

Terceiro Setor e o Direito Administrativo

Pontos n. 5 e 6 – Qualificações e instrumentos de parcerias com a Administração Pública:
legislação e regime jurídico
Organizações Sociais e Contratos de Gestão
OSCIP's e Termos de Parceria



PROFESSOR DR. GUSTAVO JUSTINO DE OLIVEIRA

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP)
São Paulo (SP), 21 de setembro de 2020.

Sumário de aula

1. Atividade administrativa de fomento e as qualificações/titulações.
 2. Organizações Sociais e Contratos de Gestão
 3. OSCIP's e Termos de Parceria
 4. Quadro comparativo
-

1. Atividade administrativa de fomento e as qualificações/titulações

1. Atividade administrativa de fomento e as qualificações/titulações

Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (1995)

❑ Transformação da **administração pública burocrática em gerencial e eficiente.**

❑ Três dimensões:

- 1. Dimensão institucional-legal: descentralização da estrutura organizacional** do aparelho do Estado – separação das tarefas estatais entre serviços exclusivos e serviços não exclusivos - por meio da **criação de novos formatos** organizacionais: agências executivas, regulatórias e **as organizações sociais**;
- 2. Dimensão de gestão:** responsabilização dos gestores – controle por resultado, competição administrada e o controle social;
- 3. Dimensão cultural:** mudança de mentalidade, visando passar da desconfiança generalizada que caracteriza a administração burocrática para uma confiança maior, própria da administração gerencial.

(BRESSER, 1998)

A **estratégia da reforma do Estado se apoia na publicização dos serviços não-exclusivos do Estado**, ou seja, na sua absorção por um **setor público não-estatal, onde, uma vez fomentados pelo Estado, assumirão a forma de organizações sociais**. Essa forma de parceria entre sociedade e Estado, além de viabilizar a ação pública com mais agilidade e maior alcance, torna mais fácil e direto o controle social, mediante a participação, nos conselhos de administração, dos diversos segmentos beneficiários envolvidos. As organizações nesse setor gozam de uma autonomia administrativa muito maior do que aquela possível dentro do aparelho do Estado. Em compensação, seus dirigentes são chamados a assumir uma responsabilidade maior, em conjunto com a sociedade, na gestão da instituição. (BRESSER, 1998)

1. Atividade administrativa de fomento e as qualificações/titulações

“ao lado do Estado regulador – a concepção do Estado financiador, **concentrado na atividade de fomento, entendida como atividade de estímulo e pressão, realizada de modo não coativo, sobre os cidadãos e grupos sociais, para imprimir um determinado sentido a suas atuações.** Por meio de subvenções, isenções fiscais e créditos, o Estado não obriga nem impõe; oferece e necessita de colaboração do particular para que a atividade fomentada seja levada a caso” (ORTIZ, 1999:290)

Titulações/Certificações/Qualificações

- ❑ **As entidades do Terceiro Setor podem pleitear títulos, certificações e qualificações ao Poder Público, desde que cumpridos os requisitos previstos em lei, a fim de receber benefícios e de facilitar o acesso a recursos públicos.**

“busca-se com a **concessão de títulos jurídicos distinguir as entidades beneficiadas ao inseri-las em um regime jurídico específico**; busca-se, também, padronizar o tratamento normativo dispensado a elas e **estabelecer controles sobre determinados aspectos da atividade das entidades qualificadas.** A titulação atribui, de fato, uma qualidade à pessoa jurídica que a recebe, o que permite diferenciá-la das demais pelo regime jurídico a que estará submetida.” (MODESTO, 1998:57)

Quais são:

- 1. Utilidade Pública¹**
- 2. Organização Social**
- 3. Organização da sociedade civil de interesse público (OSCIP)**
- 4. Certificado de entidade beneficente de assistência social (CEBAS)**

1. Embora revogado o título de utilidade pública federal (Lei n.º 91/35) pela Lei n.º 13.019/14, ainda remanescem no sistema normativo os de utilidade pública estadual e utilidade pública municipal.

2. Organizações Sociais e Contratos de Gestão

2. Organizações Sociais e Contratos de Gestão

Lei Federal n.º 9.637, 15 de maio de 1998

Ementa: dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências.

Art. 1.º 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.

Ato administrativo discricionário: Art. 2.º (...) II - haver aprovação, **quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social,** do Ministro ou titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social e do Ministro de Estado da Administração Federal e Reforma do Estado.

Programa Nacional de Publicização

“a **organização social foi inicialmente concebida para atuar como instrumento de publicização,** nome estranho, escolhido pelos mentores da reforma administrativa do Estado, para designar a transferência de atividades do Estado em setores como educação, saúde, cultura, ciência e tecnologia para o setor privado, mas designado de público não estatal ou terceiro setor – que compreende instituições sem fins lucrativos – **mediante a transformações de entes públicos, como as fundações públicas, em entes privados sem fins lucrativos, as chamadas organizações sociais**” (ROCHA, 2006:101)

“Todavia, mas do que o fomento de uma atividade de interesse social prestada por entidades sem fins lucrativos, **os contratos de gestão têm sido usados como forma de transferência do gerenciamento de unidades públicas**” (TCU, Acórdão n.º 352/2016)

2. Organizações Sociais e Contratos de Gestão

Lei Federal n.º 9.637, 15 de maio de 1998

Art. 5.º Para os efeitos desta Lei, **entende-se por contrato de gestão o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social**, com vistas à formação de parceria entre as partes **para fomento e execução de atividades relativas às áreas relacionadas no art. 1.º**.

“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. (...) Também **se inserem na perspectiva contemporânea da Administração Pública consensual**, porém no enfoque das relações Administração Pública-particular, e 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**. (...)” (OLIVEIRA, 2008.)

ADI 1923 (STF)

Ação direta de inconstitucionalidade cujo **pedido é julgado parcialmente procedente, para conferir interpretação conforme à Constituição à Lei n.º 9.637/98 e ao art. 24, XXIV da Lei n.º 8.666/93**, incluído pela Lei n.º 9.648/98, (i) o **procedimento de qualificação seja conduzido de forma pública, objetiva e impessoal**, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, (ii) **a celebração do contrato de gestão seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal**, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF; (...)

Acórdão n.º 2057/2016 (TCU)

2. A jurisprudência consolidada do Tribunal de Contas da União (e.g. Acórdãos 3.239/2013 e 352/2016, ambos do Plenário) é no sentido de **reconhecer a possibilidade de realização de contratos de gestão** com organizações sociais. (...)

4. A **utilização de contratos de gestão** com organizações sociais para a prestação de serviços públicos de saúde é **opção discricionária** do governante, cuja valoração cresce em importância em momentos de retração econômica e queda na arrecadação. (...)

3. OSCIP's e Termos de Parceria

3. OSCIP's e Termos de Parcerias

Lei Federal n.º 9.790, de 23 de março de 1999

Ementa: 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.

Art. 1.º 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 objetivos sociais e normas estatutárias atendam aos requisitos instituídos por esta Lei.**

Decreto Federal n.º 3.100, de 30 de junho de 1999

Ementa: 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

Art. 1.º 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:

“Ao invés de sujeitar-se ao juízo de conveniência e oportunidade do titular da respectiva pasta, **a qualificação de uma entidade como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público é vinculada: observadas as exigências constantes dos arts. 1.º e 6.º da Lei 9.790/99 a entidade tem o direito público subjetivo de obter a qualificação.** Se para tornar organização social a entidade deve gozar da simpatia governamental, para se tornar OSCIP basta atender requisitos objetivos, previamente fixados em lei” (MARTINS, 2015)

Divergência Quanto à Competência para Atribuição do Título de OSCIP

❑ Inicialmente, o modelo pensado para as OSCIP deveria ter qualificações apenas por parte do **Ministério da Justiça**, tanto que há quem entenda, a exemplo do TCE-SP, que:

“Ainda que a OSCIP seja qualificada na órbita do Ministério da Justiça, ou seja, pelo Governo Federal, o título dessa qualificação tem validade perante toda a estrutura federativa nacional. Não há necessidade de lei estadual ou municipal para se autorizar a celebração do Termo de Parceria, pois a Lei n.º 9.790/99 tem caráter nacional. Portanto, estados federados e Municípios, a par do Distrito Federal, estão aptos, desde logo, a celebrarem Termos de Parceria com as OSCIPs, assim qualificadas, no desenvolvimento cooperado de objetivos comuns.” (TCESP. Financiamento das Ações e Serviços Públicos de Saúde. P. 35)

❑ No entanto, há **Estados e Municípios com legislações próprias**, por exemplo:

✓ Estado de São Paulo: Lei estadual nº 11.598/03;

✓ Estado de Minas Gerais: ~~Lei estadual nº 14.870/03~~ (revogada pela Lei nº 23.081/18);

✓ Estado do Rio de Janeiro: Lei estadual nº 5501/09.

3. OSCIP's e Termos de Parcerias

Termo de Parceria

Lei Federal n.º 9.790/99

Art. 9.º 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. 3.º desta Lei.

“é importante ressaltar que **os termos de parceria celebrados com entidades privadas qualificadas como OSCIP são acordos administrativos colaborativos**, ajustados entre o Poder Público e entidades privadas sem fins lucrativos. São acordos utilizados para viabilizar a concertação administrativa, e **têm por função principal instituir e disciplinar vínculos de colaboração entre o Estado e a sociedade civil, estando presente em ambos os casos a atividade de fomento por parte do Estado. Cumpre ressaltar que a OSCIP deve atuar de forma distinta do Poder Público parceiro**, ou seja, deve ser clara a separação entre os serviços públicos prestados pela entidade pública e as atividades desenvolvidas pela OSCIP. (...) De acordo com a Lei das OSCIP's, a entidade assim qualificada há de expressar sua dedicação às atividades enumeradas no parágrafo único do art. 3.º da Lei federal n. 9.790/99 **por intermédio (i) da realização de projetos, programas e planos de ações correlatas, (ii) da doação de recursos físicos, humanos e financeiros, ou ainda (iii) através da prestação de serviços intermediários de apoio a outras organizações sem fins lucrativos e a órgãos do setor público que atuem em áreas afins**” (JUSTINO DE OLIVEIRA, 2005:15)

Decreto Federal n.º 3.100/99

Art. 23. A **escolha** da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, para a celebração do Termo de Parceria, **deverá 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, consultoria, cooperação técnica e assessoria.

4. Quando comparativo

4. Quadro comparativo

Contrato de Gestão x Termo de parceria

	OSCIP's (Termo de Parceira)	Organização Social (Contrato de Gestão)
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, <u>a qualificação é um direito exigível pela entidade.</u>	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

Referências

- BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Uma reforma gerencial da Administração Pública no Brasil. Revista do Serviço Público, Brasília, a. 49, n. 1, p. 5-42, jan./mar. 1998.
 - JUSTINO DE OLIVEIRA, Gustavo Henrique. Contrato de Gestão. São Paulo: RT, 2008.
 - _____ . 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. 2, junho/julho/agosto, 2005.
 - MARTINS, Ricardo Marcondes. Natureza jurídica das Organizações Sociais e das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público. Fórum de Contratação e Gestão Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 1-29.
 - MODESTO, Paulo Eduardo Garrido. Reforma do marco legal do Terceiro Setor no Brasil. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 214: 55-68, out./dez. 1998
-