Direito Administrativo

Terceiro Setor

PROFESSOR DR. GUSTAVO JUSTINO DE OLIVEIRA

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP)
São Paulo (SP), 2018.

1. Estado e Sociedade Civil

Estado

"ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território" (DALLARI, 2010:119).

1) Estado Liberal – Administração Autoritária, hierárquica, piramidal.

2) Estado do Bem-estar Social

- Administração Prestadora e contratante.
- Garantidora dos direitos sociais e do desenvolvimento econômico.
- Impossibilidade de o Estado cumprir todas essas tarefas por meio de uma burocracia centralizada.

3) Estado Pós-Social, Regulador, Desenvolvimentista

- Rumo à Administração Pública Consensual
- **Princípio da Subsidiariedade-** "Se o Estado quisesse cumprir todas essas tarefas por meio de uma burocracia centralizada, não estaria longe do Estado totalitário. É por esta razão que é muito importante aplicar o **princípio da subsidiariedade**, segundo o qual os poderes públicos não assumem senão uma parte dessas tarefas (serviço público) e, além disso, com o apoio de organizações sociais privadas, de associações religiosas e outras associações privadas" (FLEINER-GERSTER, 2006:603)
- ***Espaço Público Não-Estatal***

2. Espaço Público Não-Estatal

-Concepção disseminada na década de 1990 que implica na transferência de atividades realizadas pelo Estado ao setor privado, posto que aquele é ineficiente para execução de determinados serviços públicos. Como se trata de um serviço que deve ser oferecida a todos (público) e executado pelo setor privado, mas sem fins lucrativos, concebeu-se o termo espaço público não-estatal (BRASIL, Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado – 1995)

Atividades de protagonização conjunta do Estado e da sociedade civil:

-Ensino
-Pesquisa Científica
- Desenvolvimento tecnológico
-Cultura
-Proteção e Preservação do Meio Ambiente
- Saúde
- Desporto e Lazer

Saúde

Art. 199. **A assistência à saúde é livre à iniciativa privada**.

§ 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, **tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos**

Assistência social

Art. 204. **As ações governamentais na área da assistência social** serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes:

I - **descentralização político-administrativa**, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, **bem como a entidades beneficentes** e de assistência social;

Educação

Art. 213. **Os recursos públicos serão destinados** às escolas públicas, **podendo ser dirigidos a escolas** comunitárias, confessionais ou **filantrópica**s, definidas em lei, que:

I - comprovem finalidade não-lucrativa e apliquem seus excedentes financeiros em educação;

II - assegurem a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional, ou ao Poder Público, no caso de encerramento de suas atividades.

Cultura

Art. 216. Constituem **patrimônio cultural** brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

§ 1º - O Poder Público, **com a colaboração da comunidade**, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

Meio ambiente

Art. 225. Todos têm **direito ao meio ambiente** ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e **à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo** para as presentes e futuras gerações.

Desenvolvimento tecnológico

Art. 219-A. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão firmar **instrumentos de cooperação** com órgãos e entidades públicos e **com entidades privadas**, inclusive para o compartilhamento de recursos humanos especializados e capacidade instalada, para a execução de projetos de pesquisa, de desenvolvimento científico e tecnológico e de inovação, mediante contrapartida financeira ou não financeira assumida pelo ente beneficiário, na forma da lei.

3. Definição e Fundamentos do Terceiro Setor

Definição – "conjunto de atividades voluntárias, desenvolvidas por organizações privadas não governamentais e sem ânimo de lucro (associações ou fundações), realizadas em prol da sociedade, independentemente dos demais setores (Estado e mercado), embora com eles possa firmar parcerias e deles possa receber investimentos (públicos e privados)" (OLIVEIRA, 2005).

"(...) retirado o conjunto de entes e processos caracterizados por uma racionalidade estatal (ou o primeiro setor) e por uma racionalidade mercantil (ou o segundo setor), resta alguma coisa. Essa coisa que resta é a sociedade civil (ou o terceiro setor)" (NABAIS, 1999, p. 152)

1) Passagem da Administração Pública imperativa à Administração Pública Consensual;
2) Consagração do princípio da subsidiariedade;
3) Fomento estatal às atividades privadas de caráter social;
4) Eficiência;
5) Melhor concentração da Administração Pública em ações estratégicas de planejamento, programação e controle das ações públicas;
6) A execução das ações públicas e serviços sociais ficaria a cargo do Terceiro Setor

4. Regime Jurídico

Regime Jurídico das entidades do Terceiro Setor que mantenham relação com o Estado

"Predominantemente de direito privado, mas parcialmente derrogado por normas de direito público" (DI PIETRO, 2011)

STF ADI 1923/DF – Por receberem recursos públicos, bens públicos e servidores públicos, o regime jurídico das organizações sociais tem de ser minimamente informado pela incidência dos princípios da Administração Pública (CF, art. 37, caput).

Lei Federal n. 9.637/98 (Organizações Sociais)

Art. 7º - Na elaboração do contrato de gestão, devem ser observados os **princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade** e, também, os seguintes preceitos:

Lei Federal n. 9.790/99 (OSCIP's)

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**;

Lei Federal n. 13.019/14 (MROSC ou Lei das Parcerias Voluntárias)

Art. 5º. O regime jurídico de que trata esta Lei tem coo fundamentos a gestão pública democrática, a participação social, o fortalecimento da sociedade civil, a transparência na aplicação dos recursos públicos, **os princípios da legalidade, da legitimidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da economicidade, da eficiência e da eficácia, (...)**

4. Regime Jurídico

A **compreensão da natureza jurídica e do regime jurídico das entidades do Terceiro Setor tem a finalidade de diferenciar tal setor da Administração Pública**, seja direta ou indireta, assim:

✓Não há dever de praticar licitação;

✓Apesar de afastado o dever de adoção do procedimento licitatório, ainda incide o dever de observância dos Princípios Administrativos (CF. art. 37);

✓As compras e contratações com emprego de recursos públicos, portanto, devem ocorrer mediante regulamento próprio, pautado pelos princípios constitucionais, aos quais deve ser dada publicidade;

✓Os contratos de trabalho são regidos pela CLT.

5. Evolução Normativa

Maio/1998 – Lei de Org. Sociais n. 9.637

Art. 1º. O Poder Executivo poderá qualificar como **organizações sociais** pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos aos requisitos previstos nesta lei.

Março/1999 – Lei das Organizações de Sociedade Civil de Interesse Público n. 9.790

Art. 1º. Podem qualificar-se como **Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público** as pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos que tenham sido constituídas e se encontrem em funcionamento regular há, no mínimo, 3 (três) anos, desde que os respectivos objetos sociais e normas estatutárias atendam aos requisitos instituídos por esta Lei.
Áreas de atuação, a título de exemplo: promoção da assistência social; promoção da cultura, e promoção gratuita da educação e saúde.

Julho/2014 – Lei de Parcerias n. 13.019

Art. 1º. Esta lei institui normas gerais para as parcerias entre a administração pública e **organizações da sociedade civil**, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação.

Abril/2015
ADI 1923 MC-DF

ADI postulando declaração de inconstitucionalidade da Lei 9.637/98 (OS) por transferir responsabilidade do Poder Público ao setor privado além do 24 XXIV da Lei 8.666/93, que dispensa a licitação.

Negada medida liminar por ausência dos requisitos legais, no mérito, O Min. Ayres Britto (relator) seguido pelo Min. Luiz Fux, julgaram parcialmente procedente a ação, **conferindo à lei interpretação conforme** à CF entendendo pertinente o controle do MP e do TCU sobre as OS, além de necessária a existência de procedimento seletivo, sem os rigores da Lei de Licitação, para celebração de contratos com terceiros e a seleção de pessoal.

6. Espécies de Parcerias

Conceito de parceria

- parcerias são instrumentos de ação pública, que visam fortalecer ou aprimorar a realização de projetos e programas públicos, ou a prestação de serviços sociais, de modo compartilhado entre o Estado e o Terceiro Setor;

Acordos administrativos colaborativos "(...) têm por fim instituir vínculos de colaboração entre o Estado e a sociedade civil. A finalidade desses vínculos colaborativos é promover a efetivação do direito ao desenvolvimento, principalmente por meio da realização de serviços sociais" (JUSTINO DE OLIVEIRA, 2008)

Organizações Sociais	**Contrato de Gestão** (Lei Federal n.º 9.637/98)
Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIP	**Termo de Parceria** (Lei Federal n.º 9.790/99)
Organizações da Sociedade Civil	**Termo de Fomento** **Termo de Colaboração** **Acordo de Cooperação** (Lei n.º 13.019/2014)
Organizações da Sociedade Civil da área da saúde	**Convênio** (art. 116, Lei n.º 8.666/93 e Decreto n.º 6.170/2007)

6. 1. Contrato de Gestão e Organizações Sociais

“Os contratos de gestão que configuram acordos administrativos colaborativos envolvem, de um lado, órgãos ou entidades administrativas, e de outro, entidades privadas sem fins lucrativos” (OLIVEIRA, Gustavo Justino. *Contrato de Gestão*. São Paulo: RT, 2008.)

Regulamentação

✓ Lei Federal nº 9.637/98 - Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização;

✓Áreas: Ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde (art. 1º da Lei Federal nº 9.637/1998) ;

✓O que pode ser repassado:

- Art. 12. Às organizações sociais poderão ser destinados recursos orçamentários e bens públicos necessários ao cumprimento do contrato de gestão.
- Art. 14. É facultado ao Poder Executivo a cessão especial de servidor para as organizações sociais, com ônus para a origem.

6.2. Termos de Parcerias e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público

- Instrumento passível de ser firmado entre o Poder Público e as entidades qualificadas como OSCIP destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes, para o fomento e a execução das atividades de interesse público;

- Nele estão discriminados os direitos, responsabilidades e obrigações;

Regulamentação

✓Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999: Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público. Institui e disciplina o Termo de Parceria.

✓Decreto nº 3.100, DE 30 DE JUNHO DE 1999 (e todas suas alterações posteriores): Regulamenta a Lei no 9.790/99.

6. 3. Termo de Parceria x Contrato de Gestão

	OSCIP's	OS's
Competência para Conferir o Título	O Ministério da Justiça confere título de OSCIP, que vale para todo o território nacional.	Cada ente federativo deve ter legislação própria para poder qualificar entidades como OS.
Qualificação da Entidade	É um ato vinculado, pois preenchidos os requisitos, a qualificação é um direito exigível pela entidade.	É um ato que depende do juízo de conveniência e oportunidade do chefe do Executivo.
Desqualificação Posterior	Prejudica qualquer Termo de Parceria vigente em território nacional e a impede de firmar novos.	Prejudica a entidade apenas perante aquele determinado ente federado, não afetando a continuidade de suas atividades junto aos demais entes federados.
Licitação	Necessidade de concurso de projetos (art. 23 do Decreto 3.100/1999)	Possibilidade de dispensa de licitação pública (art. 24, XXIV, Lei 8.666/1993) Procedimento público, impessoal e objetivo

6. 4. Convênios

Art. 1º do Decreto-Lei 6.170/07

I- Convênio: acordo, ajuste ou qualquer outro instrumento que discipline a transferência de recursos financeiros de dotações consignadas nos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União e tenha como partícipe, de um lado, órgão ou entidade da administração pública federal, direta ou indireta, e, de outro lado, órgão ou entidade pública estadual , distrital ou municipal, direta ou indireta, **ou ainda, entidades privadas sem fins lucrativos, visando a execução de programa de governo, envolvendo a realização de projeto, atividade, serviço, aquisição de bens ou evento de interesse recíproco, em regime de mútua cooperação**

Características:

1) Regime de mútua cooperação :

- investimentos de recursos financeiros, materiais ou humanos por ambas as partes;
- liberdade de ingresso e de retirada (denúncia) a qualquer momento

2) Interesses recíprocos: obtenção de um resultado comum.

✓ Após a edição da Lei Federal 13.019 (veremos a seguir) – os convênios serão firmados entre a Administração Pública e entidades sem fins lucrativos apenas para a execução de programa de governo, envolvendo a realização de projeto, atividade ou serviço na área de saúde.

6. 5. Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil

A Lei n.º 13.019, de 31 de julho de 2014, denominada Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil, cria três novos instrumentos aptos a viabilizarem a atividade administrativa de fomento às entidades sem fins lucrativos de interesse social. Os instrumentos consistem no **termo de fomento**, **termo de colaboração** e **acordo de cooperação**. Tais ajustes podem ser firmados com as organizações da sociedade civil.

Aplicabilidade

Norma geral (art. 22, XXVII, CF: competência da União para legislar sobre contratação)
Aplica-se às organizações da sociedade civil que firmem termo de fomento, termo de colaboração e acordo de cooperação com a Administração Pública.

Não se aplica (art. 3.º)

Destaques:

- ✓ contratos de gestão celebrados com organizações sociais (inciso III do art. 3.º)
- ✓ convênios e contratos celebrados com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos nos termos do §1.º do art. 199 da Constituição Federal; (convênios saúde) (inciso IV do art. 3.º)
- ✓ termos de parceria celebrados com OSCIP (inciso VI do art. 3.º)

Importante

A Lei n.º 13.019/2014 **não** institui nova qualificação às pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, de interesse social. A norma apenas engloba o conceito de Organizações da Sociedade Civil para os fins da Lei. Logo, os termos de fomento, termos de colaboração e acordos de cooperação poderão ser celebrados com entidades, independentemente de que tenham qualificação como Organizações Sociais, Organizações da Sociedade Civil de Interesse Pública (OSCIP) ou título de Utilidade Pública federal, estadual ou municipal.

6. 5. Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil

O que são termo de colaboração, termo de fomento e acordo de cooperação?

Termo de Colaboração (art. 2.º, VII)

parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco **propostas pela administração pública que envolvam a transferência de recursos financeiros**.

Termo de Fomento (art. 2.º, VIII)

parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco **propostas pelas organizações da sociedade civil, que envolvam a transferência de recursos financeiros.**

Acordo de cooperação (art. 2.º, VIII-A)

Parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco que **não envolvam a transferência de recursos financeiros**.

Importante

De acordo com o art. 35 da Lei 13.019, os termos de colaboração e os termos de fomento devem ser precedidos de Chamamento Público (procedimento público , objetivo e impessoal), e não pela Lei 8.666/93

Caso Prático

O **Estado do Paraná** celebrou uma parceria com a **entidade Z**, uma entidade do terceiro setor, sem fins lucrativos. Por meio de tal parceria, o Estado do Paraná, pelo prazo de 5 (cinco) anos, transfere mensalmente à entidade Z o valor de R$ 12.000.000,00 (doze milhões de reais), para que esta passe a gerir o **Hospital Público K**, cumprindo com indicadores de desempenho preestabelecidos e atendendo a diversas metas prefixadas no instrumento contratual. Nos dias 20, 21 e 22.05.14 morrem 500 pessoas que ali estavam internadas, vítimas de infecção hospitalar generalizada. As famílias das vítimas ingressam com medidas judiciais - concomitantemente contra o Estado do Paraná, a entidade Z e os médicos e demais funcionários que consideraram envolvidos nos fatos - pleiteando indenizações pecuniárias por danos causados, incluindo condenação em danos morais. A parceria nada estipulou sobre responsabilidade do Estado do Paraná, da entidade Z ou dos médicos e funcionários do Hospital, por danos causados a terceiros usuários dos serviços do Hospital Público K.

Perguntas:

1- Quais são e quais não são os instrumentos hábeis a consubstanciar a parceria celebrada entre o Estado do Paraná e a entidade Z? Identifique a obrigatoriedade ou não de qualificação da entidade Z para celebrar cada instrumento.

2- No caso, o Estado do Paraná antes de firmar a parceria deve instaurar processo de seleção? Se sim, especifique os processos de seleção para cada parceria.

Referências

- BRASIL, Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado – Brasília: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1995.
- CASSAGNE, Juan Carlos. *La intervencion administrativa*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo - Perrot, 1994
- JUSTEN FILHO. Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 15.ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009.759p.
- NABAIS, José Casalta. Algumas considerações sobre a solidariedade e a cidadania. Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, vol. LXXV, 1999.
- OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público: termo de parceria e licitação. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.º 2, junho/julho/agosto, 2005. Disponível na internet em: http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-2-JUNHO-2005-GUSTAVO%20JUSTINO.pdf
- _____. Constitucionalidade da Lei Federal n. 9.637/98, das Organizações Sociais. Revista de Direito do Terceiro Setor, BH, a.1., n.2., jul. dez 2007.
- _____. Contrato de Gestão. São Paulo: RT, 2008.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Licitações e Contratos Administrativos. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2015.