado Fiscal Suportável – Estudos de direito fiscal.** Coimbra: Almedina, 2005.

NIETO, Alejandro. **El desgobierno de lo Público.** Barcelona: Ariel, 2008.

NIETO, Alejandro. **La "nueva" organización del desgobierno.** 1ª Ed. 4ª Reimpressão, 2006.

NÓBREGA, Theresa Christine de Albuquerque. **As Organizações Sociais: Uma Tentativa de Mudança do Paradigma de Gestão Pública Social no Brasil.** Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, sob a orientação do Professor Doutor Francisco Queiroz Bezerra Cavalcanti, Recife, 2003.

NOGUEIRA, Marco Aurélio. **Um Estado para a Sociedade Civil: temas éticos e políticos da gestão democrática.** 2ª Ed. 2ª Reimpressão. São Paulo: Cortez, 2005.

NUNES, Edson. **A gramática política do Brasil: clientelismo e insulamento burocrático.** 3ª Ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

NUNES, João Arriscado. **Com mal ou com bem aos teus te atém: as solidariedades primárias e os limites da sociedade-providência.** Revista Crítica de Ciências Sociais. Coimbra: Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, número 42, maio de 1995.

O'DONNELL, Guilhermo. **Democracia Delegativa?** Novos Estudos CEBRAP, n. 31, out., 1991.

OLIVEIRA, Ana Cyntia de. **Sobre o Projeto de Lei nº 4.690, de 28/07/98.** http://www.rits.org.br/legislação_teste/lg_testes/lg_mat01_ma03a1_rlegis... Consulta em 12/12/2008.

OLIVEIRA, Anna Cynthia. **Terceiro Setor: uma agenda para a reforma do marco legal.** Rio de Janeiro: Comunidade Solidária, 1997.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de & MÂNICA, Fernando Borges. **Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público: Termo de Parceria e Licitação.** Fórum Administrativo – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 5, n. 49, p. 5209-5351, mar. 2005.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. (Coord.); CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de & VIOLIM, Tarso Cabral. (Orgs.). **Direito do Terceiro Setor: Atualidades e Perspectivas.** Curitiba: Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Paraná, 2006.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. (Coord.). **Terceiro Setor, Empresas e Estado: novas fronteiras entre o público e o privado**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Contrato de Gestão.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ORTIZ, Gaspar Ariño. **Economia y Estado: Crisis y reforma del sector público**. Madrid: Marcial Pons, 2003.

ORTIZ, Gaspar Ariño; CUÉTARA, J. M. de la & LÓPEZ-MUÑIZ, J. L. Martínez. **El Nuevo Servicio Público.** Madrid: Marcial Pons, 1997.

OTERO. Paulo. **Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade.** 1ª Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003.

PAES, José Edurado Sabo. **Fundações e Entidades de Interesse Social: Aspectos Jurídicos, admistrativos, Contábeis e tributários.** 2ª Ed., revista ampliada e atualizada. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

PARDO, José Casas & FRIEDRICH, Schneider (Orgs.). **Current Issues in Public Choice.** Cheltenham**:** Edward Elgar, 1996.

PEDROSO, Neide Akiko Fugivala. **As fundações e outras entidades do Terceiro Setor no Código Civil. Obrigações e encargos sociais decorrentes da prestação do trabalho e de outras relações jurídicas.** Gênesis, Curitiba, 23(135): 329-426 – março 2004.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Supervisão Ministerial e Tutela Administrativa.** Arquivos do Ministério da Justiça, Rio de Janeiro, a. 33, n. 139, p 1-200, jul/set 1976.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil.** 19. edição. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. 1.

PEREIRA, César A. Guimarães. **Usuários de serviços públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos.** São Paulo: Saraiva.

PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira (Org.). **O Novo Direito Administrativo Brasileiro: o Estado, as agências e o terceiro setor.** Belo Horizonte: Fórum, 2003.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser & GRAU, Nuria Cunill (Orgs.). **O público não-estatal na reforma do Estado.** Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999.

PEREIRA, Luiz Carlos; WILHEIM, Jorge; SOLA, Loudes (Orgs.). **Sociedade e Estado em Transformação.** São Paulo: UNESP, 2001.

PEREIRA. Luiz Carlos Bresser. **Reforma do Estado para a Cidadania: a reforma gerencial brasileira reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional.** São Paulo: Ed. 34; Brasília: ENAP, 1998.

PEREZ, Marcos Augusto. **A administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública.** Belo Horizonte: Fórum, 2004.

PERNAMBUCO, Tribunal de Contas. **Auditoria de Incursão.** Prefeitura de Verdejante, 2004.

PERSSINOTTO, Renato & FUKS, Mario (Orgs.). **Democracia: teoria e prática.** Rio de Janeiro: Relume Dumará; Curitiba: Fundação Araucária, 2002.

PESSOA, Robertônio Santos. **Administração e Regulação.** Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PESTANA, Marcio. **Direito Administrativo Brasileiro.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

PINGA, Franco. **Pubblico e Privato nella Dinamica delle Istituzioni.** Milano: Giuffrè, 1985.

PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício & ADRI, Renata Porto (Coords.). **Corrupção, Ética e Moralidade Administrativa.** Belo Horizonte: Fórum, 2008.

PORTUGAL - Direcção-Geral da Acção Social; António Teixeira; ed. lit. Núcleo de Documentação Técnica e Divulgação. **As Instituições de Solidariedade Social, as pectos da evolução do seu regime jurídico.** Lisboa: Direcção Geral da Acção Social, 1996.

PORTUGAL - Gabinete de Relações Públicas/Audiovisuais & LISBOA – Santa Casa de Misericórdia de Lisboa. **Misericódia de Lisboa – O compromisso da confraria.** Lisboa, 1994.

PUENTE Marcos Gómez. **La Inactividad de la Administración.** 2ª ed. Navarra: Arazandi, 2000.

PUTNAM, R. D.. **Making Democracy Work: Civil Traditions in Modern Italy.** Princeton: Princeton University Press, 1993.

RAFAEL, Edson José. **Fundações e direito.** São Paulo: Companhia Melhoramentos, 1997.

RAINAUD, Jean Marie. **Le Contrat administratif: volonté des parties o loi de service public.** Revue Du Droit Public, p. 1.183-1.204, set.-out. 1985.

RAMOS, Marcelo de Matos. **Contratos de Gestão: instrumentos de ligação entre os setores do aparelho do Estado.** Revista de Serviço Público, ano 48, número 2, mai.-ago./1997.

RÊGO, Patrícia Maria Alves Pedro Fonseca. **Instituições de Solidariedade Social: Participação Cívica e Desenvolvimento Local.** Dissertação apresentada à Universidade de Évora, com vista à obtenção do grau de Doutor em Geografia, orientada pelo Professor Doutor João Manuel Machado Ferrão, 2001.

REIS, Bruno. **Salazar e o Vaticano**. Lisboa: ICS – Instituto de Ciências Sociais, 2006.

REZENDE, Flávio da Cunha. **Por que falham as reformas administrativas?** Rio de Janeiro: FGV, 2004.

REZZOAGLI, Bruno Ariel. **Corrupocion y Contratos Publicos: Una vision desde la fiscalizacion del Tribunal de Cuentas.** Salamanca: Ratio Legis Librería Jurídica, 2005.

RIBEIRO, Cristina & LOURENÇO, Manuela. **O Controlo em Ambientes e Dimensões da Nova Gestão Pública.** Lisboa: Inspecção Geral de Finanças, 2006.

RIBEIRO, Luiz César de Queiroz & SANTOS JUNIOR, Orlando Alves dos. **As Metrópoles e a Questão Social Brasileira.** Rio de Janeiro: Revan, Fase, 2007.

RICHER, Laurent. **Manuel Droit dês Contrats Administratifs.** Paris: L.G.D.J., 1995.

RIGOLIN, Ivan Barbosa & BOTTINO, Marco Tullio. **Manual Prático das Licitações.** 6ª Ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006.

RIVERO, Jean & WALINE, Jean. **Droit Administratif.** 17ª Ed. Paris: Dalloz, 1998.

RIVERO, Jean et al. **La participation directe du citoyen à la vie politique et administrative.** Bruxelles: Bruylant Bruxelles, 1986.

RIVERO, Jean. **Droit Administratif.** 13ª Ed. Paris: Dalloz, 1990.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Terceiro Setor.** 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

ROCHA, Sílvio Luís. **Terceiro Setor.** São Paulo: Malheiros, 2003.

RODRIGUES, Fernanda & STOER, Stephen. **Entre a Parceria e o Paternariado: amigos amigos, negócios à parte.** Oeiras: Celta, 1998.

SADER, Emir & GENTILI, Pablo (Orgs.). **Pós-Neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático.** 6ª Ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

SALAMON, Lester & ANHEIER, Hemult, et al. **The emerging sector revisited. A Sumary.** Baltimore: The Jonhs Hopkins University, 1998.

SALAMON, Lester M & SOKOLOWSKI, S. Wojciech. **Global Civil Society: dimensions of the Nonprofit Sector.** V. 2. Bloomfield: Kumarian, 2004.

SALAMON, Lester. **America's nonprofit sector: a primer.** Nova York: Foudation Center, 1999.

SALAMON, Lester. The Voluntary sector and the future of the welfare state. **Nonprofit and Voluntary Sector Quartely.** V. 18. p.1, 1989

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A reinvenção solidária e participativa do estado.** Coimbra: Oficina do CES, n. 134, 1999.

SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). **Democratizar a Democracia: os caminhos da democracia participativa.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). **Portugal: um retrato singular.** Porto: Aforamento, 1993.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **As OSCIP (Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público) e a Administração Pública – Intermediação Fraudulenta de Mão-de-Obra Sob Uma Nova Roupa Jurídica.** Revista IOB de Direito Administrativo, Ano III, nº 26. Fevereiro de 2008.

SCAFF, Fernando Facury. **Contrato de Gestão, Serviços Sociais Autônomos e Intervenção do Estado.** Revista de direito Administrativo, Rio de Janeiro, 225: 273-297, jul./set., 2001.

SCHEIR, Adriana da Costa Ricardo. **A Participação Popular na Administração Pública: o direito de reclamação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. **La Teoría General Del Derecho Administrativo Como Sistema.** Madrid, Barcelona: Instituto Nacional de Administración Pública, Marcial Pons, 2003.

SOUTO, Marcus Juruena Villela. **Desestatização, Privatização, Concessões e Terceirizações.** 3ª Ed. Atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000.

SOUTO, Marcus Juruena Villela. **Direito Administrativo da Economia.** 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

SOUZA JUNIOR, José Geraldo de (Org.). **O direito achado na rua.** Salvador: Universidade da Bahia, 1987.

SOUZA, Paulino José Soares de – Visconde do Uruguay. **Ensaio sobre o Direito Administrativo.** Tomo I. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1862.

STENDARDI, Gian Galeazzo. **Scienza Dell'Amministrazione.** Milão: Giuffrè, 1994.

SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000.

SZAZI, Eduardo (Org.). **Terceiro Setor: Temas Polêmicos 1.** São Paulo: Peirópolis, 2004.

SZAZI, Eduardo (Org). **Terceiro Setor: Temas Polêmicos 2.** São Paulo: Peirópolis, 2004.

SZAZI, Eduardo. **Terceiro Setor: regulação no Brasil.** São Paulo: Peirópolis, 2003.

SZAZI, Eduardo. **Terceiro Setor: regulação no Brasil.** 2ª Ed. São Paulo: Peirópolis, 2001.

SZAZI, Eduardo. **Terceiro Setor: Regulação no Brasil.** 4º Ed. São Paulo: Peirópolis, 2006.

TANCREDO, Fabrizio Grandi Monteiro de. **O Princípio da Subsidiariedade.** Relatório da Disciplina de Direito Constitucional, apresentada ao Professor Dr. Jorge Miranda, no Curso de Aperfeiçoamento Conducente ao Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas da Universidade Clássica de Lisboa, 2003/2004.

TAUILLE, José Ricardo & FARIA, Luiz Augusto E. **Reforma do Estado, participação popular e democracia: por uma arquitetura de administrações participativas**

integradas. Ensaios FEE, Porto Alegre: Fundação de Economia e Estatística Siegfried Emanuel Heuser, v. 19, n. 1, p. 245-253, 1998.

TAVARES, José F. F. **A ponderação de interesses na gestão pública vs. gestão privada.** Coimbra: Almedina, 2008.

TEPEDINO, Gustavo & FACHIN, Luiz Edson (Coords.). **O Direito e Tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira.** Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2008.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **Da Democracia na América.** Tradução de José Lívio Dantas. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 1998.

TORRES, Sílvia Faber. **O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TUCHMAN, Bárbara W. **A Marcha da Insensatez: de Tróia ao Vietnã.** Tradução de Carlos de Oliveira Gomes. 7ª Ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2005.

VALLE, Vanice Lírio do. **Terceiro Setor e parcerias na Administração Pública: desfios ao controle das OS e OSCIPs.** Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS, Belo Horizonte, ano 2, n. 4, p. 47-64, jul./dez. 2008.

VASCONCELOS, Pedro Pais. **Teoria Geral do Direito Civil.** 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 2005.

VENANCIO FILHO, Alberto. **A intervenção do Estado no domínio econômico: o direito público econômico no Brasil.** Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

VIEIRA, Liszt.**Os argonautas da cidadania: a sociedade civil da globalização.** Rio de Janeiro: Record, 2001.

VIOLIN, Tarso Cabral. **As parcerias do "terceiro setor" com a Administração Pública.** Fórum Administrativo de Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 6, n. 70, p. 8219-8362, dez. 2006.

VIOLIN, Tarso Cabral. **Estado, Ordem Social e Privatização – as Terceirizações ilícitas da Administração pública por meio da Organizações Sociais, OSCIPs e demais entidades do "Terceiro Setor."** Revista IOB de Direito Administrativo, Ano III, nº 26, fevereiro de 2008.

VIOLIN, Tarso Cabral. **Terceiro Setor e as parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica.** Belo Horizonte: Fórum, 2006.

VIOLIN, Tarso Cabral. **Uma Análise Crítica do Ideário do Terceiro Setor no Contexto Neoliberal e as Parcerias com a Administração Pública.** Revista Zênite de Licitações e Contratos, ano XIII, nº 150, agosto de 2006.

WAGNER, Francisco Sosa. **El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XX: Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo.** Tomo I. Valencia: Titant lo blanch, 2000.

WAGNER, Francisco Sosa. **El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XX: Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo.** Tomo II. Valencia: Titant lo blanch, 2000.

WALD, Arnaldo; MORAES, Luiza Rangel de & WALD, Alexandre de M. **O direito de parceria e a lei de concessões: análise das Leis ns. 8.987/95 e 9.074/95 e legislação subseqüente.** 2ª Ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2004.

WATANABE, Marta. **Liminar proíbe que prefeitura de SP contrate OS para saúde sem concurso.** 1º Caderno. Valor Econômico, quarta-feira, 20 de agosto de 2008.

WELFORT, Francisco C. (Org.). **Os Clássicos da Política.** Volume 1. 13ª Ed. 8ª Reimpressão. São Paulo: Ática, 2003.

WERLE, Flávia Obino Correia. **Conselhos Muncipais de Educação: estudo genérico-histórico.** Cadernos de Pesquisa, n. 103, 123-135, 1998.

ZEN, Marcela Roza Leonardo. **Licitação e Terceiro Setor: reflexões sobre o concurso de projetos das OSCIPs.** Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS, Belo Horizonte, ano 2, n. 4, p. 65-83, jul./dez. 2008.

ANEXOS

1. Legislação brasileira
2. Legislação portuguesa
3. Relatório parcial de pesquisa empírica
4. Entrevistas

Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos

LEI No 9.790, DE 23 DE MARÇO DE 1999.

Regulamento

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.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

CAPÍTULO I

DA QUALIFICAÇÃO COMO

ORGANIZAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL

DE INTERESSE PÚBLICO

Art. 1º Podem qualificar-se como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público as pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, desde que os respectivos objetivos sociais e normas estatutárias atendam aos requisitos instituídos por esta Lei.

§ 1º Para os efeitos desta Lei, 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.

§ 2º A outorga da qualificação prevista neste artigo é ato vinculado ao cumprimento dos requisitos instituídos por esta Lei.

Art. 2º Não são passíveis de qualificação como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, ainda que se dediquem de qualquer forma às atividades descritas no art. 3º desta Lei:

I - as sociedades comerciais;

II - os sindicatos, as associações de classe ou de representação de categoria profissional;

III - as instituições religiosas ou voltadas para a disseminação de credos, cultos, práticas e visões devocionais e confessionais;

IV - as organizações partidárias e assemelhadas, inclusive suas fundações;

V - as entidades de benefício mútuo destinadas a proporcionar bens ou serviços a um círculo restrito de associados ou sócios;

VI - as entidades e empresas que comercializam planos de saúde e assemelhados;

VII - as instituições hospitalares privadas não gratuitas e suas mantenedoras;

VIII - as escolas privadas dedicadas ao ensino formal não gratuito e suas mantenedoras;

IX - as organizações sociais;

X - as cooperativas;

XI - as fundações públicas;

XII - as fundações, sociedades civis ou associações de direito privado criadas por órgão público ou por fundações públicas;

XIII - as organizações creditícias que tenham quaisquer tipo de vinculação com o sistema financeiro nacional a que se refere o art. 192 da Constituição Federal.

Art. 3º A qualificação instituída por esta Lei, observado em qualquer caso, o princípio da universalização dos serviços, no respectivo âmbito de atuação das Organizações, somente será conferida às pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujos objetivos sociais tenham pelo menos uma das seguintes finalidades:

I - promoção da assistência social;

II - promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico;

III - promoção gratuita da educação, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei;

IV - promoção gratuita da saúde, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei;

V - promoção da segurança alimentar e nutricional;

VI - defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável;

VII - promoção do voluntariado;

VIII - promoção do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza;

IX - experimentação, não lucrativa, de novos modelos sócio-produtivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito;

X - promoção de direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar;

XI - promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais;

XII - 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.

Parágrafo único. Para os fins deste artigo, a dedicação às atividades nele previstas configura-se 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.

Art. 4º Atendido o disposto no art. 3º, exige-se ainda, para qualificarem-se como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, que as pessoas jurídicas interessadas sejam regidas por estatutos cujas normas expressamente disponham sobre:

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

II - a adoção de 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;

III - a constituição de 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;

IV - a previsão de que, em caso de dissolução da entidade, o respectivo patrimônio líquido será transferido a outra pessoa jurídica qualificada nos termos desta Lei, preferencialmente que tenha o mesmo objeto social da extinta;

V - a previsão de que, na hipótese de a pessoa jurídica perder a qualificação instituída por esta Lei, o respectivo acervo patrimonial disponível, adquirido com recursos públicos durante o período em que perdurou aquela qualificação, será transferido a outra pessoa jurídica qualificada nos termos desta Lei, preferencialmente que tenha o mesmo objeto social;

VI - a possibilidade de se instituir remuneração para os dirigentes da entidade que atuem efetivamente na gestão executiva e para aqueles que a ela prestam serviços específicos, respeitados, em ambos os casos, os valores praticados pelo mercado, na região correspondente a sua área de atuação;

VII - 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 conforme previsto em regulamento;

d) a prestação de contas de todos os recursos e bens de origem pública recebidos pelas Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público será feita conforme determina o parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal.

Parágrafo único. É permitida a participação de servidores públicos na composição de conselho de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, vedada a percepção de remuneração ou subsídio, a qualquer título.(Incluído pela Lei nº 10.539, de 2002)

Art. 5º Cumpridos os requisitos dos arts. 3º e 4º desta Lei, a pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos, interessada em obter a qualificação instituída por esta Lei, deverá formular requerimento escrito ao Ministério da Justiça, instruído com cópias autenticadas dos seguintes documentos:

I - estatuto registrado em cartório;

II - ata de eleição de sua atual diretoria;

III - balanço patrimonial e demonstração do resultado do exercício;

IV - declaração de isenção do imposto de renda;

V - inscrição no Cadastro Geral de Contribuintes.

Art. 6º Recebido o requerimento previsto no artigo anterior, o Ministério da Justiça decidirá, no prazo de trinta dias, deferindo ou não o pedido.

§ 1º No caso de deferimento, o Ministério da Justiça emitirá, no prazo de quinze dias da decisão, certificado de qualificação da requerente como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público.

§ 2º Indeferido o pedido, o Ministério da Justiça, no prazo do § 1º, dará ciência da decisão, mediante publicação no Diário Oficial.

§ 3º O pedido de qualificação somente será indeferido quando:

I - a requerente enquadrar-se nas hipóteses previstas no art. 2º desta Lei;

II - a requerente não atender aos requisitos descritos nos arts. 3º e 4º desta Lei;

III - a documentação apresentada estiver incompleta.

Art. 7º 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 o devido contraditório.

Art. 8º 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 por esta Lei.

CAPÍTULO II

DO TERMO DE PARCERIA

Art. 9º Fica instituído o Termo de Parceria, assim considerado 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 no art. 3º desta Lei.

Art. 10. 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.

§ 1º 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.

§ 2º São cláusulas essenciais do Termo de Parceria:

I - a do objeto, que conterá a especificação do programa de trabalho proposto pela Organização da Sociedade Civil de Interesse Público;

II - a de estipulação das metas e dos resultados a serem atingidos e os respectivos prazos de execução ou cronograma;

III - a de previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de resultado;

IV - 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;

V - 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, independente das previsões mencionadas no inciso IV;

VI - 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 desta Lei, contendo os dados principais da documentação obrigatória do inciso V, sob pena de não liberação dos recursos previstos no Termo de Parceria.

Art. 11. 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.

§ 1º 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.

§ 2º A comissão encaminhará à autoridade competente relatório conclusivo sobre a avaliação procedida.

§ 3º Os Termos de Parceria destinados ao fomento de atividades nas áreas de que trata esta Lei estarão sujeitos aos mecanismos de controle social previstos na legislação.

Art. 12. 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.

Art. 13. Sem prejuízo da medida a que se refere o art. 12 desta Lei, havendo indícios fundados de malversação de bens ou recursos de origem pública, os responsáveis pela fiscalização 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, além de outras medidas consubstanciadas na Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, e na Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990.

§ 1º O pedido de seqüestro será processado de acordo com o disposto nos arts. 822 e 825 do Código de Processo Civil.

§ 2º 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, nos termos da lei e dos tratados internacionais.

§ 3º 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.

Art. 14. A organização parceira fará publicar, no prazo máximo de trinta dias, contado da assinatura do Termo de Parceria, regulamento próprio contendo os procedimentos que adotará para a contratação de obras e serviços, bem como para compras com emprego de recursos provenientes do Poder Público, observados os princípios estabelecidos no inciso I do art. 4º desta Lei.

Art. 15. Caso a organização adquira bem imóvel com recursos provenientes da celebração do Termo de Parceria, este será gravado com cláusula de inalienabilidade.

CAPÍTULO III

DAS DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS

Art. 16. É vedada às entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público a participação em campanhas de interesse político-partidário ou eleitorais, sob quaisquer meios ou formas.

Art. 17. O Ministério da Justiça permitirá, mediante requerimento dos interessados, livre acesso público a todas as informações pertinentes às Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público.

~~Art. 18. As pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos, qualificadas com base em outros diplomas legais, poderão qualificar-se como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, desde que atendidos os requisitos para tanto exigidos, sendo-lhes assegurada a manutenção simultânea dessas qualificações, até dois anos contados da data de vigência desta Lei.~~

~~§ 1º Findo o prazo de dois anos, a pessoa jurídica interessada em manter a qualificação prevista nesta Lei deverá por ela optar, fato que implicará a renúncia automática de suas qualificações anteriores.~~

Art. 18. As pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos, qualificadas com base em outros diplomas legais, poderão qualificar-se como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, desde que atendidos aos requisitos para tanto exigidos, sendo-lhes assegurada a manutenção simultânea dessas qualificações, até cinco anos contados da data de vigência desta Lei. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.216-37, de 2001)

§ 1º Findo o prazo de cinco anos, a pessoa jurídica interessada em manter a qualificação prevista nesta Lei deverá por ela optar, fato que implicará a renúncia automática de suas qualificações anteriores. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.216-37, de 2001)

§ 2º Caso não seja feita a opção prevista no parágrafo anterior, a pessoa jurídica perderá automaticamente a qualificação obtida nos termos desta Lei.

Art. 19. O Poder Executivo regulamentará esta Lei no prazo de trinta dias.

Art. 20. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 23 de março de 1999; 178º da Independência e 111º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO
Renan Calheiros
Pedro Mallan
Ailton Barcelos Fernandes
Paulo Renato Souza
Francisco Dornelles
Waldeck Ornélas
José Serra
Paulo Paiva
Clovis de Barros Carvalho

Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 24.3.1999

Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos

DECRETO No 3.100, DE 30 DE JUNHO DE 1999.

Texto republicado

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.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso das atribuições que lhe confere o art. 84, incisos IV e VI, da Constituição,

DECRETA :

Art. 1º O pedido de qualificação como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público será dirigido, pela pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos que preencha os requisitos dos arts. 1º, 2º, 3º e 4º da Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999, ao Ministério da Justiça por meio do preenchimento de requerimento escrito e apresentação de cópia autenticada dos seguintes documentos:

I - estatuto registrado em Cartório;

II - ata de eleição de sua atual diretoria;

III - balanço patrimonial e demonstração do resultado do exercício;

IV - declaração de isenção do imposto de renda; e

V - inscrição no Cadastro Geral de Contribuintes/Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CGC/CNPJ).

Art. 2º O responsável pela outorga da qualificação deverá verificar a adequação dos documentos citados no artigo anterior com o disposto nos arts. 2º, 3º e 4º da Lei nº 9.790, de 1999, devendo observar:

I - se a entidade tem finalidade pertencente à lista do art. 3º daquela Lei;

II - se a entidade está excluída da qualificação de acordo com o art. 2º daquela Lei;

III - se o estatuto obedece aos requisitos do art. 4º daquela Lei;

IV - na ata de eleição da diretoria, se é a autoridade competente que está solicitando a qualificação;

V - se foi apresentado o balanço patrimonial e a demonstração do resultado do exercício;

VI - se a entidade apresentou a declaração de isenção do imposto de renda à Secretaria da Receita Federal; e

VII - se foi apresentado o CGC/CNPJ.

Art. 3º O Ministério da Justiça, após o recebimento do requerimento, terá o prazo de trinta dias para deferir ou não o pedido de qualificação, ato que será publicado no Diário Oficial da União no prazo máximo de quinze dias da decisão.

§ 1º No caso de deferimento, o Ministério da Justiça emitirá, no prazo de quinze dias da decisão, o certificado da requerente como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público.

§ 2º Deverão constar da publicação do indeferimento as razões pelas quais foi denegado o pedido.

§ 3º A pessoa jurídica sem fins lucrativos que tiver seu pedido de qualificação indeferido poderá reapresentá-lo a qualquer tempo.

Art. 4º Qualquer cidadão, vedado o anonimato e respeitadas as prerrogativas do Ministério Público, desde que amparado por evidências de erro ou fraude, é parte legítima para requerer, judicial ou administrativamente, a perda da qualificação como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público.

Parágrafo único. A perda da qualificação dar-se-á mediante decisão proferida em processo administrativo, instaurado no Ministério da Justiça, de ofício ou a pedido do interessado, ou judicial, de iniciativa popular ou do Ministério Público, nos quais serão assegurados a ampla defesa e o contraditório.

Art. 5º Qualquer alteração da finalidade ou do regime de funcionamento da organização, que implique mudança das condições que instruíram sua qualificação, deverá ser comunicada ao Ministério da Justiça, acompanhada de justificativa, sob pena de cancelamento da qualificação.

Art. 6º Para fins do art. 3º da Lei nº 9.790, de 1999, entende-se:

I - como Assistência Social, o desenvolvimento das atividades previstas no art. 3º da Lei Orgânica da Assistência Social;

II - por promoção gratuita da saúde e educação, a prestação destes serviços realizada pela Organização da Sociedade Civil de Interesse Público mediante financiamento com seus próprios recursos.

§ 1º Não são considerados recursos próprios aqueles gerados pela cobrança de serviços de qualquer pessoa física ou jurídica, ou obtidos em virtude de repasse ou arrecadação compulsória.

§ 2º O condicionamento da prestação de serviço ao recebimento de doação, contrapartida ou equivalente não pode ser considerado como promoção gratuita do serviço.

Art. 7º Entende-se como benefícios ou vantagens pessoais, nos termos do inciso II do art. 4º da Lei nº 9.790, de 1999, os obtidos:

I - pelos dirigentes da entidade e seus cônjuges, companheiros e parentes colaterais ou afins até o terceiro grau;

II - pelas pessoas jurídicas das quais os mencionados acima sejam controladores ou detenham mais de dez por cento das participações societárias.

Art. 8º Será firmado entre o Poder Público e as entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, Termo de Parceria destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes, para o fomento e a execução das atividades de interesse público previstas no art. 3º da Lei nº 9.790, de 1999.

Parágrafo único. O Órgão estatal firmará o Termo de Parceria mediante modelo padrão próprio, do qual constarão os direitos, as responsabilidades e as obrigações das partes e as cláusulas essenciais descritas no art. 10, § 2º, da Lei nº 9.790, de 1999.

Art. 9º O órgão estatal responsável pela celebração do Termo de Parceria verificará previamente o regular funcionamento da organização.

Art. 10. Para efeitos da consulta mencionada no art. 10, § 1º, da Lei nº 9.790, de 1999, o modelo a que se refere o art. 10 deverá ser preenchido e remetido ao Conselho de Política Pública competente.

§ 1º A manifestação do Conselho de Política Pública será considerada para a tomada de decisão final em relação ao Termo de Parceria.

§ 2º Caso não exista Conselho de Política Pública da área de atuação correspondente, o órgão estatal parceiro fica dispensado de realizar a consulta, não podendo haver substituição por outro Conselho.

§ 3º O Conselho de Política Pública terá o prazo de trinta dias, contado a partir da data de recebimento da consulta, para se manifestar sobre o Termo de Parceria, cabendo ao órgão estatal responsável, em última instância, a decisão final sobre a celebração do respectivo Termo de Parceria.

§ 4º O extrato do Termo de Parceria, conforme modelo constante do Anexo I deste Decreto, deverá ser publicado pelo órgão estatal parceiro no Diário Oficial, no prazo máximo de quinze dias após a sua assinatura.

Art. 11. Para efeito do disposto no art. 4º, inciso VII, alíneas "c" e "d", da Lei nº 9.790, de 1999, entende-se por prestação de contas a comprovação da correta aplicação dos recursos repassados à Organização da Sociedade Civil de Interesse Público.

§ 1º As prestações de contas anuais serão realizadas sobre a totalidade das operações patrimoniais e resultados das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público.

§ 2º A prestação de contas será instruída com os seguintes documentos:

I - relatório anual de execução de atividades;

II - demonstração de resultados do exercício;

III - balanço patrimonial;

IV - demonstração das origens e aplicações de recursos;

V - demonstração das mutações do patrimônio social;

VI - notas explicativas das demonstrações contábeis, caso necessário; e

VII - parecer e relatório de auditoria nos termos do art. 20 deste Decreto, se for o caso.

Art. 12. Para efeito do disposto no § 2º, inciso V, do art. 10 da Lei nº 9.790, de 1999, entende-se por prestação de contas relativa à execução do Termo de Parceria a comprovação, perante o órgão estatal parceiro, da correta aplicação dos recursos públicos recebidos e do adimplemento do objeto do Termo de Parceria, mediante a apresentação dos seguintes documentos:

I - relatório sobre a execução do objeto do Termo de Parceria, contendo comparativo entre as metas propostas e os resultados alcançados;

II - demonstrativo integral da receita e despesa realizadas na execução;

III - parecer e relatório de auditoria, nos casos previstos no art. 20; e

IV - entrega do extrato da execução física e financeira estabelecido no art. 19.

Art. 13. O Termo de Parceria poderá ser celebrado por período superior ao do exercício fiscal.

§ 1º Caso expire a vigência do Termo de Parceria sem o adimplemento total do seu objeto pelo órgão parceiro ou havendo excedentes financeiros disponíveis com a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, o referido Termo poderá ser prorrogado.

§ 2º As despesas previstas no Termo de Parceria e realizadas no período compreendido entre a data original de encerramento e a formalização de nova data de término serão consideradas como legítimas, desde que cobertas pelo respectivo empenho.

Art. 14. A liberação de recursos financeiros necessários à execução do Termo de Parceria far-se-á em conta bancária específica, a ser aberta em banco a ser indicado pelo órgão estatal parceiro.

Art. 15. A liberação de recursos para a implementação do Termo de Parceria obedecerá ao respectivo cronograma, salvo se autorizada sua liberação em parcela única.

Art. 16. É possível a vigência simultânea de um ou mais Termos de Parceria, ainda que com o mesmo órgão estatal, de acordo com a capacidade operacional da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público.

Art. 17. O acompanhamento e a fiscalização por parte do Conselho de Política Pública de que trata o art. 11 da Lei nº 9.790, de 1999, não pode introduzir nem induzir modificação das obrigações estabelecidas pelo Termo de Parceria celebrado.

§ 1º Eventuais recomendações ou sugestões do Conselho sobre o acompanhamento dos Termos de Parceria deverão ser encaminhadas ao órgão estatal parceiro, para adoção de providências que entender cabíveis.

§ 2º O órgão estatal parceiro informará ao Conselho sobre suas atividades de acompanhamento.

Art. 18. O extrato da execução física e financeira, referido no art. 10, § 2º, inciso VI, da Lei nº 9.790, de 1999, deverá ser preenchido pela Organização da Sociedade Civil de Interesse Público e publicado na imprensa oficial da área de abrangência do projeto, no prazo máximo de sessenta dias após o término de cada exercício financeiro, de acordo com o modelo constante do Anexo II deste Decreto.

Art. 19. A Organização da Sociedade Civil de Interesse Público deverá realizar auditoria independente da aplicação dos recursos objeto do Termo de Parceria, de acordo com a alínea

"c", inciso VII, do art. 4º da Lei nº 9.790, de 1999, nos casos em que o montante de recursos for maior ou igual a R$ 600.000,00 (seiscentos mil reais).

§ 1º O disposto no **caput** aplica-se também aos casos onde a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público celebre concomitantemente vários Termos de Parceria com um ou vários órgãos estatais e cuja soma ultrapasse aquele valor.

§ 2º A auditoria independente deverá ser realizada por pessoa física ou jurídica habilitada pelos Conselhos Regionais de Contabilidade.

§ 3º Os dispêndios decorrentes dos serviços de auditoria independente deverão ser incluídas no orçamento do projeto como item de despesa.

§ 4º Na hipótese do § 1º, poderão ser celebrados aditivos para efeito do disposto no parágrafo anterior.

Art. 20. A comissão de avaliação de que trata o art. 11, § 1º, da Lei nº 9.790, de 1999, deverá ser composta por dois membros do respectivo Poder Executivo, um da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público e um membro indicado pelo Conselho de Política Pública da área de atuação correspondente, quando houver.

Parágrafo único. Competirá à comissão de avaliação monitorar a execução do Termo de Parceria.

Art. 21. A Organização da Sociedade Civil de Interesse Público fará publicar na imprensa oficial da União, do Estado ou do Município, no prazo máximo de trinta dias, contado a partir da assinatura do Termo de Parceria, o regulamento próprio a que se refere o art. 14 da Lei nº 9.790, de 1999, remetendo cópia para conhecimento do órgão estatal parceiro.

Art. 22. Para os fins dos), a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público indicará, para cada Termo de Parceria, pelo menos um dirigente, que será responsável pela boa administração dos recursos recebidos.

Parágrafo único. O nome do dirigente ou dos dirigentes indicados será publicado no extrato do Termo de Parceria.

Art. 23. A escolha da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, para a celebração do Termo de Parceria, poderá ser feita por meio de publicação de edital de concursos de projetos pelo órgão estatal parceiro para obtenção de bens e serviços e para a realização de atividades, eventos, consultorias, cooperação técnica e assessoria.

Parágrafo único. Instaurado o processo de seleção por concurso, é vedado ao Poder Público celebrar Termo de Parceria para o mesmo objeto, fora do concurso iniciado.

Art. 24. Para a realização de concurso, o órgão estatal parceiro deverá preparar, com clareza, objetividade e detalhamento, a especificação técnica do bem, do projeto, da obra ou do serviço a ser obtido ou realizado por meio do Termo de Parceria.

Art. 25. Do edital do concurso deverá constar, no mínimo, informações sobre:

I - prazos, condições e forma de apresentação das propostas;

II - especificações técnicas do objeto do Termo de Parceria;

III - critérios de seleção e julgamento das propostas;

IV - datas para apresentação de propostas;

V - local de apresentação de propostas;

VI - datas do julgamento e data provável de celebração do Termo de Parceria; e

VII - valor máximo a ser desembolsado.

Art. 26. A Organização da Sociedade Civil de Interesse Público deverá apresentar seu projeto técnico e o detalhamento dos custos a serem realizados na sua implementação ao órgão estatal parceiro.

Art. 27. Na seleção e no julgamento dos projetos, levar-se-ão em conta:

I - o mérito intrínseco e adequação ao edital do projeto apresentado;

II - a capacidade técnica e operacional da candidata;

III - a adequação entre os meios sugeridos, seus custos, cronogramas e resultados;

IV - o ajustamento da proposta às especificações técnicas;

V - a regularidade jurídica e institucional da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público; e

VI - a análise dos documentos referidos no art. 12, § 2º, deste Decreto.

Art. 28. Obedecidos aos princípios da administração pública, são inaceitáveis como critério de seleção, de desqualificação ou pontuação:

I - o local do domicílio da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público ou a exigência de experiência de trabalho da organização no local de domicílio do órgão parceiro estatal;

II - a obrigatoriedade de consórcio ou associação com entidades sediadas na localidade onde deverá ser celebrado o Termo de Parceria;

III - o volume de contrapartida ou qualquer outro benefício oferecido pela Organização da Sociedade Civil de Interesse Público.

Art. 29. O julgamento será realizado sobre o conjunto das propostas das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, não sendo aceitos como critérios de julgamento os aspectos jurídicos, administrativos, técnicos ou operacionais não estipulados no edital do concurso.

Art. 30. O órgão estatal parceiro designará a comissão julgadora do concurso, que será composta, no mínimo, por um membro do Poder Executivo, um especialista no tema do concurso e um membro do Conselho de Política Pública da área de competência, quando houver.

§ 1º O trabalho dessa comissão não será remunerado.

§ 2º O órgão estatal deverá instruir a comissão julgadora sobre a pontuação pertinente a cada item da proposta ou projeto e zelará para que a identificação da organização proponente seja omitida.

§ 3º A comissão pode solicitar ao órgão estatal parceiro informações adicionais sobre os projetos.

§ 4º A comissão classificará as propostas das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público obedecidos aos critérios estabelecidos neste Decreto e no edital.

Art. 31. Após o julgamento definitivo das propostas, a comissão apresentará, na presença dos concorrentes, os resultados de seu trabalho, indicando os aprovados.

§ 1º O órgão estatal parceiro:

I - não examinará recursos administrativos contra as decisões da comissão julgadora;

II - não poderá anular ou suspender administrativamente o resultado do concurso nem celebrar outros Termos de Parceria, com o mesmo objeto, sem antes finalizar o processo iniciado pelo concurso.

§ 2º Após o anúncio público do resultado do concurso, o órgão estatal parceiro o homologará, sendo imediata a celebração dos Termos de Parceria pela ordem de classificação dos aprovados.

Art. 32. O Ministro de Estado da Justiça baixará portaria no prazo de quinze dias, a partir da publicação deste Decreto, regulamentando os procedimentos para a qualificação.

Art. 33. Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 30 de junho de 1999; 178º da Independência e 111º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO
Paulo Affonso Martins de Oliveira
Pedro Parente
Clovis de Barros Carvalho

Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 1.7.1999

ANEXO I

(Nome do Órgão Público) .....
Extrato de Termo de Parceria
Custo do Projeto: .....
Local de Realização do Projeto: .....
Data de assinatura do TP: ...../...../..... Início do Projeto: . ...../...../..... Término: ...../...../.....
Objeto do Termo de Parceria (descrição sucinta do projeto):
Nome da OSCIP: ....
Endereço: ....
Cidade: ..... UF: ..... CEP: .....
Tel.: ..... Fax: ..... E-mail: .....

Nome do responsável pelo projeto: .....

Cargo / Função: .....

ANEXO II

(Nome do Órgão Público)

.....

Extrato de Relatório de Execução Física e Financeira de Termo de Parceria

Custo do projeto: .....

Local de realização do projeto: .....

Data de assinatura do TP: ...../...../..... Início do projeto: ...../...../..... Término : ...../...../.....

Objetivos do projeto:

Resultados alcançados:

Custos de Implementação do Projeto

Categorias de despesa	Previsto	Realizado	Diferença
.....	.....	.....	.....
.....	.....	.....	.....
.....	.....	.....	.....
.....	.....	.....	.....
TOTAIS:	.....	.....	.....

Nome da OSCIP: .....

Endereço: .....

Cidade: ..... UF: ..... CEP: .....

Tel.: ..... Fax: ..... E-mail: .....

Nome do responsável pelo projeto: .....

Cargo / Função: .....

DESPACHO NORMATIVO N.º 75/92 DE 20 DE MAIO

DO MINISTÉRIO DO EMPREGO E DA SEGURANÇA SOCIAL

A Constituição da República Portuguesa, no n.º 3 do artigo 63.º, consagra o direito de livre constituição de instituições particulares de solidariedade social não lucrativas, tendo em vista a prossecução de objectivos de segurança social, nomeadamente através do desenvolvimento de actividades de acção social de apoio à família, infância, juventude, população com deficiência e à terceira idade, instituições que, atendendo aos relevantes objectivos sociais que livremente prosseguem, são regulamentadas por lei e estão sujeitas a fiscalização do Estado.

O exercício da acção social visa, por um lado, prevenir situações de carência, disfunção e marginalização social e a integração comunitária e, por outro, resolver, numa perspectiva de desenvolvimento social e económico, problemas sociais que afectam as pessoas e famílias, assegurando-se uma especial protecção quer aos grupos mais vulneráveis quer às pessoas que se encontrem em situação de maior carência económica ou social.

Para se conseguir aquele desiderato que norteia a intervenção dinâmica da acção social, impõe-se um esforço alargado da comunidade e uma melhor intervenção dos organismos oficiais, autárquicos e das organizações particulares sem finalidade lucrativa, na convicção de que através de uma inter ajuda, coordenação e articulação das entidades oficiais e particulares se torna mais acessível combater as desigualdades sociais ainda existentes, corrigir assimetrias e, com os recursos humanos e financeiros disponíveis, resolver, assim, um maior número de carências sociais, privilegiando-se os grupos e pessoas mais desfavorecidos.

Nesta essencial área de actuação, o Estado reconhece e valoriza o importante e insubstituível papel das instituições particulares de solidariedade social. Reconhecimento e valorização que são efectivos, na medida em que se traduzem na concessão de crescentes e significativos apoios de natureza material, técnica e financeira, cujo contributo é determinante para que as instituições alarguem a sua área de actuação e melhorem os serviços e o atendimento personalizado que as pessoas e famílias merecem.

Conforme previsto no Estatuto das Instituições Particulares de Solidariedade Social, a concessão dos referidos apoios é efectivada através da celebração de acordos de cooperação para salvaguarda dos direitos e obrigações das partes envolvidas, atento o fim eminentemente social, que se traduz no desenvolvimento de serviços e actividades, que ao Estado incumbe prioritariamente garantir.

Para além das instituições particulares de solidariedade social, a lei prevê que a acção social pode ser exercida por outras entidades sem finalidade lucrativa, referidas no artigo 33.º da Lei n.º 28/84, de 14 de Agosto.

Encontram-se abrangidos pela citada disposição legal designadamente as casas do povo e as cooperativas que desenvolvam acções de carácter social relacionadas com a criação e o funcionamento de equipamentos e serviços sociais.

Quanto às casas do povo, o regime instituído pelo Decreto-Lei n.º 246/90, de 27 de Julho, possibilita a realização de protocolos com os centros regionais de segurança social, com a referência de que os inerentes encargos devem ser prioritariamente suportados através dos meios financeiros do Fundo Comum das Casas do Povo.

No que concerne às cooperativas que, a título secundário e sem finalidade lucrativa, desenvolvam actividades do âmbito da segurança social, a concessão dos apoios financeiros do Estado e de outras regalias resulta, nomeadamente, do disposto nos artigos 18.º e 25.º do Decreto-Lei n.º 441-A/82, de 6 de Novembro.

Atentas as diversas formas que as cooperativas podem adoptar face à legislação que lhes é aplicável, apenas se consideram abrangidos pelo presente diploma as que actuam no âmbito da educação e integração sócio-económica, constituídas pelos utentes, seus pais ou encarregados de educação, designadas por cooperativas de utentes, de harmonia com o Código Cooperativo e o citado Decreto-Lei n.º 441-A/82.

Com o presente diploma pretende-se aperfeiçoar os instrumentos de cooperação existentes, quer clarificando determinadas questões susceptíveis de duvidosa interpretação quer permitindo um melhor relacionamento institucional e integrando normas que facilitem uma actuação pronta e eficaz na resolução de eventuais dúvidas ou conflitos.

Assim, de entre as alterações introduzidas relativamente ao Despacho Normativo n.º 12/88, de 12 de Março, cumpre destacar as seguintes:

a) Alargamento do âmbito de aplicação às casas do povo e às cooperativas de educação e ensino constituídas por utentes ou seus representantes que prossigam, sem finalidade lucrativa, idênticos objectivos de solidariedade aos prosseguidos pelas instituições particulares de solidariedade social, com salvaguarda, naturalmente, do regime jurídico institucional que lhes é aplicável;
b) Melhor caracterização das actividades, serviços e estabele-cimentos das instituições, adequando-os à realidade;
c) Inclusão de normas específicas para a celebração de acordos de gestão relativos à utilização de instalações e equipamentos pertencentes ao Estado, regulamentando-se, desta forma, o previsto no n.º 3 do artigo 4.º do Estatuto das Instituições Particulares de Solidariedade Social;
d) Constituição de comissões de acompanhamento e avaliação da cooperação entre os centros regionais e as instituições, com o objectivo de procederem à reflexão e análise de questões suscitadas pela aplicação dos instrumento sobre a matéria, sugerindo,

designadamente, aos serviços competentes as medidas adequadas com vista a um melhor relacionamento institucional.
Para a resolução de eventuais conflitos recorrer-se-à à intervenção de comissões arbitrais, conforme previsto no artigo 47.º da Lei n.º 28/84, de 14 de Agosto;

e) Finalmente, integram-se normas relativas às condições a obser-var quanto à concessão dos apoios financeiros a atribuir às instituições de âmbito nacional e às uniões e federações cuja actividade principal, embora não se traduza na prestação de serviços ou manutenção de equipamentos sociais, visa o desenvolvimento de acções de interesse comum a diversos estabelecimentos ou em benefício das próprias instituições.

Desta forma, congregaram-se também num único diploma disposições que até esta data se encontravam dispersas por vários diplomas.

Nestes termos, e considerando, designadamente, o disposto no artigo 4.º do Estatuto das Instituições Particulares de Solidariedade Social, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 119/83, de 25 de Fevereiro, no artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 246/90, de 27 de Julho, e no Código Cooperativo e legislação complementar, ao abrigo do artigo 202.º, alínea g), da Constituição, aprovo as presentes normas, que fazem parte integrante deste diploma, as quais passarão a regular os acordos de cooperação entre os centros regionais de segurança social e as instituições particulares de solidariedade social e outras organizações não lucrativas que prossigam idênticos fins.

Normas reguladoras de cooperação entre os centros regionais de segurança social e as instituições particulares de solidariedade social

Norma I

Âmbito de aplicação

1 - As presentes normas definem os critérios gerais de cooperação entre os centros regionais de segurança social e as instituições particulares de solidariedade social, em conformidade com o Estatuto das Instituições Particulares de Solidariedade Social, aprovado pelo Decreto-Lei n.º119/83, de 25 de Fevereiro.

2 - As presentes normas aplicam-se igualmente, com as necessárias adaptações, aos acordos de cooperação a celebrar com as casas do povo e com as cooperativas de educação ou ensino, constituídas por utentes ou seus representantes,

que, sem finalidade lucrativa, desenvolvam actividades de acção social do âmbito da segurança social.

3 - No presente diploma são designados abreviadamente por centros regionais os centros regionais de segurança social e por instituições as instituições particulares de solidariedade social, as casas do povo e as cooperativas referidos nos números anteriores.

4 - A cooperação entre os centros regionais e as instituições é estabelecida mediante a celebração de acordos, revestindo as seguintes formas:

a) Acordos de cooperação;

b) Acordos de gestão.

Norma II

Finalidade da cooperação

A cooperação entre os centros regionais e as instituições tem por finalidade a concessão de prestações sociais e baseia-se no reconhecimento e valorização, por parte do Estado, do contributo das instituições para a realização dos fins da acção social, enquanto expressão organizada da sociedade civil.

Norma III

Objectivos dos acordos de cooperação

Os acordos de cooperação entre os centros regionais e as instituições têm por objectivo:

a) A prossecução de acções, por parte das instituições, que visem o apoio a crianças, jovens, deficientes, idosos e à família, bem como a prevenção e a reparação de situações de carência, de disfunção e

marginalização social e o desenvolvimento das comunidades e a integração e promoção social;

b) O apoio e o estímulo às iniciativas das instituições que, sem fins lucrativos e numa base de voluntariado social, contribuam para a realização dos fins da acção social.

Norma IV

Objectivos dos acordos de gestão

1 - Os acordos de gestão visam confiar às instituições a gestão de instalações, serviços e estabelecimentos que devam manter-se afectos ao exercício das actividades do âmbito da acção social, quando daí resultam benefícios para o atendimento dos utentes, interesse para a comunidade e um melhor aproveitamento dos recursos disponíveis.

2 - Os acordos referidos no número anterior só podem ser celebrados com as instituições em cujos objectivos estatutários se enquadrem as actividades desenvolvidas ou a desenvolver nas instalações e estabelecimentos que sejam objecto dos acordos.

...

Norma VI

Apoio a crianças e jovens com deficiência

As actividades de educação especial e outras formas de apoio a crianças e jovens com deficiência devem ter, fundamentalmente, os seguintes objectivos:

a) Contribuir para a formação integral da personalidade e para a inserção familiar e social das crianças e jovens;

b) Assegurar o desenvolvimento das aptidões das crianças e jovens com deficiência e estimular as suas potencialidades.

...

Norma VIII

Apoio à população adulta com deficiência

As acções de apoio à população adulta com deficiência devem ter em vista:

a) Estimular a participação do deficiente adulto na resolução dos seus próprios problemas e na vida social e cultural da comunidade;
b) Promover a integração social do adulto com deficiência, através da actuação de serviços e equipamentos adequados à satisfação das suas necessidades.

...

Norma X

Estabelecimentos sociais

As actividades das instituições referidos nas normas V a IX podem ser desenvolvidas em estabelecimentos sociais, designadamente:

a) Creches e jardins-de-infância;
b) Centros de actividades de tempos livres;
c) Lares de apoio a crianças e jovens;
d) Estabelecimentos de educação especial;
e) Lares e centros de dia ou de convívio para idosos;
f) Centros de apoio ocupacional e lares de apoio a adultos com deficiência;
g) Colónias de férias;
h) Comunidades terapêuticas, centros de dia para toxicodependentes e lares de reinserção;
i) Cantinas sociais;
j) Centros comunitários e interinstitucionais de intervenção sócio-educativa.

...

Norma XII

Pressupostos para a celebração dos acordos

A celebração e manutenção dos acordos de cooperação celebrados ou a celebrar entre os centros regionais e as instituições pressupõem, designadamente:

1 - O reconhecimento da natureza particular das instituições e, consequentemente, do seu direito de livre actuação e da sua plena capacidade contratual, com respeito pelas normas legais aplicáveis;

2 - A aceitação do princípio de que se devem privilegiar as famílias, os grupos e os indivíduos económica e socialmente desfavorecidos;

3 - O reconhecimento da idoneidade das instituições e, bem assim, da existência de condições mínimas necessárias ao normal desenvolvimento das actividades, designadamente ao nível do adequado dimensionamento e funcionalidade dos equipamentos e dos aspectos inerentes à capacidade técnica e de gestão;

4 - A co-responsabilização solidária do Estado nos domínios da comparticipação financeira e do apoio técnico, por forma a favorecer-se o desenvolvimento das actividades e a prestação de serviços das instituições;

5 - A colaboração das instituições com os centros regionais e demais serviços do Ministério do Emprego e da Segurança Social no exercício da acção social, em ordem à optimização das respostas sociais e à rentabilização dos recursos financeiros disponíveis para o efeito.

Norma XIII

Condições para a celebração de acordos

1 - A celebração dos acordos depende:

a) Do registo das instituições ou do licenciamento dos estabelecimentos do âmbito da segurança social, de harmonia com a legislação aplicável, devendo, relativamente às cooperativas, a respectiva situação jurídico-institucional ser comprovada através de credencial do Instituto António Sérgio;
b) Da verificação das necessidades reais da comunidade na base das exigências e prioridades em matéria de acção social;
c) Da existência de instalações devidamente dimensionadas e equipadas para o funcionamento das actividades a prosseguir.

2 - A celebração dos acordos deve ser precedida de estudo sócio-econó-mico-financeiro elaborado pelos centros regionais com base nos programas de acção apresentados pelas instituições, incidindo, nomeadamente, sobre os aspectos seguintes:

a) Identificação das modalidades de resposta das instituições e avaliação do seu nível de funcionamento sócio-comunitário;
b) Avaliação da capacidade económico-financeira das instituições, tendo em conta as suas receitas próprias, as receitas das comparticipações dos utentes e os apoios financeiros concedidos por outras entidades.

3 - A celebração dos acordos de cooperação depende da inscrição das verbas necessárias em orçamento-programa dos centros regionais respeitante a cada ano.

Norma XIV

Celebração dos acordos

1 - Os acordos são sempre reduzidos a escrito e são subscritos:

a) Pela direcção das instituições e pelo conselho directivo dos centros regionais da área do respectivo equipamento ou serviço;
b) Pela direcção do equipamento ou serviço, mediante delegação de poderes das instituições, e pelo conselho directivo dos centros regionais da área do respectivo equipamento ou serviço.

2 - Os acordos e os respectivos anexos são elaborados em triplicado, destinando-se o original aos centros regionais, o duplicado às instituições e o triplicado à Direcção-Geral da Acção Social.

Norma XV

Homologação dos acordos

Carecem de homologação do director-geral da Acção Social:

a) Os acordos de cooperação que contenham matéria inovadora que não se encontre regulada pelo presente diploma ou incluam cláusulas que contenham regras especiais que não se enquadrem nas orientações estabelecidas, nomeadamente em matéria de comparticipação financeira;
b) Os acordos de gestão.

Norma XVI

Obrigações das instituições

No âmbito dos acordos de cooperação celebrados, as instituições obrigam-se a:

a) Garantir o bom funcionamento dos equipamentos ou serviços, de harmonia com os requisitos técnicos adequados e em conformidade com os estatutos das instituições;
b) Proceder à admissão dos utentes de acordo com os critérios definidos nos respectivos estatutos e regulamentos e, muito

especialmente, atribuir prioridade a pessoas e grupos social e economicamente mais desfavorecidos;

c) Aplicar as normas de comparticipação dos utentes ou famílias, segundo os critérios das instituições, desde que adequados aos indicativos técnicos aplicáveis para cada modalidade consensualizados entre os serviços do ministério da tutela e as uniões;

d) Assegurar as condições de bem-estar dos utentes e o respeito pela sua dignidade humana através da prestação de serviços eficientes e adequados, promovendo a sua participação, na vida do equipamento;

e) Assegurar a existência dos recursos humanos adequados ao bom funcionamento dos equipamentos e serviços;

f) Fornecer aos centros regionais, dentro dos prazos acordados, informações e outros dados, nomeadamente de natureza estatística, para avaliação qualitativa e quantitativa das actividades desenvolvidas;

g) Enviar aos centros regionais, com a necessária antecedência, a documentação relativa a actos ou decisões que careçam de homologação e registo;

h) Cumprir as cláusulas estipuladas no acordo e demais obrigações estabelecidas no Estatuto das Instituições Particulares de Solidariedade Social e na legislação aplicável às instituições, respeitando as recomendações técnicas decorrentes do exercício das atribuições específicas dos serviços competentes do ministério da tutela e facilitando as acções de fiscalização ou inspecção decorrentes da lei;

i) Articular, se possível e necessário, os seus programas de acção com outros serviços ou instituições da área geográfica onde estão inseridas e com os centros regionais.

2 - No âmbito dos acordos de gestão celebrados, as instituições obrigam-se ainda a:

a) Conservar em bom estado todo o material existente nas instalações, dentro dos princípios de uma boa gestão;

b) Observar os critérios em vigor para os estabelecimentos oficiais na admissão dos utentes e na fixação dos valores de comparticipação daqueles ou suas famílias;

c) Devolver aos centros regionais, quando houver cessação do acordo, o material constante do inventário em bom estado de conservação, com ressalva da deterioração causada pelo seu uso normal.

Norma XVII

Obrigações dos centros regionais

No âmbito dos acordos celebrados, os centros regionais obrigam-se a:

a) Colaborar com as instituições, designadamente a seu pedido, garantindo o apoio técnico necessário à promoção da qualidade dos serviços prestados à comunidade em que se inserem;
b) Estimular a formação técnica e a reciclagem profissional do pessoal ao serviço da instituição, cooperando, sempre que possível e útil, acções que outras entidades promovam no âmbito da solidariedade social;
c) Avaliar a qualidade dos serviços prestados e o sentido social das respostas desenvolvidas pelas instituições;
d) Assegurar o pagamento pontual e regular das comparticipações financeiras estabelecidas;
e) Colaborar na preparação e actualização de regulamentos técnico-jurídicos quando solicitados pelas instituições e desde que compatíveis com as funções dos centros regionais e com os meios de que estes disponham;
f) Estimular a cooperação, com base num adequado relacionamento entre a segurança social e as instituições, de forma a tornar possível a concertação de interesses e a descoberta de respostas adequadas no âmbito da acção social;
g) Relativamente aos acordos de gestão, suportar os encargos com a aquisição ou reforço do equipamento móvel ou fixo que seja considerado necessário para o funcionamento dos estabelecimentos, salvo acordo em contrário;
h) Cumprir as cláusulas estipuladas nos acordos e demais obriga-ções estabelecidas legalmente.

Norma XVIII

Cláusulas obrigatórias

1 - Os acordos devem incluir, obrigatoriamente, cláusulas respeitantes:

a) Aos fins prosseguidos pelas instituições e às valências ou servi-ços abrangidos pelos acordos;
b) A capacidade do equipamento e ou serviço;

c) A lotação estabelecida no acordo e ao número de utentes efectivamente abrangidos;
d) Ao início e duração do acordo;
e) À adequação dos meios humanos, materiais e financeiros face à finalidade prosseguida pelo acordo;
f) Aos critérios de comparticipação financeira dos utentes ou famílias.

2 - Poderão ser elaborados modelos tipo de acordos, que serão divulgados pelos centros regionais e pelas uniões representativas das instituições.

Norma XIX

Cláusulas especiais dos acordos de cooperação

1 - Os acordos de cooperação podem incluir ainda cláusulas sobre direitos e obrigações especiais de ambas as partes ou regras sobre a concessão de prestações quando a complexidade dos serviços ou a emergência da situação o justifiquem.

2 - Sempre que os equipamentos reúnam condições para a integração dos utentes com deficiência, devem ser definidos:

a) O número de utentes a integrar, de acordo com a capacidade do equipamento e respectivas condições de funcionamento;
b) O apoio técnico e financeiro específico e necessário a essa integração;
c) As condições de intervenção de entidades de outros sectores.

Norma XX

Cláusulas especiais dos acordos de gestão

1 - Os acordos de gestão devem prever cláusulas respeitantes à situação do pessoal que exerce funções nos estabelecimentos objecto dos acordos, bem como cláusulas respeitantes à realização de obras, respeitando-se, designadamente, o constante dos números seguintes:

2 - O pessoal dos centros regionais a exercer funções nos estabelecimentos objecto do acordo de gestão poderá aí continuar em funções, mantendo o seu estatuto, sem prejuízo da subordinação funcional aos competentes orgãos gestores das instituições, ficando na situação de regime de destacamento, nos termos do Decreto-Lei n.º 380/86, de 11 de Novembro.

3 - Em caso de infracção disciplinar, será a mesma participada pelas instituições aos centros regionais.

4 - O horário de trabalho deste pessoal, embora sujeito ao regime de trabalho da função pública, deve, mediante acordo a estabelecer entre os trabalhadores e o orgão gestor das instituições, adaptar-se às necessidades de funcionamento dos serviços e estabelecimentos.

5 - O pessoal necessário ao normal funcionamento dos serviços e estabelecimentos deve ser contratado pela instituição, ficando abrangido pelo regime de trabalho aplicável ao pessoal das instituições particulares de solidariedade social.

6 - Os acordos devem incluir cláusulas respeitantes aos critérios sobre admissão de pessoal a que se refere o número anterior.

7 - Quaisquer obras que sejam efectuadas nas instalações são da responsabilidade dos centros regionais, que suportarão os inerentes encargos, carecendo de prévia autorização escrita.

8 - Tratando-se de pequenas reparações urgentes, indispensáveis ao normal funcionamento dos estabelecimentos, as instituições poderão mandar efectuá-las sem prévia autorização, obrigando-se, contudo, a dar conhecimento imediato aos centros regionais.

Norma XXI

Anexos nos acordos

1 - Devem constar de anexos aos acordos de cooperação:

a) A indicação das valências ou serviços considerados;
b) A lotação estabelecida no acordo e o número de utentes abrangidos;
c) Os recursos humanos existentes;
d) A comparticipação financeira da segurança social por utente/mês ou global, quando a natureza do acordo assim o justifique.

2 - Devem constar de anexos aos acordos de gestão:

a) O inventário do mobiliário e outro material existente nas instalações confiadas à gestão da instituição;
b) A indicação das obras a realizar pelos centros regionais, quando necessárias ao normal funcionamento dos serviços ou estabelecimentos;
c) A indicação do nome, categoria, remuneração e funções do pessoal dos centros regionais afecto aos serviços ou estabelecimentos durante a vigência do acordo.

3 - Os anexos a que se refere o número anterior podem ser alterados a todo o tempo, de harmonia com as circunstâncias e o funcionamento dos equipamentos ou serviços das instituições, carecendo, para o efeito, da concordância do respectivo centro regional e da instituição.

Norma XXII

Comparticipação financeira dos centros regionais

1 - As instituições receberão dos centros regionais, pelo desenvolvimento das actividades, uma comparticipação financeira.

2 - A comparticipação financeira destina-se a subsidiar as despesas correntes de funcionamento dos equipamentos ou serviços.

3 - A comparticipação financeira será mensal, se outra periodicidade não for convencionada.

4 - Os quantitativos das comparticipações financeiras da segurança social serão fixados anualmente por protocolo a celebrar para o efeito com as uniões representativas das instituições ou por despacho ministerial, depois de ouvidas as uniões.

5 - Qualquer alteração da comparticipação financeira da segurança social deve constar dos anexos aos acordos e estes serem remetidos pelos centros regionais à Direcção-Geral da Acção Social no mês seguinte ao da respectiva alteração.

6 - Os centros regionais devem, em regra, proceder anualmente aos necessários ajustamentos da comparticipação financeira decorrentes da variação anormal de frequência do número de utentes, da alteração da situação económico-financeira da instituição e da qualidade dos serviços prestados.

Norma XXIII

Início da vigência dos acordos de cooperação

1 - Os acordos entram em vigor no dia 1 do mês seguinte ao da sua celebração, se outro prazo não for convencionado, desde que devidamente justificado e não superior a três meses.

2 - Os acordos que careçam de homologação ficam condicionados, nos seus efeitos, à comunicação da respectiva homologação.

3 - A homologação dos acordos deverá ser proferida no prazo máximo de 30 dias após a recepção do processo na Direcção-Geral da Acção Social.

4 - A data da remessa do processo à Direcção-Geral da Acção Social deve ser comunicada à instituição interessada.

Norma XXIV

Duração dos acordos

1 - Os acordos de cooperação vigoram pelo período de um ano, automática e sucessivamente renovável por igual período, salvo denúncia, por escrito, devidamente fundamentada, com a antecedência mínima de 90 dias.

2 - Os acordos de gestão vigoram pelo período mínimo de três anos, automática e sucessivamente renovável por igual período, salvo denúncia, por escrito, com a antecedência mínima de 180 dias.

Norma XXV

Cessação dos acordos

1 - Os acordos podem cessar a todo o tempo se os intervenientes, de comum acordo, o decidirem expressamente e desde que do facto não resulte prejuízo para os utentes ou seja estabelecida uma alternativa adequada.

2 - Os acordos cessam automaticamente logo que termine a actividade dos equipamentos e serviços envolvidos.

3 - Os acordos podem ainda ser denunciados por qualquer dos outorgantes com a antecedência mínima de 90 dias sempre que ocorram circunstâncias que, pela sua natureza, inviabilizem a subsistência da cooperação estabelecida, designadamente se forem violadas, de modo reiterado ou por forma grave, as cláusulas do acordo, as normas deste diploma ou demais disposições aplicáveis.

4 - Sempre que seja decidida a suspensão dos acordos prevista na norma XXVI, a sua denúncia por parte dos centros regionais será feita com a antecedência mínima de 45 dias antes da data do início da suspensão.

Norma XXVI

Suspensão dos acordos

Ocorrendo algumas das circunstâncias que, nos termos do n.º 3 da norma XXV, justifiquem a denúncia dos acordos, os outorgantes podem optar pela suspensão da sua vigência por um prazo mínimo de 180 dias se for previsível a normalização do funcionamento dos serviços ou equipamentos e o interesse social na concessão das prestações o aconselhar.

Norma XXVII

Prioridade nos acordos para manutenção

A celebração de acordos de gestão confere prioridade às instituições gestoras na realização de acordos para a manutenção dos estabelecimentos ou serviços cuja gestão tenha sido cedida pelos centros regionais.

Norma XXVIII

Cooperação entre instituições

Salvo convenção em contrário, as normas constantes do presente diploma aplicam-se, com as necessárias adaptações, às situações que visem estabelecer formas de cooperação entre instituições, designadamente as que envolvam a utilização comum de serviços e equipamentos ou o desenvolvimento de acções de responsabilidade igualmente comum ou em regime de complementaridade.

Norma XXIX

Revisão dos acordos

Os acordos devem ser revistos sempre que ocorram motivos que o justifiquem, designadamente:

a) Quando se alterem os pressupostos e ou condições em que se baseou a sua celebração;
b) Sempre que essa revisão seja indispensável para adequar o acordo aos objectivos prosseguidos;
c) Em qualquer outro caso, quando haja consenso entre os centros regionais e as instituições.

Norma XXX

Apoio financeiro às uniões ou federações

representativas das instituições particulares

1 - As uniões ou federações representativas das instituições particulares que promovam ou desenvolvam actividades de interesse comum às instituições suas filiadas podem receber da segurança social uma comparticipação financeira até 70% do total das despesas previstas nos seus orçamentos, tendo em vista a realização dos seus programas ou planos de actividades anuais, devidamente aprovados em assembleia geral.

2 - Para o efeito da determinação da comparticipação financeira referida no número anterior, as instituições devem apresentar na Direcção-Geral da Acção Social o respectivo programa ou plano de acção e orçamento, bem como a acta da assembleia geral que os que aprovou.

3 - Igualmente deve ser apresentado na Direcção-Geral da Acção Social o relatório e contas relativo ao exercício da actividade desenvolvida no ano anterior.

4 - A concessão do apoio financeiro nos termos da presente norma depende de despacho do ministro da tutela.

5 - Com o apoio financeiro concedido nos termos dos números anteriores, as uniões ou federações financiarão as respectivas delegações, secretariados ou dependências regionais.

Norma XXXI

Apoio financeiro a instituições de âmbito nacional

1 - As instituições particulares de âmbito nacional que desenvolvam acções de interesse comum a diversos estabelecimentos ou delegações regionais cuja actividade não se traduza em prestações directas aos utentes poderão receber um apoio financeiro nos termos e condições constantes da norma XXX.

2 - As instituições particulares que possuam estabelecimentos em mais de um distrito só são obrigadas a apresentar as contas no centro regional da respectiva sede.

Norma XXXII

Comissões de acompanhamento e avaliação

1 - É criada a nível nacional uma comissão de acompanhamento e avaliação do protocolo e acordos de cooperação, à qual competirá analisar as questões suscitadas pela aplicação dos instrumentos e legislação sobre cooperação promovendo a sua conveniente resolução e propondo aos serviços competentes as medidas consideradas necessárias.

2 - A comissão de acompanhamento e avaliação é constituída por dois representantes do ministério da tutela, um representante da União das Instituições Particulares de Solidariedade Social e um representante da União das Misericórdias Portuguesas, podendo integrar ainda um representante da União das Mutualidades Portuguesas para assuntos que lhe digam directamente respeito.

3 - Serão criadas, a nível regional e com carácter experimental, idênticas comissões de acompanhamento e avaliação, constituídas por dois representantes dos centros regionais de segurança social e dois representantes das estruturas distritais ou regionais das referidas uniões, com o objectivo de possibilitar a atempada e eficaz

intervenção na resolução dos problemas que, a nível de cada distrito, forem suscitados no âmbito da interpretação e aplicação dos instrumentos e legislação sobre cooperação.

No distrito de Lisboa, a referida comissão integra ainda um representante da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa.

4 - As questões suscitadas no âmbito da cooperação que sejam objecto de parecer das comissões de acompanhamento e avaliação são decididas por uma comissão arbitral constituída por três elementos, sendo um designado pelo centro regional, outro pela instituição e um terceiro elemento, que presidirá, escolhido por acordo entre estes.

5 - Os representantes das comissões distritais poderão fazer-se acom-panhar ou substituir por um assessor técnico por si mesmos indicado.

6 - As comissões previstas na presente norma elaborarão, no final de cada ano , um relatório sobre a actividade desenvolvida e a avaliação do respectivo funcionamento.

Norma XXXIII

Santa Casa da Misericórdia de Lisboa

As normas constantes do presente diploma aplicam-se aos acordos a celebrar entre as instituições e a Santa Casa da Misericórdia de Lisboa, com as adaptações consideradas indispensáveis, decorrentes da identidade própria daquele organismo, da natureza específica da sua actuação ou de compromissos anteriormente assumidos.

Norma XXXIV

Acordos com outras entidades

Excepcionalmente, os centros regionais podem ser autorizados pelo membro do Governo que detenha a respectiva tutela a celebrar acordos com outras entidades

ou organismos que desenvolvam actividades de acção social do âmbito da segurança social sem finalidade lucrativa, desde que se verifiquem as seguintes condições:

a) Constatação de necessidades reais da comunidade em matéria de acção social, por inexistência ou insuficiência de serviços e equipamentos sociais das instituições de segurança social ou das entidades referidas na norma 1;
b) Garantia de que os serviços e equipamentos sociais podem contribuir para a satisfação de necessidades colectivas, com a respectiva utilização aberta à comunidade.

Norma XXXV

Normas de execução

Os serviços competentes do ministério da tutela, sem prejuízo da emissão de instruções decorrentes das suas atribuições de coordenação dos centros regionais, elaborarão, em colaboração com as uniões representativas das instituições, as regras indispensáveis à execução do presente diploma.

Norma XXXVI

Revogação da legislação anterior

Fica revogada toda a legislação que contrarie o presente diploma, nomeadamente os Despachos Normativos n.º 12/88, de 12 de Março, e 118/84, de 8 de Junho.

Norma XXXVII

Entrada em vigor

As presentes normas entram em vigor a partir do dia 1 do mês seguinte ao da publicação do presente diploma e são aplicáveis em acordos celebrados ou a celebrar entre os centros regionais e as instituições.

Relatório parcial de Pesquisa Empírica

A amostra compreende todas as OSCIPs localizadas em recife que o Ministério da Justiça, qualifica como entidades assistenciais, somando ao todo dezessete instituições, mas a maioria delas não passou pelo processo de reconhecimento preliminar que compreende a entrevista de um responsável pela instituição.

Estamos apresentando no quadro abaixo a discriminação das OSCIPs com a uma justificativa a respeito do estágio de comunicação alcançado até o presente momento, onde é possível destacar o texto integral das entrevista em relação às instituições cujo contato foi concretizado com sucesso.

Algumas instituições não ofereceram condições de reconhecimento, na maioria das vezes, em função de dados desatualizados presentes na página do Ministério da Justiça.

As duas últimas entrevistas merecem atenção especial, representam a paralisação dos dados coletados empiricamente. Se referem respectivamente a visita realizada num de reabilitação de drogados mantido pela OSCIP Sara Vida (única entidade entrevista que não recebe fomento estatal) e a visita realizada ao Secretário Nacional de Justiça, João Romão, que atua como superior hierárquico do departamento no Ministério da Justiça, responsável pela emissão dos títulos de utilidade pública e oscip.

Conclusões Iniciais:

1. Em Pernambuco, o processo de expansão das OSCIPs deriva de um Fórum realizado em 2003 pelo Governo do Estado, pois a maioria das entidades foi qualificada logo em seguida a realização do evento, estando o processo de expansão relativamente estagnado no momento;
2. As OSCIPs entrevistadas em sua maioria já estão trabalhando em parceria com Estado, sendo os municípios do interior os maiores tomadores de serviço;
3. Boa parte das entidades funciona como fornecedora de pseudo-voluntários que substituem servidores públicos na realização de atividades sociais diversificadas;
4. Por isso os municípios tem conseguido cumprir a Lei de Responsabilidade Fiscal, na medida que o custo com a OSCIP não é contabilizado como recurso humano;
5. Contudo o Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco aprovou em 09/2005 uma resolução que proíbe o arrumadinho citado;

6. Nas entrevistas é verificar que os entrevistados enaltecem a “desburocratização” e a possibilidade de vinculo com entidades estatais independente de licitação, apesar da lei 8666/1993 não permitir claramente esta possibilidade
7. No que diz respeito ao controle das OSCIPs, os entrevistados fazem questão de enfatizar que são extremante controlados, mas tudo indica que o controle administrativo, ou seja, aquele voltada para a verificação da eficiência da parceria no que diz respeito as atribuições do parceiro, é extremante frágil (não existe uma agenda de inspeções, só o envio de prestações de contas);
8. Em algumas entidades o caráter empresarial é incontestável, pois o Estado é tratado e nominado nas entrevistas como cliente;
9. O termo de parceria não é o único instrumento utilizado para consolidar o vínculo entre Estado e o suposto público não-estatal, pois os convênios também são utilizados (na maioria das vezes qualquer peça dessas se confunde com um contrato administrativo propriamente dito);
10. A maioria das OSCIPs qualificadas como entidades de assistência social negam a prática do assistencialismo, tentando demonstrar o investimento de suas ações em políticas públicas emancipatórias;
11. Detectamos em, no mínimo, três OSCIPs a existência de um trabalho social real (Sara vida, Programa 1 milhão de cisternas para o semi-árido e a Fundação para o desenvolvimento do semi-árido brasileiro), respectivamente com trabalhos na recuperação de drogados, emancipação de comunidades carentes do semi-árido e assistência a acampamentos de sem terra;
12. A maioria das OSCIPs não possui uma organização muito clara no registro dos beneficiários, mas a maioria das instituições entrevistadas prometeram nos colocar diante de uma amostra dos mesmos;
13. No Ministério da Justiça é possível perceber, que mesmo diante das notícias de jornal evidenciando a pilantropia, os burocratas estão alheios aos principais esquemas patrimolialistas de contratação das OSCIPs;
14. Observando a entrevista do Secretário Nacional de Justiça, fica evidente que o título de utilidade pública favorece melhores benefícios fiscais e o título de OSCIP favorece mesmo é os contratos entre o Poder Público e o terceiro setor (ONGs qualificadas pelo MJ)
15. A regulação das OSCIPs é insipiente e por isso permissiva, pois após a emissão do título, a entidade do terceiro setor não precisa renovar a apresentação dos

documentos e se deixar de atualizar dados de quaisquer natureza não será desqualificada pelo Ministério da Justiça, porque não há ferramentas que permitam ao órgão, tomar conhecimento do feito;

16. A falta de comunicação entre as os órgãos e entidades do Estado é latente, pois o Ministério da Justiça parece não ter qualquer canal de comunicação com as instituições que firmam parcerias com as OSCIPs;
17. Não existe uma cadeia de controle montada para controlar as OSCIPs que trabalham para o Estado, nem é possível vislumbrar um esquema de controle que observe as ferramentas de gestão das entidades públicas que firmam parceria com o terceiro setor. (Em Direito Administrativo, essa é uma tese interessante que destrói a fantasia dos manuais de direito comercializados em larga escala, com a informação de que um poderoso esquema de controle interno e externo da Administração Pública está disciplinado pela legislação brasileira, com inspiração na teoria do jogo de freios e contrapesos de Montesquieu);
18. O estudo sobre o controle das OSCIPs será fundamental para determinar o regime jurídico prevalecente (público ou privado) nos contratos que estabelecem as parcerias entre Estado e OSCiPs. Observando a Lei das OSCIPs e as entrevistas é possível lançar tese adormecida na literatura sobre o assunto, qual seja a de que o tipo de controle da entidade pública parceira da OSCIPs se identifica com um instrumento de fiscalização pró forma disciplinado pelo decreto-lei 200/67, que explica como o regime militar viabilizou a evasão de dinheiro público e o cabide de emprego nas entidades da Administração Pública Indireta a partir dos anos 1960 (autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista);
19. É importante vislumbrar que mesmo as obras específicas de controle da Administração Pública no Brasil, tendem a trabalhar aspectos restritos ao controle financeiro realizado pelos Tribunais de Contas, porque as obras são escritas pelos burocratas dos tribunais de contas. O controle administrativo da máquina não recebe abordagens específicas da literatura jurídica e acaba virando um conto de fadas dos manuais comprados para os estudantes de graduação passarem nos concursos públicos;
20. O Mistério da Justiça trata o título de OSCIP como a expressão do reconhecimento que o Estado precisa conceder as ONGs, que supostamente são a sociedade civil organizada amadurecendo a democracia nacional, mas as OSCIPs

se comportam como empresas que querem apenas flexibilidade para contratar com o Estado;

21. Para tornar o cenário mas complexo, as ONGs que supostamente representam essa sociedade civil organizada estão há anos reivindicando a confecção de um novo marco regulatório para o terceiro setor, ou seja, a revogação da lei que dispõe sobre as OSCIPs, segundo dados do *site* da ABONG – Associação Brasileira das ONGs;

Dificuldades:

1. A amostra de entidades abordadas por meio de entrevistas é insignificante, diante da projeção inicial;
2. Não há dados que vislumbrem como os beneficiários das atividades desenvolvidas pelas oscips estão sendo atendidos, pois nas entrevistas preliminares parte dos responsáveis pela administração das instituições desconversa ou diz que vai disponibilizar um dado que não é disponibilizado.
3. A falta dos dados que permitiriam o contato com os beneficiários das políticas públicas acaba rompendo a proposta inicial do projeto, vinculada a um estudo de efetividade.
4. O estudo de efetividade proposto no projeto pretendia observar a posição do Estado como tomador de serviços, da oscip como prestadora de serviços e dos beneficiários dos serviços prestados, tendo em vista a verificação ou não de um padrão de eficiência para as parcerias do Estado com o terceiro setor.
5. A idéia seria buscar a verificação da eficiência excluindo a idéia de universalidade (política que alcança todos os que dele necessitam), e partir para a idéia de efetividade que se vincula a satisfação da sociedade diante do padrão de qualidade do serviço.
6. Como a tendência à insatisfação da sociedade poderia decorrer de elementos psico-sociais deturpados, então pensei na possibilidade de analisar exigência do Poder Público X prestação de serviço da OSCIP, mas me deparei com uma dificuldade substancial. Os termos de parceria são firmados por municípios diversos, o que nos remete a padrões de exigência distintos, o que tornaria as conclusões relativas.

Redefinição das diretrizes do projeto de tese aprovado pela UFPE:

1. A proposta é verificar a possibilidade dos contratos (termos de parceria) que vinculam as oscips ao Estado resguardarem ou não o regime jurídico de direito público (supremacia do interesse público sobre o privado e indisponibilidade do patrimônio públicos pelos seus gestores)
2. No plano de trabalho elaborado para observação dos contratos com o terceiro setor em Portugal, vislumbro um conjunto de pontos a serem verificados nos pactos firmados entre o Poder Público e o terceiro setor em Portugal, vinculados a prestação de serviço público social
3. A pretensão seria observar os mesmos pontos nos contratos brasileiros, tendo em vista deduzir qual o regime jurídico prevalecente – público ou privado
4. A relevância de tal dedução se verifica nos desdobramentos negativos da precarização do regime de direito público, pois a privatização da relação entre Estado e terceiro setor na prestação de serviços sociais modifica a natureza jurídica do serviço, por isso:

    a) O serviço público pode se tornar serviço privado;
    b) Sendo o serviço privado, o Estado deixa de regular como titular do serviço e passa apenas a exercer poder de polícia, ou seja, o Estado deixa de ser tutor e passa a ser fiscal;
    c) Sendo o serviço privado, a relação jurídica que se constitui entre o Estado e o usuário se precariza, pois a lei 8666/93 prescreve que as pessoas físicas e jurídicas contratadas pelo Estado assumem por sua conta e risco o objeto do contrato, a não ser nos débitos junto à previdência onde a responsabilidade do Estado é subsidiária;
    d) Nessa precarização da relação Estado – cidadão, verifica-se que a tendência é o Poder Público deixar de participar diretamente da relação jurídica, tal como na prestação dos serviços econômicos tarifados, o Estado se tornaria um ouvidor formal das críticas da sociedade sobre a prestação dos serviços públicos sociais;
    e) Observando ainda a natureza jurídica privada do serviço, verifica-se que o usuário deixa de ser o titular do direito público subjetivo e passa a ser o consumidor, ou seja, uma relação de direito público, que conferia ao

usuário direito de acesso a prestação passa a ser uma relação que tende a se determinar pelo direito do consumidor;

f) Os desdobramentos da privatização se estendem por outras questões, daí a pergunta: de quem é a responsabilidade civil pelo dano decorrente da atuação da oscip? Quem responde pela incidência de ilícito decorrente de relações de trabalho da oscip para com seu pessoal?

Quadro referente à amostra de OSCIPs na área de assistência social do Recife em 2005

OSCIP	ESTÁGIO DE COMUNICAÇÃO
Instituto empresarial pela cidadania	Entrevista preliminar concluída
Agência para o desenvolvimento sustentável do nordeste	O endereço fornecido pelo Ministério da Justiça não confere
Instituto nordestino de desenvolvimento comunitário	Entrevista preliminar concluída
Instituto porto digital para a inclusão social	O endereço fornecido pelo Ministério da Justiça não confere
Sociedade de assistência Sara Vida	Entrevista concluída com o dirigente e com amostra dos beneficiários das políticas de reabilitação de drogados
Instituto de assessoria para o desenvolvimento humano IADH\GESPAR	Não tivemos acesso e desde o início do segundo semestre de 2005 o contato por telefone tem sido inútil, pois o responsável nunca está presente ou nunca pode atender
Instituto de apoio técnico especializado para a cidadania	Entrevista preliminar concluída
Instituto Latino Americano de	Acesso inviável, pois o endereço solicitado pelo Ministério da Justiça não confere e há registro de que no mesmo

Promoção e defesa dos direitos humanos	funciona um curso pré-vestibular há 4 anos
Associação “programa 1 milhão de cisternas para o semi –árido”	Entrevista preliminar concluída
Associação pró Habitar	A ligação telefônica não é completada (em aberto)
Centro de geração de empregos-cegepo	Não tivemos acesso e desde o início do segundo semestre de 2005 o contato por telefone tem sido inútil, pois o responsável nunca está presente ou nunca pode atender
Conect	O endereço fornecido pelo Ministério da Justiça não confere
Fundação para o Desenvolvimento do semi- árido brasileiro	Entrevista preliminar concluída
Instituto Atitude humana para o apoio à cidadania	O endereço fornecido pelo Ministério da Justiça não confere
Instituto de desenvolvimento social e do trabalho pernambucano	A entidade já funcionou no endereço cedido pelo Ministério da Justiça, mas atualmente a casa está fechada com a placa, onde estaria a designação da oscip coberta por tinta
Instituto Maurício de Nassau – Desenvolvimento, tecnologia e serviço	A entidade existe mas não se reconhece como oscip, pois na tentativa de marcar a entrevista eles se recusam a atender o pleito, alegando que são uma consultoria
Organização trajetória mundial	Entrevista preliminar concluída

Entrevistas:

1. **OSCIPs inscritas na amostra do projeto de pesquisa;**
2. **Ministério da Justiça – Secretaria Nacional de Justiça;**
3. **Câmara Municipal de Lisboa.**

Entrevistas realizadas entre maio de 2005 e julho de 2006 nas OSCIPs qualificadas na área de assistência social no Recife, considerando a amostra disponível.

OSCIP	**Ação Empresarial**
PESSOA ENTREVISTA	**Janaina Pessoa**
CARGO	**Assessora de imprensa**
DATA	**27/05/2005**

1)**QUAIS SÃO OS OBJETIVOS DA OSCIP AÇÃO EMPRESARIAL, QUAL A ATIVIDADE QUE ELA DESENVOLVE?**

Tem como missão mobilizar e apoiar o empresariado pernambucano para que desenvolva sua ação social junto a comunidade especificamente, para que desperte pra essa questão e pra que possa ta praticando sua ação social como empresa que também se sente co- responsável, essa é a missão do instituto, a OSCIP não desenvolve a atividade fim, ela faz a ponte para que a empresa possa assim atuar.

2) **QUANDO FOI QUE VOCÊS COMEÇARAM A ATUAR ENQUANTO OSCIP, QUANDO FOI QUE A ENTIDADE SURGIU?**

Agente surgiu como movimento em 1999, já havia interesse de nossa superintendente em desenvolver alguma ação social voltada para as empresas, mobilizando esse empresariado, para que ele pudesse ta desenvolvendo ações sociais e aí ela foi pesquisar, estudar acompanhar como estava o desenvolvimento dessa temática no Brasil e paralelo a isso aquela que tava financiando a implantação de um programa de lideranças para filantropia nas Américas e que tava apoiando felows, que são pessoas que tão sendo capacitadas, treinadas para manterem núcleos regionais de cidadania empresarial, de responsabilidade, que a cidadania empresarial não tinha esse conceito ainda difundido na época, mas de responsabilidade social no Brasil, e ai a felows de ação empresarial de cidadania no Nordeste foi Marsa prenhoato que era na época do instituto CeA nordeste, ela convidou Suzana Leal que é nossa superintendente para ser gerente do núcleo Pernambuco a partir desse programa então, a Kellogs foi na verdade a grande financiadora da implantação do núcleo ação empresarial pela cidadania que começou como movimento mesmo, reunindo empresas, formando conselhos, um movimento que tava trazendo, mexendo com essa temática que na época era muito nova em Pernambuco e que foi se consolidando através desse grupo de empresários, de empresas interessadas que estavam começando a desenvolver sua ação social, a se aperfeiçoar nessa temática e aí em 2001 agente se institucionalizou, somente nessa época agente pode da entrada no processo de OSCIP, que tem no mínimo dois anos de atuação, enfim, então agente esta como OSCIP desde 2003.

3) **VOCÊ DIZ QUE A INSTITUIÇÃO NASCEU DE UM MOVIMENTO, SE AGENTE PUDESSE TER CONDIÇÕES DE VERIFICAR QUAL SERIA O GRANDE PÚBLICO FOMENTADOR DO MOVIMENTO, SERIAM UNIVERSITÁRIOS, PROFISSIONAIS LIBERAIS, SERIAM EMPRESAS, QUAL SERIA O PÚBLICO QUE DEU ENSEJO A ESSE MOVIMENTO?**

Em Pernambuco acho que essas agencias financiadoras foram as grandes fomentadoras , a Kellogs é uma agencia financiadora, ela financia lideres, ONGS, financia esse

movimento a nível mundial, eu acho que como tava acontecendo esse movimento fora do Brasil e em São Paulo, já existia o Gife há dez anos atuando, o instituto Eds também, tava começando, então, então tinha todo um movimento já no Sudeste do país de pessoas ligadas ao meio empresarial, de executivos de empresas que vieram da iniciativa privada e que passaram a atuar no terceiro setor ou de dirigentes de ONGS que tavão percebendo a importância do empresariado, esse grupo de pessoas é que foi se mobilizando e foi conseguindo construir esse trabalho que é hoje o trabalho de atuação de empresas na área social, agora em relação ao terceiro setor, ele é muito mais antigo, agente pode falar em termos de séculos porque começou com Nassau que foi um grande empreendedor , porque ele era de empresa privada, não era do governo holandês, era da companhia das índias e ele desde essa época já tinha a perspectiva de que precisava atuar na área social, precisava desenvolver a comunidade local de alguma forma e tinha a noção de direito do trabalhador, então foi lá que começou tudo isso em termos de terceiro setor, é histórico, agente tem que voltar pra trás bastante para poder entender.

4) **QUAL É O PRINCIPAL PUBLICO ALVO BENEFICIADO PELAS ATIVIDADES DA OSCIP?**

No caso do Ação empresarial, o público alvo são as empresas e os indiretos enfim, a sociedade, as escolas, a comunidade em geral porque agente atua para empresa, para que elas possam desenvolver projetos em diversas áreas, com vários focos de atuação, com beneficiários diferentes, o público direto são as empresas, porem a sociedade é a grande beneficiada dessa atuação.

5) **COMO SE DÁ O RELACIONAMENTO ENTRE A AÇÃO EMPRESARIAL E AS EMPRESAS, VOCÊS SÃO PROCURADOS POR ELAS OU VOCÊS PROCURAM AS EMPRESAS PARA APRESENTAR O TRABALHO DE VOCÊS?**

Existe os dois movimentos, agente já tem algum trabalho, alguma história, já que é referendado nesse meio empresarial, tem algumas empresas que nos procuram, que participam dos nossos eventos, que solicitam a associação pra ta junto da organização, mas tem outros que não conhecem, que agente tem que apresentar, como é que agente funciona, qual o trabalho que desenvolvemos , a importância delas terem se juntado a nós, a esse grupo de empresas, apoiando projetos, desenvolvendo ações sociais e apoiando a própria organização, então acontece dos dois lados, tanto agente procura, como eles nos procuram, agente tem uma média de 4500 visitações por mês em nosso *site*, são 60 empresas associadas, tem um número relevante de pessoas participando, pessoas recebendo informações do ação empresarial e também um grande número de empresas que não foram conectadas e que nem nos procuraram, um grande trabalho a ser desenvolvido.

6) QUE TIPO DE BENEFÍCIOS ESSA ATIVIDADE DA OSCIP GERA EM RELAÇÃO ÀS EMPRESAS? EXISTE A POSSIBILIDADE DESSAS EMPRESAS COM ALGUM TRABALHO SOCIAL REDUZIREM A QUANTIDADE DE TRIBUTOS PAGOS, EXISTE ALGUM TRABALHO DE ASSESSORIA NESSE SENTIDO?

A empresa não tem como reduzir seus tributos, ela pode destinar os tributos para algum fundo, o fundo da infância, eu acho que todas as OSCIPS têm como ser beneficiadas

com esse desconto do imposto, nas a empresa tem que destinar esse imposto ao governo ou a esses fundos, existe um movimento muito grande para doação ao FIA, que é o fundo da infância e adolescência, que esse ano ta implementando uma grande campanha para mobilização da sociedade, que inclusive pessoa física pode fazer doação do imposto de renda, enfim não tem abatimento do imposto, eu não deixaria de pagar alguma coisa ou pagaria menos, eu só destinaria isso para um fundo específico.

7) **VOCÊ FALOU QUE HOJE EM DIA EXISTE 60 EMPRESAS ASSOCIADAS, VOCÊ MENCIONARIA TRÊS OU QUATRO COMO AS MAIS IMPOPRTANTATES , OU AS MAIS ANTIGAS, QUE ADERIRAM A ESSE PROJETO.**

Agente tem grandes empresas e pequenas empresas nesse grupo de associados, é um movimento que começa mais forte junto as empresas por conta das multinacionais, dos programas que já vem de cima, vem de diretoria, mas tem também pequenas empresas atuando, agente tem como diretores do ação empresarial, hoje, um empresário que é Oscar Hás, que é da tecelagem São José, ele é diretor do ação e da tecelagem que desenvolve algumas ações sociais, temos Amélia Bezerra que é a diretora de marketing e comunicação da Itamaracá transporte que também é nossa associada e diretora, também temos a ampla comunicações que participa do ação empresarial por meio de Cristina Queiros que é diretora administrativa da Ampla e que também desenvolve ações sociais, são grandes empresas em áreas diversas, que podem ser exemplos interessantes, agora temos também a CELPE, a GERDAL, ALCOA, TIM, todas são associadas ao Ação empresarial.

*****

formar uma coordenação executiva. Nesse mesmo ano, esses 22 diretores mais a coordenação de cada Estado resolveram criar em uma Assembléia Geral esta OSCIP que se chama Associação do Programa 1.000.000 de Cisternas, que é a pessoa jurídica da ASA que gerencia os recursos do Programa 1.000.000 de Cisternas.

2) TODAS AS 750 INSTITUIÇÕES SÃO SEM FINS LUCRATIVOS?

Sim. Mas é importante explicar que essas instituições não são só OSCIP's, são Igrejas, ONG's, Sindicatos etc. Em cada Estado tem um foco, então, o ASA-PE é formada por ONG's, Igrejas, Sindicatos, Federações; a ASA-PB também, então, esse conjunto de instituições formam a ASA-Brasil.

3) ENTÃO, ESSA ÚNICA OSCIP REPRESENTA TODAS ESSAS INSTITUIÇÕES, NO CASO AQUI EM PERNAMBUCO?

Sim. Essa única OSCIP está representando o braço jurídico da ASA-Brasil para realizar o Programa 1.000.000 de Cisternas. Os 11 Estados têm suas atividades, seus trabalhos independentes; o interesse comum dos 11 Estados forma a ASA-Brasil.

4) SE SÃO MUITAS INSTITUIÇÕES SEM FINS LUCRATIVOS COM UM ÚNICO OBJETIVO DE EMANCIPAÇÃO DO SEMI-ÁRIDO; EU PERGUNTO: QUAL FOI A NECESSIDADE DE CRIAR UMA PESSOA JURÍDICA? O QUE FORMALMENTE O TÍTULO DE OSCIP ACARRETA PRA VOCÊS?

A ASA é um Fórum, uma rede de articulação política, então não poderíamos mas depender da Diaconia que assumiu uma etapa em 2000 até meados de 2003. Assis, decidiu-se institucionalizar o Programa 1.000.000 de Cisternas através de uma decisão política para monitorar o programa e a aplicação do seu orçamento de 1 bilhão e meio de Reais. Não havia condição de uma instituição que já tem seus próprios projetos assumir mais um ônus. Então, criou-se por uma questão gerencial.

5) VOCÊ FALOU DE ORÇAMENTO. QUEM SÃO OS FINANCIADORES?

Fome zero (200 milhões de Reais).

6) E O RESTO DOS RECURSOS SÃO DA ANA?

Não. Nós só estivemos com a ANA até aquela etapa de transição, de julho de 2003 até hoje os nossos parceiros são: o Programa Fome Zero (MDS), FEBRABAN (Federação Brasileira dos Bancos e alguns organismos internacionais. Estes são os nossos maiores parceiros.
Mas, o Programa 1.000.000 de Cisternas que é da ASA, que tem a personalidade jurídica de PA1MC, tem relação com o Governo em 3 níveis (Federal, Estadual e Municipal.

7) O PRINCIPAL OBJETIVO DA ENTIDADE É A CONSTRUÇÃO DE CISTERNAS?

Não. Nosso objetivo é desencadear um programa de convivência com o semi-árido baseado em mobilização, fortalecimento da organização associativa, capacitação, discussão sobre cidadania e construção de cisternas. A construção física da cisterna se dá

quando todos os elementos citados prosperam, quando as famílias se envolvem na mobilização, no controle social, na capacitação.

8) QUAIS SÃO AS PRINCIPAIS ATIVIDADES DESENVOLVIDAS NESSE PROCESSO DE CONQUISTA DA CISTERNA?

O programa é baseado em 6 componentes, cada um deles tem um conjunto de ações. O primeiro componente é a mobilização (das famílias), depois vem a capacitação, o controle social, o fortalecimento institucional, a comunicação (informática) e o último é a construção de cisternas. Não é um programa de construção de cisternas, é um programa que mobiliza, capacita a população, que envolve as pessoas. São essas as nossos principais atividades.

9) COMO JÁ CERCA DE DEZ PERGUNTAS FORAM RESPONDIDAS INDIRETAMENTE. EU PERGUNTARIA, COMO SE CONSTITUI ESSE PROCESSO DE PARCERIA COM O GOVERNO?

A PA1MC (a OSCIP) só possui parceria com o Governo federal. Temos 2 termos de parcerias, o 001/2003 (de julho de 2003) e o 001/2005. São termos de parcerias com prazos específicos.

10) FOI CONFECCIONADO POR AMBAS AS PARTES?

Sim. Foi muito discutido por ambas as partes. E o Governo não interfere em nada. A seleção das famílias, por exemplo, é feita pela ASA.

11) SABEMOS QUE EXISTE O TERMO DE PARCERIA NO ÂMBITO FEDERAL, ENTÃO, COMO É QUE SE DESENVOLVE A QUESTÃO DA FISCALIZAÇÃO DO ESTADO EM RELAÇÃO A VOCÊS?

Antes de falar na fiscalização eu vou falar na prestação de contas. Todos os meses entregamos uma série de relatórios. Temos um sistema que fornece em tempo real a prestação de contas. A Controladoria Geral da União (CGU) fiscaliza.

12) ESSA FISCALIZAÇÃO É MAIS CONTÁBIL, NÃO É?

Não. A CGU vai a campo e se encontrar alguma irregularidade manda um relatório para o MDS tomar as providencias cabíveis.

13) VOCÊS TÊM ACESSO AO REGISTRO DAS CIRCUNSCRIÇÕES ATENDIDAS PELA PA1MC?

Sim.

14) VOCÊS PERMITIRIAM QUE NUMA SEGUNDA FASE DA PESQUISA VISITÁSSEMOS ALGUMA DESSAS CIRCUNSCRIÇÕES?

É só nos comunicar uma semana antes e escolher o município.

****

OSCIP	**Organização Trajetória Mundial**
PESSOA ENTREVISTA	**Nivaldo Silva**
CARGO	**Diretor Financeiro**
DATA	**20/05/2005**

1) NA DISTRIBUIÇÃO DOS CARGOS DA INSTITUIÇÃO, O ADEMIR É O PRESIDENTE, E QUAL É A SUA FUNÇÃO?

Eu atuo enquanto diretor financeiro, estatutariamente tem que seguir um modelo e a gente está aqui enquanto diretor financeiro, mas a minha área de atuação enfoca a parte de organização educacional na instituição. E o Ademir é a pessoa que tem uma mobilidade maior tanto para representar porque legalmente é ele que tem que representar enquanto presidente como pessoa especializada nessa área de legislação, de processos, de organização de termos de parceria, de elaboração. Ele é a pessoa que tem respondido por essa parte, tanto de acompanhamento junto aos Municípios, como em regra geral, ele está no dia-a-dia fazendo pesquisa para saber o que é que mudou, o que é que alterou , enfim, quem é que tá fazendo parcerias, quem não está, então tem essa coisa do Ademir, ele é a pessoa que atua na parte muito mais educacional.

2) NO QUE TANGE À PROVOCAÇÃO DA PARCERIA, TEM PARTIDO DE VOCÊS IREM AOS MUNICÍPIOS MOSTRAR O TRABALHO DE VOCÊS OU TEM PARTIDO DOS MUNICÍPIOS CHEGAR ATÉ VOCÊS E SOLICITAR OS SERVIÇOS?

Inicialmente a gente tem ido. Eu acho que é uma mão dupla. Existem pessoas na instituição que elas também, cada uma tem o papel de buscar a mobilização dos recursos, então os profissionais têm a liberdade e a autonomia de buscar essas possibilidades. Então na sua maioria tem sido essa ida nossa mesmo à procura a uma apresentação institucional de apresentar a instituição e apresentar essas possibilidades de termo de parceria. Então a iniciativa tem sido muito mais da instituição , uma vez que tem essa dificuldade da informação , do reconhecimento, da lei, da legalidade. Então tem sido muito mais da instituição o papel de apresentar essas possibilidades junto aos Municípios.

3) VOCÊS JÁ FIRMARAM ALGUMA PARCERIA COM O MUNICÍPIO DO RECIFE OU É MAIS... PORQUE VOCÊ FALOU QUE TEM O CABO?

No Recife não. A gente não estabeleceu. Fizemos apenas uma atividade, mas foi muito mais uma ação na área de capacitação. Mas termo de parceria, na verdade com Recife nós não fizemos, muito mais na região metropolitana: Paulista, Jaboatão, há tentativa no Jaboatão, Cabo também, mas muito mais nessas cidades. Há também, isso eu não tenho dados, mas Recife por ser a capital ela concentra muitas outras instituições já com bem mais *Know how* em algumas áreas, então eu acho que esse é um mercado um pouco mais difícil pra quem ainda está começando, então para quem tem apenas três anos de idade, está num mercado destes ainda não é fácil. Então, a gente ainda está procurando nos arredores essas possibilidades, uma vez que são potencialidades que estão adormecidas, então algumas pessoas não procuram, algumas organizações não procuram., até pela

questão do próprio montante dos recursos muitas vezes disponível. Então Recife ainda a gente não conseguiu ainda, também enquanto estratégia a gente define o que não seria Recife. Recife vem então como conseqüência, mas enquanto estratégia naquele momento a gente já havia definido que seria interessante a gente pulverizar isso nas regiões, uma vez que havia essa potencialidade da falta de informação que é um problema , mas que pode se tornar uma potencialidade na medida em que você for com uma estratégia mais de publicidade pesada né, e é isso que a gente tem feito e tem surtido efeito.

4) COMO É QUE VOCÊS FAZEM ESSA PUBLICIDADE, VOCÊS TÊM FOLDERS, TEM MATERIAL DE APRESENTAÇÃO PUBLICITÁRIA, ALGUMA FITA DE VÍDEO, OU CD-ROOM, ALGUMA COISA DESSE TIPO?

Nós inicialmente elaboramos um material com uma quota X, esse material já se esgotou. Nós estamos para o segundo semestre rediscutindo a parte de comunicação. A princípio a gente trabalhou com folders, falando um pouco da importância das OSCIPS, divulgando um pouco a lei que qualifica, enquanto OSCIP, falando um pouco da causa social da instituição e das possibilidades de parceria que a OTM poderia fazer. Além disso uma apresentação trabalhada no *power point*, com data show para esses Municípios que a gente estava visitando. Tivemos a felicidade de um momento desses no Sertão reunir alguns Municípios que fomos lá presente apresentar todas as possibilidades da instituição. Têm sido basicamente esse material. A gente está avaliando que há uma necessidade de pensar outras peças publicitárias para instituição, além de divulgar um pouco também em alguns jornais a partir da atuação da instituição. Naquele momento também foi feito um documento explicando um pouco, um dossiê organizando um pouco isso de informação sobre OSCIP, sobre o estatuto, porque basicamente a gente quando vai monta uma pasta contendo o estatuto da instituição, essas informações da lei, um pouco das possibilidades de termo de parcerias que a gente pode realizar com o Município. Então, basicamente esse “kit”. Esse “kit” que a gente tem ido levado e conversado com as pessoas sobre a instituição.

5) NESSE “KIT” QUE VOCÊ LEVA PARA AS CIDADES PARA APRESENTAR A INSTITUIÇÃO, A OSCIP, O TERMO DE PARCERIA VAI COMO UMA ESPÉCIE DE SUGESTÃO, OU SEJA, O TERMO DE PARCERIA É CONFECCIONADO POR VOCÊS E LEVADO PARA INSTITUIÇÃO OU NA MAIORIA DOS MUNICÍPIOS EXISTE MAIS UMA SITUAÇÃO CONTRÁRIA A ESSA, O TERMO DE PARCERIA SENDO CONFECCIONADO PELO MUNICÍPIO?

Não, em alguns casos você já leva a proposta, como já há uma discussão prévia. Muitas vezes o “cliente” entre aspas, ele não sabe o que quer, ele precisa de algo e não sabe bem dizer o que quer. Então quando ele tem clareza do que quer, ele é muito objetivo. Então a gente já leva uma proposta bem mais organizada e estruturada do objeto do termo de parceria, por mais que seja uma proposta que deverá sofrer algumas alterações. Mas no geral se tem uma discussão preliminar, nós levamos geralmente essas informações, mais do esclarecimento “sobre” e as possibilidades “de” . Mas termo é construído dessa conversa inicial com o Município, com, enfim, com quem está solicitando.

6) **VOCÊ ATRIBUI ESSA FACILIDADE DE PROMOÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES SOCIAIS DA OSCIP, DAS ATIVIDADES QUE VOCÊS DESENVOLVEM AO FATO DE SER MAIS FÁCIL NO SENTIDO DE SER MENOS BUROCRÁTICO A OSCIP TRABALHAR JUNTO AOS MUNICÍPIOS, OU SEJA, VOCÊS NÃO DEVEM SER SUBMETIDOS A FAZER LICITAÇÃO. É MAIS SIMPLES, É MENOS BUROCRÁTICO?**

Certamente que sim, é muito mais porque os processos de estabelecimento de convênios e outros tipos de parcerias são processos muito confusos, processos de muitas idas e voltas e que implica em unidades de informação que nem sempre os Municípios é... são qualificados “para”. Você vai estabelecer uma parceria via governo federal, exige uma série de informações que nem sempre no Município você tem pessoas disponível ou qualificada. Sem querer.. é... menosprezar o potencial dos Municípios. Mas é porque você tem muita dificuldade. Se na cidade você tem dificuldade de acesso a algumas informações, imagine lá bem distante. Então esse tipo de processo é muito complicado para quem está naquele finalzinho lá, na ponta estabelecer., porque são muitas idas e voltas. Então acho que esse processo de desburocratização de processos, da simplicidade no estabelecimento do termo de parceria. Ele tem facilitado muito, e acho eu que ainda não avançou muito porque ainda há essa dificuldade da informação, da legalização, da coisa legal do Terceiro Setor, muita gente desconhece ainda. Muita gente ainda pergunta: Ah... mas isso é legal e não vai ter dificuldade. Mas como é que a gente vai prestar contas. Então há ainda muita dificuldade de compreensão de que pode ser feito esse termo de parceria sem muita dificuldade. E a licitação é um processo extremamente doloroso, muito complicado, confuso. Em alguns casos extremamente viciados, perigosos, porque implica em relações que você tem que estabelecer com quem fornece, com quem vai organizar o processo de seleção, com prazos de impugnação, de documentação, enfim... A gente não quer dizer que não sejam processos legais e que não tenham sucesso, mas tem algumas dificuldades históricas ai que são super complicadas, que são pessoas que lidam e o ser humano nem sempre consegue. Então eu acho que facilita um pouco muito isso. Então nós não temos nenhuma experiência ainda de disputar licitações, apesar de poder. A gente ainda não optou por isso, não buscamos nenhuma alternativa nesse campo. Mas não está descartada a possibilidade de mais a frente a gente até poder vir a disputar alguma licitação, mas a princípio a gente não tem enveredado por esse caminho.

7) **O TERMO DE PARCERIA É UM INSTRUMENTO CONTRATUAL, SEMELHANTE A UM CONTRATO ADMINISTRATIVO E UMA DAS GRANDES QUESTÕES DO CONTRATO ADMINISTRATIVO É O ASPECTO DA FISCALIZAÇÃO QUE O PODER PÚBLICO DESENVOLVE SOBRE A ENTIDADE QUE ESTÁ LHE FORNECENDO ALI UMA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. COMO É QUE VOCÊ VÊ O CONTROLE QUE ESSES MUNICÍPIOS DESENVOLVEM EM RELAÇÃO A VOCÊS? É UM CONTROLE REGULAR? É UM CONTROLE PERIÓDICO, SISTEMÁTICO?**

Não, eu acho que a exigência é tão grande que tem que ser organizada e sistemática. Do contrário você vai ter dificuldade quando chegar no final porque você tem uma prestação

de contas que é fiscalizada e que você enquanto instituição, que é o nosso caso, nós temos a opção de sobreviver e de viver por muito mais anos. A gente tem um processo de idade jovem, mas que a gente quer chegar bem mais longe e se a gente não prezar por essa legitimidade, essa transparência, essa legalidade, esse controle que a gente acha que é super importante da fiscalização dos órgãos competentes, certamente a gente vai ter mais dificuldades daqui para frente, então eu acho que sem dúvida uma das coisas que você acorda quando estabelece um termo de parceria, primeiro é acordar essa possibilidade de atuação permanente da instituição porque a gente tem optado por uma discussão bem concreta que é a gente não quer tão somente estabelecer um termo de parceria e ser uma instituição que vai executar a partir da liberação do recurso. Nós queremos participar, apoiar, porque o que está em jogo é antes de qualquer coisa um estabelecimento de uma relação de confiabilidade com o Município que vai liberar recurso público e com a instituição que por mais que tenha um caráter público ela precisa também zelar pelos seus princípios de transparência, de.. Então a gente tem zelado por isso, por um acompanhamento sistemático, da importância da fiscalização, do controle, porque a gente quer sobreviver um pouco mais até bem mais tempo aí no mercado. É isso que a gente pretende.

8) E ESSA PRESTAÇÃO DE CONTAS DE VOCÊS É FEITA POR ESCRITO, SÃO RELATÓRIOS PERIÓDICOS QUE VOCÊS ENVIAM À ENTIDADE. VOCÊ FALOU DA NECESSIDADE DE SOBREVIVER NO MERCADO. OS TERMOS DE PARCERIAS DEVEM ESTABELECER UM PRAZO PARA ESSAS PARCERIAS ACONTECEREM. GERALMENTE ESSE PRAZO É DE QUANTO TEMPO? UM (1) ANO, DOIS (2) ANOS, QUATRO (4) ANOS..?

Depende da disponibilização de recursos do Município. Então há Município que tem um recurso liberado dentro de um qualitativo de seis (6) meses. Então você tem que trabalhar com o de seis meses, executar, e ao final presta contas, inclusive essa prestação de contas precisa ser publicada no Diário. Então você fecha com essa publicação de contas no Diário da União. E depende muito do quantitativo de recursos disponível nos Municípios. Pode ser de um ano, pode ser de alguns meses, pode ser de um semestre. Então depende muito do dispositivo mesmo de recursos.

9) E ESSA PRESTAÇÃO DE CONTAS É SEMPRE ENTREGUE SÓ AO FIM? SÓ AO FIM DA PARCERIA QUE VOCÊS ENTREGAM A PRESTAÇÃO DE CONTAS QUE É APRECIADA LÁ POR ALGUMA SECRETARIA ?

Geralmente sim. Mas há antes disso uma preocupação com a elaboração de uma planilha. Uma planilha do ponto de vista tanto do desembolso financeiro como também uma versão, um relatório preliminar de como está sendo feito essa utilização de recursos. Geralmente os Municípios sempre coloca alguma pessoa para acompanhar; seja do ponto de vista do acompanhamento pedagógico para acompanhar resultados, seja do ponto de vista de uma pessoa para acompanhar tanto do desembolso como da utilização do recurso. Então cabe geralmente ao Município a liberação de alguém para acompanhar junto à instituição.

OSCIP	**IATEC – Instituto de Apoio Técnico Especializado à Cidadania**
PESSOA ENTREVISTA	**Anacleto Julião de Paula Crespo**
CARGO	**Diretor Financeiro**
DATA	**27/05/2005**

1) A IATEC (INSTITUTO DE APOIO TÉCNICO ESPECIALIZADO À CIDADANIA) QUAL É O PRINCIPAL OBJETO DE SUA ATUAÇÃO SOCIAL? QUE TIPO DE ATIVIDADES ELA DESENVOLVE?

Eu vou fazer primeiro uma introdução com relação ao meu entendimento dessa questão de organizações sociais e especificamente OSCIPs. Em 1988 nós tivemos uma nova Constituição no Brasil e eu costumo dizer às pessoas que há um detalhe na Constituição que pode passar desapercebido, mas que é o fundamento de tudo o que existe nela como um todo. O Brasil naquela ocasião precisava de um arcabouço jurídico para que tivéssemos algumas alterações no Estado brasileiro. Na nação brasileira. E ali a Constituição determinou no primeiro parágrafo o seguinte: "O Brasil é uma República Democrática representativa e participativa. Esse participativa é a grande diferença que existiu com as Constituições anteriores do Brasil aonde você escolhia seus representantes e a partir dali o cidadão ficava sem poder nenhum de influenciar. Então os seus representantes podiam determinar uma coisa que seria boa para a nação ou ruim para a nação, mas com essa questão de participativa nós tivemos que reorganizar a sociedade civil e isso veio durante toda a década de noventa aonde você tem a Constituição dos Conselhos a todos os níveis: Municipal, Estadual e Federal e uma série de outras questões que organiza a sociedade: Associações, Entidades filantrópicas ou não. Tudo isso. Então aí surge a questão de o que é uma organização não governamental ? Uma ONG? Que a terminologia passa a ser conhecida do Brasil nos anos noventa com um grande evento que foi a ECO 92 no Rio de Janeiro. Mas a terminologia ONG vem desde a Segunda Guerra Mundial nas Nações Unidas. As Nações Unidas contratava um organismo de pesquisa para fornecer dados a elas que não fosse feitos pelos governos, porque os governos tinham uma tendência a mostrar algo que não existia. Algo melhor na sociedade. E aí surge esse termo. Em 1998 se constitui uma Lei que se chama a Lei das OSCIPS- Organização da Sociedade Civil de Interesse Público. Por quê? Porque o Estado brasileiro precisava de organizações não governamentais , mas que tivesse um caráter técnico superior a o que seria uma organização comum. Uma organização é algo muito frágil no sentido técnico ou de capacitação mesmo, de capacidade para realizar serviços que o Estado não podia realizar ou que o Estado gastava recursos demais para poder realizar uma simples ação. O governo determinava uma verba para que fosse trabalhada uma questão de gênero na favela de Santo Amaro. Ora, desse recurso que saía do governo até chegar à ponta não havia mais recurso, porque o Estado é muito grande, muito imperfeito. Existe a questão da cultura, eu coloco entre aspas da corrupção. Uma série de coisas desse tipo. Então o que é que acontece. O governo precisava criar mecanismos ou instituições que trabalhassem com ele para que pudesse ser mais efetivo e aí veio a Lei das OSCIPS. É uma Lei específica aonde uma organização do tipo não governamental, privada, sem fins lucrativos, demonstrando capacidade técnica, científica ou especificamente na área de sua atuação que possa fazer um termo de parceria que é um instrumento legal. Não é apenas uma frase: "vamos ser parceiros". Não é. É um

instrumento legal, um tipo de convênio entre essa organização e o governo para a realização de um determinado objeto. Então, hoje no Brasil é uma Lei muito recente e hoje no Brasil, nós temos 2.783 OSCIPS. Dessas nós temos 78 no Estado de Pernambuco. Essas OSCIPS se dedicam a educação, meio ambiente, saúde, pesquisa, assistencial, crédito, cultura e na assessoria ou assistência jurídica. É dizer: Cada OSCIP tem um objeto específico no qual ela pode comprovar a sua capacidade de realizar. O IATEC foi a primeira OSCIP, com as características que têm daqui de Pernambuco. Nós fomos pioneiros porque um grupo de pessoas estavam trabalhando com ONGs, desde 1980. Então como nós já tínhamos uma experiência muito grande, nós vimos a possibilidade de fazer alguma coisa, uma instituição que fosse tecnicamente capaz de fazer esses termos de parceria com o Estado.

2) AS PESSOAS QUE FUNDARAM A IATEC TRABALHAVAM EM ONGS DIFERENTES OU TODAS FAZIAM PARTE DE UMA ÚNICA ONG?

Não. O núcleo maior de pessoas que fundaram a IATEC já vinham trabalhando com ONGs há muitos anos e especificamente com uma ONG que tinha como objetivo a defesa dos direitos de crianças e adolescentes. Então a esse grupo se uniram pessoas que nunca tinham trabalhado em ONGs, mas que já haviam trabalhado em consultorias, a parte de consultoria, engenharia, arquiteto, principalmente pessoas ligadas às questões agrárias, como técnicos agrícolas, gente da área de agricultura. E aí se constituiu essa OSCIP. No estatuto da nossa ONG aparece um desses objetivos que você me perguntou no início. O IATEC tem por objeto a realização dos serviços técnicos, especializados, pesquisas, consultorias e assistência técnica orientadas para o reforço, a qualificação e a complementação das ações do Estado, o implemento da cidadania, combate à pobreza, com as seguintes finalidades: promoção gratuita da educação, cursos de qualificação profissional nas áreas de saúde, educação, de desenvolvimento econômico e social, de combate a pobreza , do meio ambiente e de outras áreas afins, promoção da cidadania, de direitos estabelecidos, construção de novos direitos, assessoria jurídica, promoção da defesa, preservação e conservação do meio ambiente, promoção da assistência social, gestão de microcrédito, gestão de abastecimento de áreas pobres, promoção de consultoria e capacitação de pessoas, implementação e operação de sistemas em organizações públicas, elaboração, implantação, acompanhamento e assistência técnica de programas e projetos sociais agrícolas e técnicos, desenvolver estudos e pesquisas de tecnologias alternativas, experimentação não lucrativas de novos modelos sócio - produtivos e de sistemas alternativos de produção.

3) DESSAS ATRIBUIÇÕES DO IATEC, QUAIS DELAS HOJE ESTÃO MAIS CONCENTRADAS NA ATUAÇÃO DE VOCÊS?

Eu vou dar alguns exemplos: Nós temos projetos em parceria com o INCRA de Pernambuco. Dentro dessas parcerias nós fizemos a topografia de assentamentos , nós fizemos acompanhamento técnico de produção desses assentamentos. Na área de educação, nós estamos com programas em algumas prefeituras aonde nós prestamos capacitação continuada aos professores. Isso é uma coisa muito importante. Nós já tivemos um programa extraordinário que foi com relação a meio ambiente que é a questão da limpeza urbana, aonde junto com a limpeza urbana nós fizemos um trabalho de capacitação dos chamados garis que passaram a ser na verdade agentes do meio

ambiente, porque tem que se ver essa parte social junto com essa atuação. Não é só limpar o lixo hoje, mas é o fato de você reciclar, de você poder dar dignidade àquela pessoa que está varrendo uma rua que anteriormente não se prestava atenção, mas que ele está realizando uma função social para todos de extraordinária importância. É dizer, são as modificações que o nosso país precisa hoje e que isso só pode ser feito através da sociedade organizada. Não tem outra forma. O Estado não pode realizar essas tarefas sozinho. Nós também fizemos um programa social há algum tempo atrás junto com o Estado de Pernambuco que foi de uma importância muito grande que são dos portais do Alvorada. À época esse programa se chamava "Portais do Alvorada", núcleos de assistência social de todas as áreas, formados por grupos em cada Município dos oitenta que fizemos. Em cada Município um grupo de jovens tratando de todas as questões sociais no Município. É um núcleo de assistência social à família no Município, é outro exemplo do que poderia ser isso. Bom, esses são alguns exemplos.

4) A ATIVIDADE DE VOCÊS É MUITO DIVERSIFICADA. AGORA QUAL SERIA O PRINCIPAL PÚBLICO ALVO DA ATUAÇÃO DE VOCÊS? EXISTIRIA UM PÚBLICO ALVO MAIS ESPECÍFICO A SER CONSIDERADO NESSA ATUAÇÃO?

Seria no caso os assentados da Reforma Agrária e da agricultura familiar. Seria um público bem definido, digamos.

5) VOCÊS TERIAM UM CONTROLE DE QUANTAS PESSOAS SÃO APROXIMADAMENTE BENEFICIADAS PELO TRABALHO DE VOCÊS? UMA COISA BEM SUPERFICIAL, BEM GERAL. MAS ALGUM NÚMERO APROXIMADO DE 100, 500, 200, 50 PESSOAS?

É muito mais. Têm aquelas pessoas beneficiadas diretamente e(...)

(Interrupção de um outro integrante da OSCIP entrevistada):

Só para ter uma idéia, dos assentados, atualmente são 479 famílias.

(Retornando ao entrevistado principal):

Isso são pessoas beneficiadas diretamente, porque por exemplo quando você faz uma capacitação para professores num Município, indiretamente você está beneficiando milhares de crianças por exemplo.

(Interrupção do integrante da OSCIP entrevistada):

Outro exemplo: Os Portais do Alvorada a gente capacitou e treinou com 144 adultos, de assistente e coordenador, mais 350 jovens que ficaram aptos a trabalhar junto à comunidade e seus Municípios. Imagine o leque...

6) VOCÊS SÃO UMA ENTIDADE JOVEM ENQUANTO OSCIP, MAS SÃO BASTANTE EXPERIENTES EM ATIVIDADES SOCIAIS, CONSIDERANDO QUE VOCÊS JÁ PARTICIPARAM DE TRABALHOS EM OUTRAS ONGS. O QUE MOTIVOU VOCÊS A BUSCAREM A

CONCESSÃO DESSE TÍTULO DE OSCIP? QUE TIPO DE VANTAGENS ESSE TÍTULO TRAZ?

Em primeiro lugar vou explicar um pouco também a questão jurídica. Os procedimentos. Uma OSCIP só pode ser qualificada especificamente pelo Ministério da Justiça. Para tal, você tem toda uma documentação, essa qualificação é observada anualmente. Você numa OSCIP tem todos os mecanismos que o Estado brasileiro tem de controle, como é o caso por exemplo de Ministério Público, Ministério Público do Trabalho, qualquer cidadão de acordo com a lei tem o acesso a toda a nossa documentação. Nós temos uma auditoria externa anual a partir de um certo montante em dinheiro das nossas parcerias. Você tem que obrigatoriamente que ter. É a possibilidade de nós termos em nosso país uma total e absoluta transparência com relação a nossa atuação. E esse foi um dos motivos que nos fez recorrer a esse tipo de organização porque nós achamos que o povo brasileiro é gente correta, honesta, é gente que quer trabalhar, que quer viver dignamente, mas no entanto você vê as tremendas falcatruas que existem aí afora.

7) E O MODELO DE OSCIP SERIA UM MODELO MAIS SEGURO EM TERMO DA RIGIDEZ?

Exato. Muito mais seguro. A partir do momento em que toda nossa documentação anualmente tem que ir para o Ministério da Justiça. Se você fracassa em qualquer assunto você é desqualificado. Você não existe como existiam ou como existe as ONGs que você simplesmente por ter um estatuto em cartório você existe como pessoa jurídica e acabou. Não é bem por aí. E acho que é uma necessidade tremenda de transformação do Estado brasileiro. A gente precisa fazer isso. Então o que é que nos leva a trabalhar com relação a essa questão. Para a gente é algo natural, quer dizer é trabalhar seriamente, dignamente e participar efetivamente dessas transformações que talvez a gente fique muito apressado querendo ver de um dia para noite que o Brasil melhorou nisso e naquilo. Não, não é assim. É um processo lento, mas que tá se dando, todos os dias está se dando.

8) VOCÊS TÊM COMO DISPONIBILIZAR O ESTATUTO DE VOCÊS PARA SE TER UMA IDÉIA MELHOR DA OSCIP?

Agora mesmo. Nosso estatuto serviu, o que é motivo de orgulho. Mas nosso estatuto serviu como base a muitos outros estatutos de OSCIPs por aqui, porque fomos os primeiros. A gente teve que desbravar e sempre o pioneirismo têm duas características. A primeira o de você errar e consertar, porque você é o primeiro e você está andando por um caminho que você não conhece. E o segundo é o de ser orgulho de ser o primeiro, de chegar lá.

9) AS ATIVIDADES QUE VOCÊS DESENVOLVEM AGORA COMO OSCIP ERAM DA MESMA ÁREA DE ATUAÇÃO DAQUELAS QUE VOCÊS DESENVOLVIAM ANTERIORMENTE COM AS ONGS?

Em parte sim. Nós levamos muito em consideração a questão da cidadania e em geral as ONGs têm muita consideração nisso, a questão da cidadania. Aí você tem uma enorme

discussão. Por exemplo: questão racial, questão etnia, questão gênero. As questões sociais que estão em debate. Essas daí nós continuamos debatendo. Questão da Reforma Agrária. Agora nós aqui o fazemos desde um ponto de vista mais técnico. Não importa para mim no sentido específico de discutir se eu sou a favor ou contra à questão da Reforma Agrária. Isso é uma discussão mais para o campo político. Mas a Reforma Agrária para que ela seja realizada tem que ter um componente técnico no qual nós estamos inseridos e estamos para colaborar com ela, com a Reforma Agrária.

10) COM QUAIS ENTIDADES PÚBLICAS VOCÊS VÊM FAZENDO PARCERIA? GOVERNO FEDERAL, ESTADO, MUNICÍPIOS?

Todos. Municípios, Governo do Estado e Governo Federal.

11) O GOVERNO MANTÉM UM TIPO DE FISCALIZAÇÃO PERMANENTE EM RELAÇÃO AOS TERMOS DE PARCERIA? ASSIM COMO MANTÉM JUNTO AOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS? HÁ ALGUM TIPO DE ACOMPANHAMENTO DA EXECUÇÃO DESSES TERMOS DE PARCERIA?

Sim. Porque o termo de parceria é construído em conjunto. Não é uma proposta minha, da minha instituição para o governo. É uma proposta, digamos assim, o termo de parceria é construído também já a partir daí em parceria: o Estado e a instituição. E o interessante do termo de parceria são as metas estabelecidas. Se nós estabelecemos metas é de responsabilidade tanto do Estado como da instituição que essas metas sejam alcançadas. E caso elas não forem alcançadas, também é de responsabilidade de ambos. Portanto existe um trabalho muito intenso para que essas metas traçadas no termo de parceria sejam alcançadas. Isso é outra característica do termo de parceria que é um instrumento legal. E por outro lado o seguinte, os termos de parcerias são publicados no Diário Oficial ou Diário de grande circulação, de tal maneira que você dê conhecimento ao público. E o fato concreto é que nós temos que prestar contas ao Estado que tem que prestar contas ao Tribunal de Contas do Estado e por aí vai. Mas também essa documentação vai para o Ministério da Justiça. Então, nós estamos sempre em dia com essa questão toda de documentação.

12) A PRESTAÇÃO DE CONTAS É DOCUMENTAL? É UM RELATÓRIO DE ATIVIDADES DEMONSTRANDO QUE VOCÊS ESTÃO CUMPRINDO O TERMO DE PARCERIA OU ELA É DESENVOLVIDA ATRAVÉS DE OUTROS INSTRUMENTOS?

Não. A prestação de contas e toda contabilidade de uma OSCIP ela se baseia nos mesmos termos de contabilidade do Conselho Nacional de Contabilidade de nosso país. Então tem que ser assim. E ela é publicada anualmente, tanto o montante total das parcerias realizadas, como cada parceria também.

13) OS TERMOS DE PARCERIA ELES IMPLICAM NUMA DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA? OU SEJA, O GOVERNO DISPONIBILIZA ALGUM RECURSO PARA QUE A OSCIP TRABALHE?

Ele disponibiliza uma determinada quantia na área de administração. Óbvio que nós temos que manter essa administração. Nós temos que manter o pessoal da OSCIP trabalhando. Contador, assessores, etc. Agora a diretoria tem duas formas de atuar. Ou ela atua estatutariamente, remunerada ou não remunerada. Nós optamos pela não remuneração da diretoria no caso. Eu não ganho um centavo por ser presidente da OSCIP. Eu até poderia ganhar se eu fizesse o trabalho técnico contratado ou conveniado pela OSCIP. Mas o meu cargo não me dá direito a remuneração.

14) VOCÊS JÁ SE SUBMETERAM A ALGUMA LICITAÇÃO? PORQUE VOCÊ FALOU QUE EXISTEM VÁRIAS OSCIPS NESSA ÁREA, ENTÃO VOCÊS JÁ SE SUBMETERAM?

Sim, já participamos de licitações como OSCIP. Você tem duas formas de trabalhar nessa área de licitação. Você pode participar se for convênio porque a OSCIP também pode estabelecer um convênio com o governo porque aí é outro documento. Então você pode participar de uma licitação. E nós já participamos de licitações. Ou você pode fazer um concurso de projetos entre OSCIPs. Por exemplo: O Estado precisa que você faça um determinado serviço em algum lugar e ali se apresentam três, cinco OSCIPs com o projeto de como realizariam esse serviço e aí o Estado escolhe qual dessas três é mais interessante, mais conveniente. É um tipo, não é licitação exatamente. É um concurso de projetos do qual nós já participamos de concursos de projetos entre OSCIPs. É bem menos burocrático. E por quê a grande vantagem do Estado trabalhar com a OSCIP? Porque a OSCIP não precisa de licitação pública. O Estado pode contratar com termo de parceria. Fazer um termo de parceria sem necessidade de licitação. É bem mais prático. Também você tem que ter o que se chama um regulamento para aquisição de bens e contratação de obras e serviços com recursos públicos. Agora uma grande vantagem do Estado. Qualquer bem adquirido por uma OSCIP com recursos públicos continua sendo do Estado. Eu não posso adquirir como uma empresa privada. Adquire com recurso do Estado. Mas a partir daquele momento é dele, ele pode vender , ele pode fazer o que quiser. Não pode. A OSCIP não pode. O bem público tem que permanecer na OSCIP e no dia que essa OSCIP se acabar isso volta ao Estado.

15) VOCÊ FALOU DA POSSIBILIDADE DE BENS SEREM ADQUIRIDOS PELA OSCIP COM RECURSO DO ESTADO , MANTENDO A NATUREZA DE BENS PÚBLICOS. A OSCIP FORA O RECURSO FINANCEIRO QUE É DEPOSITADO PARA QUE CADA TERMO DE PARCERIA ELE CONSIGA ATINGIR SEUS FINS ELA PODE RECEBER OUTROS TIPOS DE INCENTIVOS QUE NÃO AQUELES VINCULADOS AOS TERMOS DE PARCERIA?

Ela pode sim. Ela pode ter doações, ela pode adquirir bens através de impostos por empresas privadas. Uma empresa privada em vez de pagar ao Estado uma determinada quantidade de impostos, ela pode pegar esses impostos e comprar um bem para uma OSCIP porque o bem continua sendo do Estado. Foi para o Estado. Agora a OSCIP não

pode se desfazer desse bem. É do Estado. Então é uma forma diferente de organização, de se trabalhar , de mentalidade.

16) A SOCIEDADE COMO É QUE ELA TEM REAGIDO? A PERSPECTIVA DA EXPERIÊNCIA DE VOCÊS, A SOCIEDADE ESTÁ SE SENTINDO MAIS SATISFEITA COM O TRABALHO DA OSCIP? VOCÊS NOTAM QUE HÁ O QUÊ? HÁ UM "FEED BACK" POSITIVO?

Eu acho que com os parceiros que nós trabalhamos existe uma relação extraordinariamente diferente do que a do Estado. Eles confiam no nosso trabalho. E vocês podem por exemplo fazer uma entrevista com a CPT que é uma organização muito importante e grande na Reforma Agrária em Pernambuco e no Brasil. A CPT tem trabalhado conosco e eles confiam realmente. E é diferente você chegar a um assentamento ou mesmo a uma pessoa ou professor e dizer que nós somos uma sociedade sem fins lucrativos e a gente está querendo trabalhar para fazer isso que vocês querem realmente fazer aqui do que chegar um técnico do governo e dizer: " Eu sou o diretor do .... e venho aqui porque nós do governo vamos..." e começa com um discurso político, mais do que técnico. É lamentável, mas é a verdade. Agora é muito recente e nós precisamos dar maior conhecimento do que são as OSCIPs à sociedade.

OSCIP	**Instituto Nordestino de Desenvolvimento Comunitário**
PESSOA ENTREVISTA	**José Cesário da Cunha Neto**
CARGO	**Encarregado Financeiro**
DATA	**05/09/2005**

1) QUAIS SÃO OS OBJETIVOS SOCIAIS DA INDEC?

As prefeituras têm o recurso, mas não podem contratar a mão-de-obra, a INDEC é um meio de desenvolver os projetos para as prefeituras, fazendo com que o custo seja mais alto do que uma contratação de terceiro de uma empresa particular e toda mão-de-obra é centralizada no município.

2) SERIA UMA FORMA MAIS AGRADÁVEL PARA AS PREFEITURAS, CONTRATAÇÃO DE TERCEIROS?

Com certeza.

3) QUAL É O TIPO DE ATIVIDADE FIM DA INDEC?

Seria a atividade de desenvolvimento dos projetos. Isso quem vai dizer é o parceiro público. Desde que a prefeitura tenha recurso e precise de mão-de-obra ou de uma administração, ela nos contrata.

4) NÃO EXISTE UMA ATIVIDADE FIM ESPECÍFICA?

Não. Nossa OSCIP pode desenvolver desde uma atividade de transporte escolar à preservação de monumento histórico, desde que seja voltado pro social.

5) A ENTIDADE INDEC JÁ EXISTIA COM OUTRA NATUREZA JURÍDICA, OU COM ESSA MESMA NATUREZA JURÍDICA ANTES DA CONCESSÃO DO TÍTULO DE OSCIP PELO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA?

Não.

6) A OSCIP ESTÁ TRABALHANDO COM A PARCERIA DO GOVERNO NO MOMENTO?

Governo Municipal. Flores, Triunfo, Santa Cruz da Baixa Verde e Pombos. Essas parcerias estão sendo realizadas a título de termos de parceria que foi confeccionada pelo município que diz como a INDEC deve atuar.

7) O GOVERNO MANTÉM ALGUM TIPO DE FISCALIZAÇÃO NO QUE DIZ RESPEITO AO CUMPRIMENTO DESSA PARCERIA?

Sim. O Tribunal de Contas.

8) ESSA FISCALIZAÇÃO SE RESTRINGE À FISCALIZAÇÃO FINANCEIRA DO TRIBUNAL DE CONTAS OU HÁ UMA FISCALIZAÇÃO ADMINISTRATIVA?

Ela tem a parte administrativa indo pelo financeiro. A partir do momento que existe o termo de parceria, é preciso uma fiscalização da contabilidade, a partir daí ela é vista do outro lado também, lado social. Theresa, essa parte da fiscalização eu não entendo muito bem, porque quem faz é o Tribunal de Contas através de documentos, cabe ao Tribunal de Contas fiscalizar.

9) O TERMO DE PARCERIA É UM INSTRUMENTO QUE ESTABELECE O VÍNCULO E TAMBÉM A REMUNERAÇÃO DA OSCIP NO QUE DIZ RESPEITO AO CUMPRIMENTO DE SUAS ATIVIDADES. O DESEMBOLSO DESSA REMUNERAÇÃO VEM DE QUE FORMA?

Pagamento mensal, mas depende do termo da parceria.

10) A INDEC SABE, TEM CONHECIMENTO, DE QUEM ESTÁ SENDO ATINGIDO ATRAVÉS DO TRABALHO DA OSCIP?

Não é possível identificar.

11) NEM DE UMA FORMA GERAL? QUAIS AS COMUNIDADES?

Depende muito do projeto. A INDEC não identifica as pessoas que estão sendo atingidas por nosso trabalho, ideal seria identificar, mas isso vem a encarecer muita coisa, o custo é muito alto pra isso.

12) SABEMOS QUE O TERMO PARCERIA NÃO É CONTRATO ADMINISTRATIVO PROPRIAMENTE DITO, ENTÃO A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA HOJE OBRIGA AS ENTIDADES PÚBLICAS A FAZEREM LICITAÇÕES PARA CONTRATAR, MAS NÃO OBRIGAM AS ENTIDADES PÚBLICAS A FAZEREM LICITAÇÕES PARA CONSTITUIR OUTROS TIPOS DE VÍNCULOS, COMO É EXEMPLO O TERMO DE PARCERIA. NOS MUNICÍPIOS ONDE VOCÊS ESTÃO TRABALHANDO, HOUVE ALGUM PROCESSO SELETIVO OU O ESTADO SE UTILIZOU DESSA FLEXIBILIDADE PARA DIMINUIR A BUROCRACIA?

Pelo que me consta, a contratação de uma OSCIP não precisa de licitação, então isso é usado sim e é uma coisa menos burocrática.

****

OSCIP	**INEC – Instituto Nordestino de Desenvolvimento Comunitário**
PESSOA ENTREVISTA	**José Cesário da Cunha Neto**
CARGO	**Diretor Financeiro**
DATA	**05/09/2005**

1) QUAIS SÃO OS OBJETIVOS SOCIAIS DA INDEC?

As prefeituras têm o recurso, mas não podem contratar a mão-de-obra, a INDEC é um meio de desenvolver os projetos para as prefeituras, fazendo com que o custo seja mais alto do que uma contratação de terceiro de uma empresa particular e toda mão-de-obra é centralizada no município.

2) SERIA UMA FORMA MAIS VIÁVEL PARA AS PREFEITURAS, CONTRATAÇÃO DE TERCEIROS?

Com certeza.

3) QUAL É O TIPO DE ATIVIDADE FIM DA INDEC?

Seria a atividade de desenvolvimento dos projetos. Isso quem vai dizer é o parceiro público. Desde que a prefeitura tenha recurso e precise de mão-de-obra ou de uma administração, ela nos contrata.

4) NÃO EXISTE UMA ATIVIDADE FIM ESPECÍFICA?

Não. Nossa OSCIP pode desenvolver desde uma atividade de transporte escolar à preservação de monumento histórico, desde que seja voltado pro social.

5) A ENTIDADE INDEC JÁ EXISTIA COM OUTRA NATUREZA JURÍDICA, OU COM ESSA MESMA NATUREZA JURÍDICA ANTES DA CONCESSÃO DO TÍTULO DE OSCIP PELO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA?

Não.

6) A OSCIP ESTÁ TRABALHANDO COM A PARCERIA DO GOVERNO NO MOMENTO?

Governo Municipal. Flores, Triunfo, Santa Cruz da Baixa Verde e Pombos. Essas parcerias estão sendo realizadas a título de termos de parceria que foi confeccionada pelo município que diz como a INDEC deve atuar.

7) O GOVERNO MANTÉM ALGUM TIPO DE FISCALIZAÇÃO NO QUE DIZ RESPEITO AO CUMPRIMENTO DESSA PARCERIA?

Sim. O Tribunal de Contas.

8) ESSA FISCALIZAÇÃO SE RESTRINGE À FISCALIZAÇÃO FINANCEIRA DO TRIBUNAL DE CONTAS OU HÁ UMA FISCALIZAÇÃO ADMINISTRATIVA?

Ela tem a parte administrativa indo pelo financeiro. A partir do momento que existe o termo de parceria, é preciso uma fiscalização da contabilidade, a partir daí ela é vista do outro lado também, lado social. Essa parte da fiscalização eu não entendo muito bem, porque quem faz é o Tribunal de Contas através de documentos, cabe ao Tribunal de Contas fiscalizar.

9) O TERMO DE PARCERIA É UM INSTRUMENTO QUE ESTABELECE O VÍNCULO E TAMBÉM A REMUNERAÇÃO DA OSCIP NO QUE DIZ RESPEITO AO CUMPRIMENTO DE SUAS ATIVIDADES. O DESEMBOLSO DESSA REMUNERAÇÃO VEM DE QUE FORMA?

Pagamento mensal, mas depende do termo da parceria.

10) A INDEC SABE QUEM SÃO AS PESSOAS ATINGIDAS PELO TRABALHO DA OSCIP?

Não é possível identificar.

11) NEM DE UMA FORMA GERAL? QUAIS AS COMUNIDADES?

Depende muito do projeto. A INDEC não identifica as pessoas que estão sendo atingidas por nosso trabalho, ideal seria identificar, mas isso vem a encarecer muita coisa, o custo é muito alto pra isso.

12) SABEMOS QUE O TERMO PARCERIA NÃO É CONTRATO ADMINISTRATIVO PROPRIAMENTE DITO, ENTÃO A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA HOJE OBRIGA AS ENTIDADES PÚBLICAS A FAZEREM LICITAÇÕES PARA CONTRATAR, MAS NÃO OBRIGAM AS ENTIDADES PÚBLICAS A FAZEREM LICITAÇÕES PARA CONSTITUIR OUTROS TIPOS DE VÍNCULOS, COMO É EXEMPLO DO TERMO DE PARCERIA. NOS MUNICÍPIOS ONDE VOCÊS ESTÃO TRABALHANDO, HOUVE ALGUM

PROCESSO SELETIVO OU O ESTADO SE UTILIZOU DESSA FLEXIBILIDADE PARA DIMINUIR A BUROCRACIA?

Pelo que me consta, a contratação de uma OSCIP não precisa de licitação, então isso é usado sim e é uma coisa menos burocrática.

****

OSCIP	**Sociedade Assistencial SARAVIDA**
PESSOA ENTREVISTA	**Leandro Araújo Vieira**
CARGO	**Coordenador de Triagem**
DATA	**06/03/2006**

1) QUAIS SÃO OS OBJETIVOS SOCIAIS DA OSCIP?

Promover a prevenção ao uso de substâncias psicoativas e oferecer tratamento terapêutico aos dependentes de álcool e outras drogas, extensivo a seus familiares, através de uma abordagem bio-psico-social, visando a total reintegração do indivíduo na sociedade.

2) QUAIS SÃO AS PRINCIPAIS ATIVIDADES DESENVOLVIDAS PELA OSCIP PARA ATINGIR SEUS OBJETIVOS?

Ações que contemplam a educação para a saúde, prevenção, recuperação e a reinserção de dependentes de álcool e outras drogas, à família e a sociedade. Outra atividade desenvolvida pela Saravida é instalar e manter centros terapêuticos, centros de recuperação com profissionalização e comunidades terapêuticas.

3) QUAL É O PÚBLICO ALVO ATINGIDO POR ESSAS ATIVIDADES?

Todas as classes sociais são beneficiadas pela Saravida, tendemos pessoas de comunidades pobres como, por exemplo, Ipojuca, mas também atendemos jovens da classe alta, desde que busquem a libertação das drogas atendemos qualquer pessoa.

4) QUANTAS PESSOAS SÃO APROXIMADAMENTE BENEFICIADAS COM A AÇÃO DA OSCIP?

Tivemos um atendimento entre fevereiro de 2004 a fevereiro de 2005 que trabalhou com cerca de trezentas pessoas. Mas, desde nossa fundação até hoje já atendemos aproximadamente duas mil e oitocentas pessoas.

5) A ENTIDADE SEM FINS LUCRATIVOS QUALIFICADA COMO OSCIP JÁ ATUAVA ANTES DA CONCESSÃO DO TÍTULO PELO MINISTÉRIO DE JUSTIÇA?

Sim. Mas, não havia registro, trabalhávamos com a recuperação de viciados em drogas e contávamos com a ajuda de vários profissionais. Hoje contamos com uma equipe maior, multidisciplinar, que é composta de psicólogos, assistentes sociais, médicos, conselheiros e pessoas de diversas áreas profissionais.

6) O QUE MOTIVOU A INSTITUIÇÃO A BUSCAR O TÍTULO DE OSCIP?

Foi um maior acesso a parceiros. Depois de analisarmos os modelos de estatutos das OSCIP's percebemos que seria mais fácil conseguir algum tipo de recurso.

7) AS ATIVIDADES DESENVOLVIDAS PELA OSCIP ANTES DA CONCESSÃO DO TÍTULO ERAM AS MESMAS DESENVOLVIDAS NA ATUALIDADE?

Sim.

8) VERIFICA-SE ALGUM BENEFÍCIO (APERFEIÇOAMENTO DA ATUAÇÃO DA ENTIDADE) DECORRENTE DA CONCESSÃO DO TÍTULO DE OSCIP?

Antes existia o centro de recuperação, nós não fazíamos esse acompanhamento bio-psicosocial, trabalhávamos apenas com o internamento. Hoje o nosso campo de atuação é mais amplo.

9) A OSCIP ESTÁ TRABALHANDO EM PARCERIA COM O GOVERNO? (SE A RESPOSTA DESSA QUESTÃO FOR POSITIVA CONTINUAR COM AS PERGUNTAS).

Não.

10) Refere-se a 9ª questão.
11) Refere-se a 9ª questão.
12) Refere-se a 9ª questão.
13) Refere-se a 9ª questão.
14) Refere-se a 9ª questão.

15) A SOCIEDADE DEMONSTRA SATISFAÇÃO EM RELAÇÃO ÀS ATIVIDADES DESENVOLVIDAS PELA OSCIP? (SE A RESPOSTA DESSA QUESTÃO FOR POSITIVA CONTINUAR COM AS RESPOSTAS).

Sim.

16) COMO É POSSÍVEL VERIFICAR ESSA SATISFAÇÃO?

Nós tratamos pessoas (nós ressocializamos) que são dependentes de drogas lícitas e ilícitas, muitas delas já cometeram infração penal e já geraram transtorno para sociedade. Nosso tratamento satisfaz tanto nossos pacientes como a sociedade.

17) A OSCIP POSSUI REGISTRO DE DADOS QUE DEMONSTREM QUAIS SÃO AS PESSOAS BENEFICIADAS?

Sim.

18) PODEMOS TER ACESSO A ESSES DADOS?

Sim.

*****

OSCIP	**FUNDESA – Fundação para o Semi-árido**
PESSOA ENTREVISTA	**Antônio Gouveia**
CARGO	**Diretor de Projetos**
DATA	**03/04/2006**

1) QUAIS SÃO OS OBJETIVOS SOCIAIS DA OSCIP?

O próprio nome já diz, Fundação para o Desenvolvimento do Semi-árido Brasileiro. Então, o que você imagina, ou melhor, quase tudo que se relacione com o desenvolvimento do semi-árido nós provemos.

2) QUAIS SÃO AS PRINCIPAIS ATIVIDADES DESENVOLVIDAS PELA OSCIP PARA ATINGIR OS SEUS OBJETIVOS?

Nós trabalhamos com o geoposicionamento do rio São Francisco, através desse trabalho conseguiremos atingir vários municípios. O Georefrigeramento é também uma das principais atividades, será muito importante no futuro porque as propriedades georeferenciadas serão delimitadas, possibilitando, por exemplo, uma decisão menos subjetiva e menos morosa ao juiz quando ele for demandado para solucionar um litígio referente à demarcação de terra.

3) QUAL É O PÚBLICO ALVO ATINGIDO POR ESSAS ATIVIDADES?

Hoje, como temos parceria com o INCRA, os sem terra são os beneficiados com o nosso trabalho.

4) QUANTAS PESSOAS SÃO APROXIMADAMENTE BENEFICIADAS COM A AÇÃO DA OSCIP?

Eu não tenho um conhecimento exato, mas no termo de parceria está firmado que beneficiaremos vinte e sete mil propriedades.

5) A ENTIDADE SEM FINS LUCRATIVOS, QUALIFICADA COMO OSCIP, JÁ ATUAVA ANTES DA CONCESSÃO DO TÍTULO PELO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA?(SE A RESPOSTA DESSA QUESTÃO FOR POSITIVA CONTINUAR COM AS PERGUNTAS).

Não. A fundação foi criada com o intuito de conquistar o título de OSCIP. Eu tenho certeza de que se o título não saísse nós não iríamos decolar. A experiência do que estamos fazendo não é de agora, alguns engenheiros, agrônomos e economistas aposentados do DENOX sentiram o desejo de trabalhar com isso, então eles investiram na FUNDESA.

6) Refere-se a 5ª questão.
7)Refere-se a 5ª questão.
8)Refere-se a 5ª questão.

9) A OSCIP ESTÁ TRABALHANDO EM PARCERIA COM O GOVERNO? (SE A RESPOSTA DESSA QUESTÃO FOR POSITIVA CONTINUAR COM AS PERGUNTAS).

Sim.

10) QUAL(IS) ENTIDADE(S) PÚBLICA(S) TRABALHA(M) EM PARCERIA COM A OSCIP?

Apenas com o INCRA.

11) A PARCERIA FOI REALIZADA A TÍTULO DE CONTRATO, CONVÊNIO OU TERMO DE PARCERIA?

Termo de parceria.

12) O DOCUMENTO QUE ESTABELECE A PARCERIA FOI CONFECCIONADO POR AMBAS AS PARTES?

Eles nos deram o modelo e nós adaptamos.

13) O GOVERNO MANTÉM ALGUM TIPO DE FISCALIZAÇÃO NO QUE DIZ RESPEITO AO CUMPRIMENTO DOS FINS DA PARCERIA? EXPLIQUE COMO SE DÁ ESSA FISCALIZAÇÃO.

Nós vamos apresentar agora a nossa prestação e contas, após essa apresentação o Tribunal de Contas irá confrontar os dados. O INCRA nos fiscaliza sempre porque ele só pode liberar verba se concluirmos o que já havia sido determinado anteriormente, ou seja, se cumprirmos as metas firmadas no termo de parceria.

Respondida na questão anterior.

14) A SOCIEDADE DEMONSTRA SATISFAÇÃO EM RELAÇÃO ÀS ATIVIDADES DESENVOLVIDAS PELA OSCIP?(SE A RESPOSTA DESSA QUESTÃO FOR POSITIVA CONTINUAR COM AS PERGUNTAS).

Sim.

15) COMO É POSSÍVEL VERIFICAR ESSA SATISFAÇÃO?

Pessoas que nunca tomaram banho de chuveiro hoje possuem água encanada em suas casas. É uma satisfação imensa.

16) A OSCIP POSSUI REGISTRO DE DADOS QUE DEMONSTREM QUAIS SÃO AS PESSOAS BENFICIADAS?

Sim.

PODEMOS TER ACESSO A ESSES DADOS?

Sim.

****

OSCIP	**Casa de Recuperação Maranata da Saravida**
PESSOA ENTREVISTA	**Jovens com dependência química em trtamento**
CARGO	
DATA	**23/07/2006**

Os nomes dos entrevistados foram omitidos pra preservar sua identidade

Entrevista n.º 01

1) COMO VOCÊ TOMOU CONHECIMENTO DO TRABALHO DA OSCIP SARAVIDA?

Resposta: Foi minha tia. Eu vivia lá no "mundão", cheguei até a fazer algumas coisas erradas, comecei a andar com umas pessoas para fazer maldade com seres humanos iguais a mim, aí eu pari para pensar e disse: meu Deus do céu, como eu posso fazer mal a pessoas iguais a mim? Eu não sem nem te explicar. Quando a gente vive sem Deus o nosso coração parece uma pedra, quando tem vontade de fazer o mal a gente faz e pronto. Algumas pessoas estavam atrás de mim para me matar, um dia, então, eu comecei a chorar e procurei a minha tia, aí ela me falou de Jesus e me levou para a SaraVida.

2) QUAIS AS ATIVIDADES DESENVOLVIDAS PELA INSTITUIÇÃO BENEFICIAM VOCÊ?

Aqui nós trabalhamos em equipe, aqui na casa de recuperação todos os dias nós fazemos coisas diferentes: limpamos o mato, plantamos macaxeira, cebola, batata, lavamos a casa, acordamos às seis horas da manhã.

3) PARA VOCÊ O SARAVIDA É UMA INSTITUIÇÃO RELIGIOSA OU É DO GOVERNO?

É religiosa.

4) SUAS TIAS PROCURARAM ALGUMA ENTIDADE DO ESTADO QUE PODERIA OFERECER PARA VOCÊ UM TRABALHO SEMELHANTE A ESSE QUE VOCÊ PARTICIPA?

Elas ouviram falar do SaraVida na rádio e elas não tiveram conhecimento de outra entidade não. Eu estou fazendo isso aqui por amor a Cristo, quero ter uma família, emprego, e, se eu não conseguir, vou continuar firme nas promessas do Senhor.

5) A SARAVIDA OFERECE EDUCAÇÃO OU TRABALHO PROFISSIONALIZANTE PARA QUANDO VOCÊ SAIR DAQUI CONSEGUIR ALCANÇAR SEUS OBJETIVOS?

Tem o MDF, nós estamos aprendendo a fazer umas caixinhas para vender, ganha pouco, mas já é uma ajuda.

Entrevista n.º 02

1) COMO VOCÊ TOMOU CONHECIMENTO DO TRABALHO DA OSCIP SARAVIDA?

Eu conheci o trabalho do SaraVida lá em Fortaleza, o Pastor Renato foi dar um testemunho e me falou dessa casa de recuperação. Na realidade quando eu fui para Fortaleza, eu sou de Porto Alegre, eu me desviei dos caminhos do Senhor, na época , eu estava no segundo período da faculdade. Foi aqui que eu aprendi novamente a dar os primeiros passos depois do meu envolvimento com as drogas. Hoje eu estou de volta a sociedade, trabalho com informática, faço parte de uma igreja. Eu tive a minha vida transformada porque apesar de ser um jovem de classe média alta, meu pai ser um Militar Federal, minha mãe advogada, a minha vida estava arruinada, eu perdi minha esposa, meus bens e cheguei aqui só com a roupa do corpo. Hoje estou firmado, estou estudando novamente, minha esposa voltou para mim e eu estou acompanhando os novos recuperados que saem daqui.

2) QUAIS AS ATIVIDADES DESENVOLVIDAS PELA INSTITUIÇÃO BENEFICIAM VOCÊ?

Acho que foi a terapia ocupacional, pois ela me ensinou a preencher o tempo vazio. Aqui tem horário para tudo: lavar os pratos, cultuar, tudo o que eu aprendi aqui aplico lá fora. Aqui aprendi a traçar metas e objetivos antes de executar.

3) PARA VOCÊ, A SARAVIDA É UMA INSTITUIÇÃO RELIGIOSA OU É DO GOVERNO?

Acho que é uma entidade completamente religiosa porque ela não foca o beneficio próprio, ela existe para beneficiar as pessoas que estão aqui, para reestruturar as pessoa que passam pela SaraVida.

4) O SERVIÇO QUE A SARAVIDA ESTÁ OFERECENDO A VOCÊ É DESENVOLVIDO POR ALGUM ÓRGÃO DO GOVERNO?

Acho que não, sei que existem algumas instituições semelhantes, mas são particulares.

Entrevista n.º 03

1. COMO VOCÊ TOMOU CONHECIMENTO DO TRABALHO DA OSCIP SARAVIDA?

Foi um amigo da minha mãe quem ofereceu a ela essa vaga para mim. Eu fiz a triagem lá em Recife e fui enviado para cá.

2) QUAIS AS ATIVIDADES DESENVOLVIDAS PELA INSTITUIÇÃO BENEFICIAM VOCÊ?

Aqui aprendi a ler, a escrever, eu não sabia nem o meu nome. Eu aprendi a cozinhar e fui até o cozinheiro dessa casa.

3) O SERVIÇO QUE A SARAVIDA ESTÁ OFERECENDO A VOCÊ É DESENVOLVIDO POR ALGUM ÓRGÃO DO GOVERNO?

Não.

Entrevista n.º 04

1) COMO VOCÊ TOMOU CONHECIMENTO DO TRABALHO DA OSCIP SARAVIDA?

Foi a minha tia quem começou a procurar alguma forma de me ajudar porque eu estava usando craque.

2) QUAIS AS ATIVIDADES DESENVOLVIDAS PELA INSTITUIÇÃO BENEFICIAM VOCÊ?

Foi a área espiritual, eu vi que Deus realmente existe. Aqui tem também terapia de manhã, tem o MDF, nós plantamos.

3) PARA VOCÊ O SARAVIDA É UMA INSTITUIÇÃO RELIGIOSA OU É DO GOVERNO?

O governo não está fazendo nada, esta obra existe porque as pessoas se sensibilizam.

4) ANTES DE PROCURAR APOIO NO TRABALHO DA SARAVIDA VOCÊ TEVE CONHECIMENTO DE QUE ALGUM ÓRGÃO DO GOVERNO PODERIA LHE AJUDAR?

A SaraVida foi a única. Minha tia recebeu um papel na rua e foi conhecer o trabalho, então ela me trouxe para cá.

Entrevista n.º 05

1) COMO VOCÊ TOMOU CONHECIMENTO DO TRABALHO DA OSCIP SARAVIDA?

Eu tomei conhecimento através de um amigo da família que é do Conselho Tutelar, ele me falou da SaraVida e de outra entidade da Prefeitura do Recife chamada Albergue, eu tentei me curar no Albergue, mas não consegui.

2) O QUE FALTAVA NA INSTITUIÇÃO DO GOVERNO?

Eu acho que o período do tratamento é muito curto, apenas 45 dias. Também acho que falta algo espiritual. Além de tudo isso, no Albergue, eles falam que o dependente químico não tem cura, por isso substituíram a minha dependência em craque por um comprimido, fiquei dependente desse comprimido, ele me tirava o sono, então eu fui buscar algo mais forte novamente.

3) QUAIS AS ATIVIDADES DESENVOLVIDAS PELA INSTITUIÇÃO BENEFICIAM VOCÊ?

Aqui eu aprendi a depender de Deus. Aqui eles trabalham muito a responsabilidade que nós devemos ter.

4) ANTES DE PROCURAR APOIO NO TRABALHO DA SARAVIDA VOCÊ TEVE CONHECIMENTO DE UMA ENTIDADE DO GOVERNO QUE PODERIA LHE AJUDAR. POR QUE VOCÊ PROCUROU PRIMEIRO A CASA DE RECUPERAÇÃO DO GOVERNO?

Eu procurei primeiro a do governo, mas o meu amigo do Conselho Tutelar preferia a SaraVida. Eu não queria passar esses seis meses aqui, então, fui para o Albergue, quando saí de lá só passei uma semana sem consumir drogas.

5) COMO ACHA QUE SERÁ A SUA VIDA QUANDO VOCÊ SAIR DAQUI?

Vou me dedicar a minha família, já tenho emprego certo, então, vou trabalhar.

6) VOCÊ VAI TER ALGUM TIPO DE ACOMPANHAMENTO QUANDO SAIR DAQUI?

Sim. Com a psicóloga da casa.

Entrevista n.º 06

1) COMO VOCÊ TOMOU CONHECIMENTO DO TRABALHO DA OSCIP SARAVIDA?

Através de amigos que ouviram na rádio.

2) QUAL ERA A SUA DEPENDÊNCIA QUÍMICA?
Era o álcool. Eu sou o mais velho da casa, tenho cinqüenta anos e de oito anos pra cá comecei a aumentar a dose.

3) QUAIS AS ATIVIDADES DESENVOLVIDAS PELA INSTITUIÇÃO BENEFICIAM VOCÊ?

Aqui tem disciplina. Nós nos deitamos às vinte e uma horas e nos levantamos às seis horas, temos duas horas de terapia, malhamos, jogamos bola, cultuamos a Deus.

4) ANTES DE PROCURAR APOIO NO TRABALHO DA SARAVIDA VOCÊ TEVE CONHECIMENTO DE QUE ALGUM ÓRGÃO DO GOVERNO PODERIA LHE AJUDAR?

Pelo que eu ouvi falar, eu sei que existe, mas eu preferi estar no SaraVida.

5) PARA VOCÊ O SARAVIDA É UMA INSTITUIÇÃO RELIGIOSA OU É DO GOVERNO?

Ela é religiosa e não tem ajuda nenhuma do governo.

6) VOCÊ VAI TER ALGUM TIPO DE ACOMPANHAMENTO QUANDO SAIR DAQUI?

Eu vou ter o acompanhamento de assistentes sócias, de psicólogos e de um grupo de recuperados que foi formado para nos ajudar.

Entrevista n.º 07

1) COMO VOCÊ TOMOU CONHECIMENTO DO TRABALHO DA OSCIP SARAVIDA?

Quem tomou conhecimento foi a minha mãe que ouviu falar no rádio.

2) QUAIS AS ATIVIDADES DESENVOLVIDAS PELA INSTITUIÇÃO QUE BENEFICIAM VOCÊ?

Aqui foi onde Deus falou ao meu coração, foi aqui neste lugar que eu aprendi a respeitar as pessoas. Aqui nós aprendemos a fazer artesanato com papelão que pode nos ajudar a ganhar um dinheirinho quando sair daqui.

3) PARA VOCÊ O SARAVIDA É UMA INSTITUIÇÃO RELIGIOSA OU É DO GOVERNO?

É religiosa.

4) ANTES DE PROCURAR APOIO NO TRABALHO DA SARAVIDA VOCÊ TEVE CONHECIMENTO DE QUE ALGUM ÓRGÃO DO GOVERNO PODERIA LHE AJUDAR?

Tive conhecimento, mas nunca busquei outra, me interessei pelo SaraVida porque era evangélica.

Entrevista n.º 08

1) COMO VOCÊ TOMOU CONHECIMENTO DO TRABALHO DA OSCIP SARAVIDA?

Através da minha mãe. Eu estava num presídio, preso, aí minha mãe ouviu falar sobre a SaraVida e conseguiu, através de uma advogada, me trazer para cá.

2) VOCÊ JÁ CUMPRIU TODA A SUA PENA?

Quando terminar o meu tratamento vai está faltando dez meses para eu cumprir no presídio. Eu fui encaminhado para cá pelo juiz porque eu usava muita droga.

3) QUAIS AS ATIVIDADES DESENVOLVIDAS PELA INSTITUIÇÃO BENEFICIAM VOCÊ?

O maior benefício foi encontrar Jesus, eu trabalho também com o MDF. Nesse momento estou precisando mesmo é de ajuda jurídica.

4) POR QUE VOCÊ ESTÁ NA INSTITUIÇÃO PRECISANDO DE AJUDA JURÍDICA?

Porque eu ainda tenho um longo tempo para cumprir no presídio e esse regresso pode fazer com que o trabalho que a SaraVida teve comigo caia por água a baixo, pois no presídio eles oferecem a droga algumas vezes até de graça para a pessoa cair e voltar a consumir.

****

INSTIUIÇÃO	**Ministério da Justiça**
PESSOA ENTREVISTA	**José João Romão**
CARGO	**Secretário Nacional de Justiça**
DATA	**08/06/2006**

1) O REQUERIMENTO DE QUALIFICAÇÃO DAS ENTIDADES QUE DESEJAM A CERTIFICAÇÃO DE OSCIP PRECISA SE ADEQUAR A ALGUM MODELO ESPECÍFICO. O MINISTÉRIO DA JUSTIÇA ESTABELECE UM MODELO DE REQUERIMENTO?

Não. O requerimento é livre, contudo a administração pública por força da Lei 8784 tem que disciplinar protocolos, modelos; estabelece formulários, esta é um obrigação baseada na Lei. Qualquer outro processo de qualificação, requerimento, de reconhecimento deve ser provido. Então, o Ministério disponibiliza modelos para que as entidades possam substituir algumas expressões, como encontramos, em bancas, modelos para contratos de locação. È isso que fazemos, colocamos em nosso *site*.

2) AS INSTITUIÇÕES SEM FINS LUCRATIVOS QUE DESEJAM A QUALIFICAÇÃO DE OSCIP, PRECISAM JUSTIFICAR AS RAZÕES QUE PROVOCAM A BUSCA DO TÍTULO?

Não. Elas devem apenas fazer, ou dar cumprimento as exigências contidas na Lei, as especificas exigências de entrega de documentos.

3) A LEI ESTABELECE AS SITUAÇÕES QUE O MINISTÉRIO DA JUSTIÇA INDEFERE O PEDIDO DE QUALIFICAÇÃO. QUAL É O MOTIVO QUE MAIS DESENCADEIA ESSE INDEFERIMENTO?

Tem alguns dados que poderiam interessar, mas ainda é a ausência das cláusulas estatutárias previstas na Lei, ou seja, a entidade tem que ser obrigada à publicidade, tem que reger as suas contas de acordo com as Normas Brasileiras de Contabilidade. Então, o maior número de indeferimentos ainda é a ausência das cláusulas obrigatórias do estatuto das entidades que solicitam a qualificação, embora tenha lá no *site* o modelo desse estatuto.

4) NO MINISTÉRIO, QUAL É O ÓRGÃO, O SETOR, OU DIVISÃO QUE TEM COMPETÊNCIA PARA RECEBER OS PEDIDOS DE QUALIFICAÇÃO?

Há um departamento, a secretaria tem competência. A estrutura da administração federal traz a secretaria e o departamento de distribuições como competentes, tanto para o protocolo como para o processamento, análise e parecer. O fluxo de ingresso aqui pela máquina é pela central de atendimentos, pelo correio, chegando ao departamento de justiça, o pedido é autuado, constitui-se um processo administrativo, a análise é feita por um analista, este produz um parecer assinado, acolhido ou não pela coordenação de atividades sociais, esse parecer vem ao diretor. Se o parecer é deferido, ou não, eu encaminho à secretaria a proposta de portaria; se o parecer é pelo indeferimento do pedido, sobe o parecer para que a Secretária Nacional de Justiça avalie o processo. O maior número de casos é pelo deferimento, isto significa que a pauta da secretaria é ocupada com uma revisão, se acolhido o pedido o parecer pelo indeferimento sobe para a secretaria analisar as razões do indeferimento.

5) ENTÃO A DECISÃO É COLEGIADA?

Não. Há casos que demandam discussão, mas não significa que é colegiado. Há padrões, há casos mais complexos que demandam discussões, mas não há decisões colegiadas. Existem três instâncias do processo; um estagiário e um analista produzem o parecer, essa é a primeira instância. A coordenação é a segunda instância, e a terceira instância, sou eu, a maioria dos casos se encerram aqui.

6) VOCÊS ACEITAM QUE A DOCUMENTAÇÃO E O REQUERIMENTO SEJAM ENVIADOS PELOS CORREIOS? EXISTE ALGUM ENDEREÇO ESPECÍFICO PARA ESSE ENVIO?

Sim. O endereço é o do Departamento do Ministério da justiça.

7) NO CADASTRO DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, AS OSCIPS SÃO CLASSIFICADAS POR ÁREAS DE ATUAÇÃO. QUEM DECIDE A ÁREA DE ATUAÇÃO? A OSCIP DIZ QUAL É A ÁREA DE ATUAÇÃO DELA OU VOCÊ FAZEM A CLASSIFICAÇÃO DA ENTIDADE?

Quase sempre as OSCIPs têm diferentes finalidades, então não seria possível classificar pelas finalidades; o que a gente verifica é que num processo. Além das finalidades estatutárias, checamos no processo algum objetivo específico, ou uma ação em concreto que permita classificar, mas esse cadastro é importante porque ele é reconhecido como ótimo e suficiente. Criamos agora um cadastro que nos permite realizar o processo de

qualificação pelo meio virtual. Então, não haverá encaminhamento, a qualificação poderá ser pedida por meios eletrônicos, e nesse processo de cadastramento há uma hierarquia em relação às finalidades, ainda que a entidade tenha colocado mais de uma finalidade, ela terá que hierarquizar quais finalidades são mais ou menos importantes. Então, identifica-se no processo a atividade precípua da OSCIP.

8) OS SERVIDORES PÚBLICOS PODEM PARTICIPAR DAS DIRETORIAS DAS OSCIPS?

Não podem participar de quaisquer funções executivas, então da diretoria só podem participar se não desenvolverem funções executivas, o que precisa é ficar descaracterizado quaisquer funções executivas, logo é causa de indeferimento.

9) COMO É QUE O MINISTÉRIO DA JUSTIÇA TEM APRECIADO AS SOLICITAÇÕES DE PERDA DE QUALIFICAÇÃO DAS OSCIPS? A) VOCÊS ESTÃO SENDO PROVOCADOS A DESQUALIFICAR? B) COMO ESSA DESQUALIFICAÇÃO ESTÁ SENDO FEITA?

Nesse momento está havendo uma atenção especial ao fenômeno OSCIP, porque há rumores de financiamentos de campanhas, de ligação com o crime organizado, mas poucas são as denúncias. As denúncias são quase sempre decorrentes de uma notícia de jornal ou de uma entidade que tenha sido denunciada. O Ministério Público ainda não atua fortemente sobre essas entidades, então são poucos os casos. Nos casos de termos de parcerias, já há uma resolução do Tribunal de Contas da União, disciplinando a contratação de OSCIP. Como são poucos os casos, quase sempre quem provoca é o próprio cidadão, mas não os beneficiários, quase sempre é por caso de disputa de diretor, como houve dois casos em São Paulo.

10) APESAR DE SER INEXPRESSIVO O NÚMERO DE DENÚNCIAS, SERIA POSSÍVEL DIZER QUAIS OS PRINCIPAIS ERROS OU FRAUDES COMETIDOS PELAS OSCIPS QUE DE UMA FORMA MAIS RECORRENTE PROVOCAM ESSAS DESQUALIFICAÇÕES?

Não. Não é possível porque o número é pequeno, o que supomos é que em casos de fraude de cumprimento ou não, haverá o programa da prestação de contas. Hoje, ainda não está regulamentado a renovação do título, isso significa que a OSCIP qualificada não está obrigada a apresentar prestações de contas. È isso que pretendemos fazer nesse governo, a portaria a ser editada pelo ministro vai obrigar as OSCIPs a prestar contas dos recursos públicos utilizados. Há uma medida provisória que trata da renovação, essa medida pode ser encontrada em nosso *site*, nós vamos regulamentá-la, então, teremos capacidade de produzir dados sobre o que fazem as OSCIPs.

11) QUAL É A NATUREZA DO ATO ADMINISTRATIVO QUE CONFERE A QUALIFICAÇÃO DE OSCIP?

È um ato administrativo vinculado, mas a denominação que atribui ao ato administrativo é atribuído à secretaria. É uma portaria, mas essa portaria não é uma portaria ministerial prevista na Constituição, não é regra geral, é uma portaria que se aplica ao caso concreto uma qualificação específica.

12) A OSCIP PODE GOZAR DE BENEFÍCIOS MAIS EXPRESSIVOS EM FUNÇÃO DESSA CERTIFICAÇÃO?

A rigor não, não goza de isenções fiscais. Eu instruo a minha equipe a não oferecer nenhum tipo de informação sobre benefícios, porque não é essa a função da qualificação.

13) O QUE JUSTIFICA A BUSCA DA QUALIFICAÇÃO DE OSCIP?

O termo de parceria justifica na parte direta não na indireta, a indireta são as isenções. Há uma expectativa de que o projeto do ex-presidente FHC se incluiria a imunidade às OSCIPs, migrando o conjunto de vantagens de que gozam as utilidades públicas para esse modelo de OSCIP. O Título, OSCIP, no modelo anterior foi criado para acolher as entidades do modelo normativo anterior. Que modelo é esse? Estado social, é um modelo normativo vinculado à idéia de assistência; hoje, o modelo é de Estado Democrático, que reconhece a atividade pela sociedade civil, com a participação emergente dessa sociedade organizada, reconhecendo formalmente as qualificações e atribuindo, em alguns casos, isenções ou recompensando o serviço realizado por essas entidades. Então esse modelo de OSCIP se completaria com a imunidade, tornando necessária à existência da utilidade pública federal e de outros títulos.

14) ALGUMA OSCIP JÁ SOLICITOU A SUA PRÓPRIA DESQUALIFICAÇÃO?

Não há um caso específico. Vários foram os casos, porque houve na lei um prazo de co-existência entre o título de utilidade pública e de OSCIP. O artigo 18 da lei das OSCIPs disciplina isso. Seu tempo foi até 2004, entre 1999 até 2004 entidades conviveram com os dois títulos, então no fim desse prazo as entidades tiveram que fazer a opção entre um título o outro, então a maioria optou pelo título de utilidade pública por causa das isenções fiscais.

15) O MINISTÉRIO DA JUSTIÇA JÁ DETERMINOU A PERDA DA QUALIFICAÇÃO DE ALGUMA OSCIP?

Dois ou três casos com bases em notícias de jornais. Não há casos que o MJ tenha atuado sem auxílio de outro órgão, cancelado a qualificação porque nós não temos poder de investigação de polícia.

16) ALÉM DA CORREGEDORIA GERAL DA UNIÃO, O MJ FAZ PARCERIA COM OUTRAS INSTITUIÇÕES PARA ATUAR JUNTO AS OSCIPS?

Sim, com o TCU.

17) EM QUE PERIODICIDADE O MJ ATUALIZA A PLATAFORMA DE DADOS SOBRE AS OSCIPS QUE ESTÁ DISPONÍVEL NA INTERNET?

Mês a mês.

HÁ ALGUMA PENALIDADE IMPOSTA ÀS OSCIPS QUE NÃO COMUNICAM AO MJ ALTERAÇÕES NA FINALIDADE OU NO ENDEREÇO, ETC?

A desqualificação. Nós vamos agora, depois dos últimos três anos, solicitar alguns documentos que faltavam como o CNPJ; as entidades vão receber uma notificação cancelando a qualificação que será publicada no Diário Oficial.

19) EXISTE A PREVISÃO DE QUE AS ENTIDADES EM SENDO ACOMPANHADAS PELO MJ, PRECISEM RENOVAR OS SEUS CADASTROS PERIODICAMENTE?

Sim.

20) AS ENTIDADES DO PODER PÚBLICO QUE FIRMAM PARCERIAS COM AS OSCIPS COSTUMAM CONSULTAR O MJ PARA MAXIMIZAR A REGULARIDADE DAS PARCERIAS?

È essa a exigência que instituímos em portaria. Os nossos esforços hoje são para que toda entidade da administração federal possua um cadastro.

21) O MJ SABE COMO OS CONSELHOS DE POLÍTICAS PÚBLICAS ESTÃO SENDO ORGANIZADOS?

Os conselhos foram até onde foi divulgada uma manifestação com o intuito de fortalecer o socialismo. O conselho representa não um auxílio às OSCIPs, mas a garantia da universalização das políticas públicas.

****

INSTIUIÇÃO	**Câmara Municipal de Lisboa**
PESSOA ENTREVISTA	**Sofia Bensabat e Fernando Cunha**
CARGO	**Secretário Nacional de Justiça**
DATA	**24/07/2008**

Exposição de Fernando Cunha sobre o projeto de regulamento de apoio para renovação da regulação disposta no art. 68 da Lei 5 – A/2002

Quando o regulamento sai da Câmara já como proposta, naturalmente que os departamentos foram apanhados de surpresa, ação social ficou, somente depois uma ata porque não foram ouvidos na feitura do regulamento.
Daí que, quando sai um projeto já trazia um conjunto de situações que pra mim não há e que tem de fato e que já vinha anotado um conhecimento e depois já não conseguiram fazer ? , naturalmente que esta questão do contrato de programa não é uma questão teórica, é uma questão de fato, prática e fácil de demonstrar que a figura do contrato de programa, a figura jurídica do contrato de programa, está previsto não é diploma próprio e existe uma das partes que já estavam na administração pública.
Portanto, não é preciso um grande esforço para mostrar que a figura jurídica do contrato, não, não é figura em si, porque é figura, pois, do contrato de programa, tem mais cidades, tem uma duração prevista de num sei quantos anos e para Estados, tem outros cunhos e que não se dão para com isso. Já foram centenas de ? Estado novo trazendo o nome para aqui, não trouxe rigorosamente nada de novo. Se dissessem assim: a figura do contrato de programa é uma figura que existe, tem um conjunto de formalismos próprios, para serem distribuídos e não para serem a figura do contrato de programa para

aqui. A mudança foi no nome, passou a chamar de Protocolo de Colaboração que figura que representa ? de competências.
Não é uma questão de apoio ou de passar dinheiro, transferência, não é assim na prática o que se passa, com ? com as instituições de ação social, que é uma distribuição de competências, ou seja, a Câmara tem competências de determinadas áreas da ação social, do esporte, da cultura e vem a distribuir estas competências nas instituições.
Ao fazer essa homologação de competências, naturalmente, trazemos mais certos tipos de apoio, certos fatos, é... serve de ? o que quer que seja a forma de homologar essas competências é através do Protocolo de Colaboração que é de fato que usa mais Proposta feitas as instituições. Mas alguém previu isso? Que questão é essa?
A que fato a designação, tem um sentido... a figura do contrato está mais ligada ao direito civil. Porque contrato parece ter uma conotação mais forte e que não faz sentido entre partes que uma relação da sociedade social, ou seja, não promove o lucro outra órgãos públicos, portanto, daí o termo Protocolo de Colaboração a questão do bom senso das sociedades públicas, mas por órgãos públicos, está conhecida formalmente por contrato social, não é simplesmente chamar assim. Não. É uma instituições conhecidas, tem institutos próprios que foi atribuído ou conhecido o mérito, quer do instituto, quer da sua organização, quer dos fins que promove.
Portanto, são, digamos instituições que tem o próprio, digamos o mesmo que ? é isso que faz um contrato. No caso que expôs não , por exemplo quando se fala que se dá subsídios outros órgãos Estado, os outros órgãos do Estado entre eles, não trocam de fato dinheiro, nem atribuições de competências, nós temos que delegar competências que são ? que são autarquias locais não é o que acontece naturalmente é hierarquias das Câmaras Municipais, portanto, não... há certos termos que são usados, que não aparece muito aqui e este contrato de programa acho que foi ? não trouxe naturalmente nada de novo, não trouxe, aliás, nenhuma cicatriz do contrato de programa, não podia trazer porque são feitos para outras coisas que não isto e acaba por... ficar o novo regulamento, em princípio que vá passar na Assembléia não acredito que alguém vá e se não quiseram até agora, mas acaba por ser... Pra mim é uma coisa engraçada de fato que quando se trata de Contrato de Programa ? promover a figura do protocolo não vai levar a feitura de um novo regulamento ?

1) JÁ QUE ESTAMOS DISCUTINDO AQUI UM REGULAMENTO, EM QUE PÉ, OU SEJA, EM QUE PONTO DE DISCUSSÃO ANDA ESSE REGULAMENTO?

O regulamento foi aprovado em Câmara e está pra ser aprovado na Assembléia Municipal. Os regulamentos são aprovados e propostos pela Câmara Municipal e depois vão à Assembléia, onde são aprovados, a partir daí são publicados e a partir dai entrarão em vigor.

2) LEVANDO EM CONSIDERAÇÃO ESSA INFORMAÇÃO SOBRE COLISÃO ENTRE NORMA DE ADMINISTRAÇÃO CENTRAL E NORMA DE ADMINISTRAÇÃO LOCAL. QUAL É O NÍVEL DE AUTONOMIA QUE CÂMARA MUNICIPAL TEM NO EXERCÍCIO DA TAREFA DE LEGISLAR SOBRE A AÇÃO SOCIAL?

As Câmaras Municipais não tem de fato, a questão da matéria de ação social. O que a Câmara faz, ela pode conduzir as regras, obras as quais, atribui-se a tipos de apoios em

diversas aéreas, seja na ação social, seja no esporte, seja na cultura. Portanto, que a Câmara pode, de fato, elaborar documentos pra si, não tem ? fora a Câmara desfaz o nosso regulamento para a Câmara de Lisboa e pra ser aprovada apenas pela Câmara de Lisboa. Nem sequer pelas outras autarquias do Conselho, não as outras por exemplo ? as outras ? se quiser .
O que elas fazem é ? são outorgadas pela Câmara ? mas, nesse caso específico o que acontece é que a Câmara pode elaborar regulamentos, depois cumpre e de fato esta questão do regulamento que está em questão agora, elaborou, aprovou, vai à Assembléia, a Assembléia aprova também e depois de publicada, cumprir.
Portanto, os atos sobre a ação social, Câmara Municipal não é de fato trabalhar na ação social e promover a ação social em Portugal, competência do Estado e não das Câmaras. Simplesmente as Câmaras tem algumas competências no apoio à instituições ou atividades de fato que são de interesse municipal, exclusivamente. Não é uma questão da ação social. A nível, de fato, igual que podia ser, portanto, só que a Câmara não tem competências, por exemplo, na ação social individual e instituições, mas no sentido de colaboração institucional e não na ação social propriamente dita, com pessoas particulares, as pessoas particulares quando tem problemas social, não se dirigem a Câmara, dirigem-se as instituições e se dirigem a Câmara e a Câmara que encaminha para essas instituições. As instituições, sim, em princípio terão protocolos com a Câmara satisfazem as atividades que desenvolvem obra de interesse municipal e se de fato tem esse interesse e eu creio que... ação social municipal apenas nesta latente institucional e de apoio a instituições e atividades de fato que tenham interesse no Conselho de Lisboa e não mais do que isso. A ação social nacional é de competência do Estado, não nossa.

3) QUAL É A PREVISÃO PARA A APROVAÇÃO E VIGÊNCIA DO PROJETO DE REGULAMENTO DE APOIOS EDITADO AQUI PELO MUNICÍPIO DE LISBOA, OU SEJA, DESSE REGULAMENTO DOS CONTRATOS PROGRAMA?

Antigamente havia vários regulamentos para cada uma das áreas, a ação social tinha um regulamento próprio, era de 94. Foram publicados em boletim municipal e era por esse regulamento que nós fazíamos, de fato, as ? depois. O regulamento estava dividido em 2 partes: Uma parte exclusivamente para obras, as instituições pedem apoios para obras e nós conseguimos ou, de fato, a verba para fazer as obras ou elaborar os projetos ou custearmos a assistência técnica, nós temos também assistência técnica e engenheiros aqui no departamento que estavam, mas também convém que o fato nesta questão do regulamento. O regulamento agora que vai ser aprovado é um regulamento transversal da Câmara, em todas as áreas. Não é somente da ação social. Antes os regulamentos eram por áreas. Havia um regulamento da ação social, regulamento da educação e da cultura. Nós aqui tratamos naturalmente apenas das questões especiais e apenas nos preocupamos com o nosso regulamento.
E este regulamento vai ser aprovado. É um regulamento transversal da Câmara, diz respeito a todas as áreas, não distingue nenhuma em especial, nem há especificação de... especial para cada uma das áreas ? de fato, atribuíram apoio na área da cultura, atribuíram apoio na área da ação social, mas na ação social nós temos sequer um único exemplo de atribuir apoio individual, na cultura acontecia este espaço por exemplo, era normal ser... Mas aconteceu de serem espaços individuais. Ação social apenas trabalha de fato com instituições, esses espaços que existiam eram de fato a instituições.
No que diz a previsão de vigência: o nosso regulamento anterior de 1994 como lhe disse e este agora vamos ver de fato quanto tempo dura, até porque sendo novo seguramente

vai ser objeto de alterações, porque isso acontece não só acontece de fato com os regulamentos da Câmara, acontece com os Estados. O Estado quando coloca do Estado pra fora ? diz respeito a contratação privada vai entrar em vigor diploma novo que vai estar em todas as áreas que ? e já estão previstas para entrar em vigor no Congresso a partir do dia 30 de julho quando... neste mês que estamos... 24? 23? e não, ninguém sabe se vai ficar a tempo. E mesmo ficando a tempo, já sabe que não haverá alterações do prazo porque vão surgir no concreto questões que vão ? e vão deixar a ?
É até uma questão de meses, porque seguramente é um instrumento a ser visto, é melhor assim. Não saem de férias e pois, na prática acham previstas até, fatos de urgências novas? Novos, envolvem vários departamentos, há um controle a nível de pagamentos do Departamento das Finanças. Há outras situações que o regulamento ser, pode ser feito o regulamento na Câmara, a Câmara concorde e não seja conforme, um Contrato Programa não seja conforme pois nesta prática ? e vamos ter situações de fato complicadas porque o Regulamento é aprovado em Câmara, as propostas autorizando apoio também são, mas os Regulamentos vão à Assembléia e tem uma, digamos, uma força maior que pois tem o Contrato Programa e caso vem a ser naturalmente o Regulamento e não o Contrato Programa. Vai haver esse sistema também.
E pronto. É uma questão de se ver e parece que não vai haver outro Regulamento, seguramente haverão alterações deste Regulamento.

4) O PROJETO DE REGULAMENTO NOVO, DE APOIOS, PREVÊ UMA SÉRIE DE CRITÉRIOS DE JULGAMENTO PARA OS PROJETOS SEREM APRESENTADOS PELAS ENTIDADES SOCIAIS. EU PERGUNTO ENTÃO SE HÁ DENTRO DESSES CRITÉRIOS UMA HIERARQUIA OU UMA ESCALA DE RELEVÂNCIA PARA FIM DE JULGAMENTO.

Como o Regulamento não está de fato ainda aprovado pela Assembléia, nós temos o Regulamento, mas ainda não tivemos casos onde fossemos obrigados a publicar ou ?
Na prática acontecia a seguinte os critérios parece mais transparente. Antigamente não era, os fatos eles iam surgindo, não havia. Essa questão do critério da hierarquia também conta com problemas sérios e problemas que fato só podia ? fazer isto.
Quando uma instituição se dirige a Câmara com pedidos de apoios e espera uma resposta célere e quando eu digo isso, nós temos 90 dias para dar resposta. Prazo máximo. Eu pergunto: hierarquia vai ser feita como, dentro dos 90 dias? Em que noventa dias?
As instituições fazem o crivo, eram feitos de fato, na ausência desse crivo a aprovação ou não, será lançada ou não, se é uma coisa que vai levar mais tempo para estudar e ver de fato quais são as garantias e digamos uma liberdade, mas essa também é uma liberdade de fato que permitia também agir nos casos em que tem que ser e tem que ser considerado. Nesta questão, se não vamos exigir uma hierarquia que seja determinada ou que não terá crivo, o caso de uma instituição fazer um pedido que tem que ser atendido rapidamente vai ter que aprovar em 90 dias ? só que em seis meses ou fim do ano teremos que ver quais as instituições mais prioritárias, mais prioritária ou menos prioritária, nós vamos ter 2 caminhos.
Obviamente vai ter que estabelecer um número que ? mas imaginemos que por azar que uma das instituições faz um pedido bastante urgente ? das mais ? fazer ? seis meses para fazer um único pedido, mas são 2 ? esperar seis meses a alteração do prazo passa dos 90 dias que o Código Civil Português nos dá.
Portanto, isto que escreveram claro que aqui vamos ver, mas que na prática não vai ter ? se houver um pedido que tenha mais urgência que outros ? há pouco tempo, há poucos anos

Depois estamos estabelecendo parcerias na hora durou 6 - 7 dias, portanto, pergunto como é que vão fazer essa radiografia, se vamos aguardar, porque o tempo passa o tempo passa e ? rua ou por ai a fora...
Portanto surgem problemas práticos que surgiram em direito mas seguramente nos próximos tempos quando forem aprovados vão surgir questões sobre isto. Se vai ser preciso estabelecer os prazos, para quanto tempo, quantos por cento e portanto, ? transparência se prejudica ou não a questão da resposta e que cumprimento dos prazos que são impostos no Regulamento, se
Porque não há esta experiência prática funcionar essas normas novas. Para ser visto ou não ?a não se cumprir ? departamento urgente irá agir em conformidade não ira revogar ?

5) NÃO HÁ ENTÃO, UMA ÉPOCA CERTA DO ANO OU DO SEMESTRE PARA QUE AS ENTIDADES DE SOLIDARIEDADE SOCIAL APRESENTEM OS SEUS PROJETOS, OU SEJA, EU POSSO DIZER QUE ELAS PODEM APRESENTAR SEUS PROJETOS A QUALQUER TEMPO?

Sim, elas podem apresentar a qualquer tempo através dessas questões que ? algumas sobrevivem, outras nem tanto. Portanto, podem apresentar em qualquer altura agora ? continuar com burocracia, estiverem posta a este... estiver aliada a este momento, se por um lado pode trazer mais segurança, por outro pode trazer uma menor eficácia em alguns campos.
Mas veremos a conexão do controle irá durar, mas verá que outras questões que o tempo dirá, são névoas, porque se é assim mesmo. Muitas vezes, muitos Regulamentos que na prática acontece que não são cumpridos e ficamos na mesma, ou de fato são cumpridos e não atinge os fins que eram supostos para serem atingidos.

6) O SENHOR DISSE HÁ POUCO QUE NO CASO DOS PROTOCOLOS DE COLABORAÇÃO NÃO EXISTIA A PERSPECTIVA DE UM CONTROLE SOBRE OS PROTOCOLOS. LENDO O PROJETO DE REGULAMENTO, EU PERCEBO QUE LÁ EXISTE ESSA PERSPECTIVA, ENTÃO EU LHE PERGUNTO. É POSSÍVEL DEFINIR QUAL É O SETOR QUE VAI TOMAR CONTA DESTA ATUAÇÃO, OU SEJA, QUE ÓRGÃO VAI SE OCUPAR DA FISCALIZAÇÃO DOS PROTOCOLOS DE COLABORAÇÃO OU DOS CONTRATOS-PROGRAMA?

É sim, naturalmente havia discutido no controle e não tive a intenção de controlar, porque assim todo departamento vai inaugurar os seus projetos de protocolo de colaboração levavam naturalmente a direção, a direção vai ? algumas das direções também tinham protocolos próprios ? todos os departamentos recebem protocolos elaborados pelos departamentos até porque esta questão da elaboração é mais complexa do que isso, porque os departamentos que a Câmara temos uma direção municipal que também tem competências para propor esses protocolos sem que os departamentos tomem conhecimento. São feitos protocolos, de fato, em nível das Câmaras Municipais ou podendo ser em nível da Direção e o que acontecia naturalmente, o controle teria que ser feito a nível desses protocolos poderia ser feito por quem os criou por quem mandou criar.

Muitas vezes o que acontecia que os protocolos não tinham em nível dos departamentos ficava nas direções municipais.
Naturalmente os departamentos que não tinham protocolo, os municípios teriam que fazer o controle.
A questão das Direções Municipais volta e meia são extintas, as questão das direções volta e meia mudam e muitas vezes os assistentes também não cooperavam de vir, o que quer dizer que havia interesse por este fato de controlar isto, havia algum controle sobre o formalismo dos protocolos se tinham sido corretamente elaborados, mas também pela questão do acompanhamento do protocolos muitos extensos, às vezes duravam vários anos, o acompanhamento por vezes ? não era por questão das organizações, de fato, extintas, mudam, mas porque ? vários mandados, e mesmo assim ? direções que de fato as vezes transitavam de um lado pro outro.
Não havia um controle, não era um controle, digamos assim, em nível de um departamento específico, era um controle da área. Tinha sobre sua responsabilidade um protocolo, havia protocolo que abrangiam várias áreas e outras por determinadas áreas podiam passar para outras áreas ? protocolo antigo ? para ação social ? os projetos que estavam ? ação social
Departamento orgânico que fazia protocolo deveria acompanhar. Essa é a regra.
O departamento de finanças, departamento de orçamento, digamos assim a única coisa que fazia era só verificar se na altura do departamento se estavam lá as autorizações que deviam estar, que os órgãos deveriam ter emitido.
Essa expressão, estavam lá Câmara estavam lá a figura da direção, se estavam lá a figura municipal, essas coisas todas. Isso de fato era visto.
Agora o novo regulamento, o novo regulamento, fala a questão do acompanhamento de fato, parece que é mais rígido e fatos e prazos...
Mas existem evidentemente situações a serem postas pelo novo regulamento que tornem, porque na prática o regulamento, pois não tem de fato, que as autarquias?
As próprias direções do serviço, também por vezes mudam, os técnicos das equipes mudam.
Por exemplo, após detectarem a existência devem ser acompanhados por técnicos da área ? e devem ser acompanhados por técnicos da área, as equipes técnicas, os desenvolvimentos vão variando ao longo dos anos também. Porque esses órgãos outras possuem equipes, outros departamentos e naturalmente pois espera-se um pouco... quer dizer se a pessoa propôs a feitura de um contrato do protocolo na altura ?
E pode haver de fato pois a urgência de execução do cumprimento. O regulamento parece de fato bastantes normas sobre isso mas podemos pois na prática que seja aplicado irão ? seguramente nas condições Estado mudou orgânico fez ? pessoas que fizeram o protocolo que conheciam esses ?
Provavelmente protocolo bastante longos, pode acontecer também que o contrato de colaboração não surjam porque nós na Câmara quando fazemos um pagamento temos que enviar os originais para o orçamento, guardamos as devidas cópias, nos 2 lados autorizam mas e ? quando são pagamentos
As últimas copias já não certos começam a surgir diversos números de situações, mas digamos que sim, de fato que haja e por razões assim se tiverem ? nunca ninguém sabe porque todos os dias são feitos protocolos, mas seguramente ? protocolos ?
Protocolos nos temos 3 ou 4 equipes, portanto pode dar-se o caso também de nem todos os protocolos terem o mesmo tipo também nem todos exigem o mesmo tipo de acompanhamento, pode haver protocolos só podem ser acompanhados na altura dos cartórios, outros por outro lado tem que ser acompanhados mensalmente e nós temos... acho que em princípio sim.

Intervenção de Sofia Bensabat

Há um tempo atrás os protocolos também possuem mecanismos de controle das atividades do projeto que é a instituição está a desenvolver.
Através da entrega do relatório de atividades, através da entrega de planos de atividades ou através da criação de conselhos consultivos a comissões de acompanhamento. É designada uma pessoa de determinada equipe, formada dos idosos, é designada uma pessoa da equipe dos idosos, para fazer parte como representante do departamento da ação social e fazer parte desse conselho consultivo ou dessa comissão de acompanhamentos.

Continua Fernando Cunha

De fato o regulamento não contribui muito acerca do cumprimento do protocolo, os protocolos em si, individualmente tinham e é assim que deve ser. Porque é muito mais justo e mais inteligente fazer-se o controle do protocolo, no protocolo, estabelecendo as normas no protocolo do que estabelecer nesse novo regulamento, porque no protocolo neste momento atravessamos várias áreas ? existe um controle específico para os protocolos numa outra área, mas parece fazerem um estrito cumprimento de normas, sendo que são normas globais, gerais, ? muitas questões na prática, pois acaba que vão voltar a fazer com o regulamento perde força.
Mas que o protocolo para mecanismo de controle, naturalmente, de acordo com aquilo que está aqui previsível as partes fazerem e que se ponha um crivo mais forte ou mais tênue às comissões de acompanhamento. O que acontecia muitas vezes é que essas comissões, ou não eram nomeadas também, ou nomeavam o departamento previam essa comissão. Ou de fato não produziam os relatórios como deveriam produzir ou produziam-nos tarde e isso de fato ia... mas irá servir de exemplo porque de fato com o orçamento da administração pública. A questão não está de fato... por um lado ? da administração, ? pois tem esse problema de fato anual, cada funcionário ? sobre determinados assuntos, pois vai com ele, normalmente quem chega não tem esse conhecimento e pode durar mais tempo. Controle, havia mecanismos de controle só que em nível de protocolo e acho que essa era a função que deveria ter em outras áreas ? regras não são gerais, mas de fato que haja interesse sim, nos protocolos e de acordo com aquilo que o protocolo exige.

7) HÁ PREVISÃO PARA A REGULAÇÃO DE SANÇÕES PASSÍVEIS DE IMPUTAÇÃO A ENTIDADES DE SOLIDARIEDADE SOCIAL, DIANTE DA VERIFICAÇÃO DE IRREGULARIDADES NO CUMPRIMENTO DOS PROTOCOLOS OU CONTRATOS-PROGRAMAS, COM O ADVENTO DO NOVO REGULAMENTO?

É sim, eu sinceramente penso que esses protocolos são naturalmente dispostos nos princípios, são princípios mais ou menos estas. No caso que estávamos a falar espaço, essa ação do cumprimento de protocolos relativos ao espaço. Naturalmente a atribuição do espaço, nas condições em que estavam, podemos julgar a ocupação necessária. Outra situação também que acontece os protocolos que é a transferência de verba que não foi devidamente, de fato, gasta. De fato, ter sido devidamente gasta ? estabelecidas as regras até determinado ponto e até determinado ponto não foi de fato aplicada. Portanto, essa função parte não foi corretamente aplicada não as verbas todas. Por isso, é previsto a

nível de protocolo e não em nível do ?não há mais justamente, a Câmara também não tem o poder sancionatório, permite que ela vá para o indício. Naturalmente são praticados crimes no âmbito dos protocolos são estipulados seja... ação ou fraude o que quer que seja, a Câmara somente irá participar disso ao Ministério Público.
As instituições passam mesmo por isso ? sejam bens físicos, sejam verbas. Estavam previstos em cada protocolo de acordo com as atividades especificas de cada protocolo, mas nada disso é novo.

8) OS PARECERES TÉCNICOS QUE APROVAM OS PROJETOS SOCIAIS DAS ONGS OU DAS ENTIDADES DE SOLIDARIEDADE SOCIAL PARA A CELEBRAÇÃO DE PROTOCOLOS DE COLABORAÇÃO SÃO DOCUMENTOS DISPONÍVEIS AO PÚBLICO EM GERAL.

Não são documentos publicados, mas são documentos públicos naturalmente em princípio são abertas se houver interessados em consulta e às vezes há. Às vezes há. Normalmente não é o caso. Não se trata, não ? esteja competência portanto, não é uma questão de ? instituições e vão as ruas tentar. Não, estas instituições tem que fazer coisas diferenciadas, em áreas diferenciadas, com objetivos diferenciados, não é, digamos, não estamos na parte de concurso, naturalmente como não há concurso, não há quem perde e quem ganha. Pode haver eventualmente situações onde instituição pode querer saber porque foi distribuído determinados espaços a essa não foi outra, mas a Câmara tem vários espaços, de fato que a instituição também tem Câmara preocupa-se não questão de tirar espaços ocupados, mas questão novo espaço para a instituição que o queira. Portanto, a questão do conflito não ser, portanto, a questão de haver muitos interessados ? quem quer consultar deve pedir.
Naturalmente os relatórios, naturalmente são ? documentos seguimentos públicos apesar de naturalmente não serem publicados, a Câmara não vai publicar os relatórios, não faz com o outros documentos desta matéria seguramente irá publicar os protocolos vencido ou irá publicar a proposta que aprovou o protocolo vencido. Mas nos temos um boletim municipal que como todos os departamentos da autarquia, todos os departamentos querem publicar coisa, publica, publicar as peças todas até ? a questão das publicações tem vindo não só nas autarquias a nível de Lisboa, mas a nível nacional, nos podemos ? pouco tempo um ano, portanto? mas desapareceu a questão do papel, por questão de custo e algumas coisas não são publicadas mais porque envolvem dinheiro toda gente sabe que há certos atos que para publicar também exige um ? portanto seguramente não há possibilidade de... nem há interesse tão pouco em fatos que fossem publicados repartição pública, quem quer consultar, consulta, mas não há interesse em afixar ou publicar.

9) EU PODERIA TER ACESSO A PELO MENOS UMA AMOSTRA, MESMO QUE FOSSE REDUZIDA, DESSES PARECERES?

Os pareces normalmente são elaborados tipo de informação, são elaborados pelas equipes de cada área o que pode fazer para consultar um documento de determinadas área tem que ver se estão arquivados junto dos protocolos vencidos seguramente os protocolos atender um controle específico, provavelmente estarão por pastas, pode não conter toda informação que deram origem ? foram feitos por outros organismos que só veio em protocolos que vieram ? mas há protocolos contemporâneos e o que deve fazer se tiver interesse em consultar é informar a diretora e a diretora simplesmente irá

permitir que ou em contato direto com uma das equipes que ? ou que tenha acesso às pastas onde esses documentos estão guardados.

10) A CÂMARA DE LISBOA POSSUI UM REGISTRO SOBRE O NÚMERO DE SOLICITAÇÃO DE APOIOS REALIZADOS PELAS ORGANIZAÇÕES NÃO GOVERNAMENTAIS?

Não, nos termos em que estavam feitos, de fato não poderia haver. Porque como digo, os pedidos entram por área, ou seja, os pedidos não entram na ? e depois são distribuídos com os departamentos os pedidos eram dirigidos logo ? são dirigidos logo ao departamento que irá propor atribuição do apoio? ação social, apoio na área da cultura, outro departamento ? orgânicos que estejam abaixo do departamento e era assim que acontecia. Naturalmente se ? não há pois um registro global para o departamento. Quando muito terá um registro dos seus pedidos, mas não havia uma ? global, no caso do novo regulamento ? parece estar previsto pedidos entrar pela ? instituições não tem que ter conhecimento do fato do regulamento, apesar de ser, pra ser publicado e por aí, o que vai acontecer é que existem instituições que vão ser geridas não por estruturas muito visadas, muito? , muito elaboradas, mas por pessoas simples e algumas delas nem sequer tem formação superior. O que quer dizer que esses regulamentos aliás ? entrar na Câmara de Lisboa ? regulamento anterior que estava em vigor desde 1994 regulamento portanto preocupado se existia ou não existia regulamento departamento deveria responder.
E neste caso quando vai acontecer pedido entrar seguramente pela ação social, pela cultura, por aí afora, que depois por via dessas novas normas vão ter que ? departamento pra dar entrada para que seja aprovado. Depois o pedido vai ter que retornar ao departamento que irá ? isso aconteça ? transitar de um lado pro outro e já a partir do fato que também não... nem todas as vezes vai ser possível acionar o departamento, portanto se o pedido entrar com a ação social, se não for ação social, ação social e criar outro departamento competente. Se o pedido entrar pelas finanças, as finanças tem que ver para que departamento deve ir ?

11) É POSSÍVEL INFORMAR ALGUM DADO SOBRE O NÚMERO DE PEDIDOS DE APOIO QUE CHEGAM À CÂMARA DE LISBOAS?

Sempre será em nível de cada departamento, ou seja, pode acontecer de fato ? na área social ? portanto é uma questão de nível de departamento, igual na ação social. As coisas não podem ser vistas em nível, número de pedidos que podem desenvolveram um rumo meio vago depois, querem espaço, querem verbas pode acontecer seguramente até que em nível de orçamento pode haver verba destinada, e há seguramente uma previsão de verba para ser atendida determinada área se houver um pedido urgente de uma cidade ? grande parte dessa verba pode ser comprometido para comissionar os outros pedidos todos.
Mas não creio que haja ? havendo isso não.

Intervenção de Sofia Bensabat

É preciso diferenciar o que são os pedidos de apoio e os apoios concretizados, digamos assim não é, e de fato ao longo dos anos tem vindo a ser os apoios concretizados.

Em termos de números de instituições (verbas puramente), mas também o número de intuições apoiadas, tanto em nível de apoios financeiros, como em nível de colaboração de Protocolos de Colaboração. Tem vindo a crescer muito.
Agora em nível de número de instituições que se dirigem a nós para apoios, eu não faço idéia de dizer, é possível que tenham.

Continua Fernando Cunha

É uma opção também de ? em nível de ? esse controle é feito por pedidos, os pedidos naturalmente as vezes por vários tipos não entram só pelo departamentos a nível de direção também e por vezes ? o pedido pode entrar ? ou pode até entrar pelas equipes que ? chegar a direção ou pode entrar pela direção levadas para a equipe e junto haver um controle também. Em princípio, neste caso das finanças vai ser bastante provável, eventualmente pois 5 anos do regulamento ter entrado é mais fácil fazer essa afirmação, investimento não é por nós

Intervenção de Sofia Bensabat

Agora iniciou-se um ? do controle do número de pedidos de despachos está sendo elaborado um mapa com número de pedidos, quando é que são despachados, quando é que deu entrada no pedido, quando é que o pedido foi despachado. Mas não temos termos de comparação com anos anteriores, porque este trabalho não foi realizado pelo menos nesses moldes e um pouco difícil para responder se esse número de pedidos aumentou, se diminuiu, se mantém o mesmo.

12) QUAL É HOJE A PRINCIPAL FORMA DE APOIO CONCEDIDAS AS ONGS PELA CÂMARA? É O APOIO FINANCEIRO OU O APOIO NÃO FINANCEIRO?

Depende de departamento para departamento. No caso da ação social, é... também é difícil comparar. Nós quando cedemos um espaço, por exemplo, ano passado foram cedidos 6/7 espaços, que eram espaços da Câmara que foram cedidos às instituições. Pois no caso do financeiro, transferir por exemplo, 600 mil ou o que seja, mas os dois tipos de apoio, nós fazemos mais espaços e verbas.

Ou seja, em número de espaço nós temos ? como é que fica o apoio financeiro? É por número de atribuições? Ou seja, num ano posso dar 10 subsídios e no outro em seguida dar 1 e nesse 1 dei mais apoio do que os outros todos. Como vou definir isso? Se é por número de pedidos, se é por verba transferidas, se é por espaço. Espaço como é que se avaliam? O valor que tem no mercado, o número de espaço
Espaço para que possa integrar o espaço
Mas a forma de apoio mais comum, digamos, que é o apoio financeiro. É mais o que as pessoas querem, do que o espaço. O espaço é mais para implementar uma sede, para desenvolver uma determinada atividade, mas também ? espaços. Se quisermos falar em espaço, tipo uma sala para o exercício de ? administrativas, como uma sede... mais espaços por exemplo espaços para conceder abrigo porque normalmente são mais curtos vários querem equipes de organização, equipes técnicas, portanto, essa questão de contabilizar quais mais isto quanto valor, são coisas complexas.
E isso em nível da cultura, por exemplo. Posso ceder mais espaço, posso permitir mais instituições nas cidades, mas pode não dar apoios financeiros, ou seja, varia de área pra

área e no caso da ação social, em termos de números nós demos mais vezes subsídios do que cedemos mais vezes espaços. Mas por exemplo, na questão de espaço, eu posso ter um espaço agora que está cedido durante cinco anos e este espaço foi ? continua a manter-se como cedido, continua a manter-se como apoio ou apenas com o ? que foi dado, não é fácil essa modificação.

13) PARA OS PRÓXIMOS PROTOCOLOS DE COLABORAÇÃO OU CONTRATOS PROGRAMAS, HÁ UMA PERSPECTIVA DE ACOMPANHAMENTO, OU SEJA, DE UMA FISCALIZAÇÃO DURANTE A EXECUÇÃO DO CONTRATO?

Naturalmente que há uma perspectiva de acompanhamento e controle do contrato, como havia antes na questão dos protocolos. Mas seguramente a entrada em vigor um novo regulamento não vai trazer novos funcionários as autarquias. O que quer dizer que as coisas vão ser feitas pelas mesmas pessoas, que tinham sido feitas anteriormente. Também não vão pagar seguramente horas extraordinárias ? , não vai haver mais pessoas a trabalhar mais tempo no controle. Eventualmente o que terá que ser produzido é mais documentação, ou seja, se antigamente era possível pagar um subsídio sem que fossem juntos os relatórios, agora seguramente quem for analisar ? vai ? vão enviar documentação ao departamento respectivo para que produzam junto esse documento. Para lançar o relatório terão que ser produzidos. Para um controle sobre esses relatórios terá que ver também ? sobre esse ? agora naturalmente tal qual como havia anteriormente, ? agora que vai ser porque significava dizer que antigamente não era feito, não é o que está em causa. O que posso dizer é que não vai haver ? mas está previsível no ? mais na intenção de uma superestrutura que supervisione isto ? (...).