

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

REBECCA MARIA ALBANO PASQUAL

O ESTADO E O TERCEIRO SETOR:
A RELAÇÃO SOB A ÓTICA DAS PARCERIAS ENTRE A ADMINISTRAÇÃO E AS
ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO

CURITIBA

2013

REBECCA MARIA ALBANO PASQUAL

O ESTADO E O TERCEIRO SETOR:
A RELAÇÃO SOB A ÓTICA DAS PARCERIAS ENTRE A ADMINISTRAÇÃO E AS
ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO

Trabalho apresentado como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito no curso de graduação Bacharelado em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: Prof^a. Angela Cassia Costaldello.

CURITIBA

2013

A meus pais, por terem me dado minhas asas e raízes.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, a meus pais, as pessoas que mais amo no mundo, a quem devo tudo de bom que já aconteceu em minha vida. Por estarem sempre ao meu lado. Por me apoiarem em todas as minhas escolhas, preferindo guardar para si seus próprios medos e inseguranças a negar defender os caminhos que escolhi. Por trilharem estes caminhos a meu lado. Por terem se esforçado ao máximo, e sempre, e de maneira incessante, para me proporcionar todas as oportunidades possíveis. Por me ensinarem a não ter medo de agarrar as chances que tive. Por serem as melhores pessoas que conheço, e os grandes exemplos que pretendo seguir. Por terem me permitido chegar até aqui, e a continuar seguindo. Por me amarem incondicionalmente.

A meus irmãos, Caio e Vitória, por terem me ensinado o que é se preocupar mais com outra pessoa do que com você mesmo. Minha primeira responsabilidade na vida foi a de ser uma irmã mais velha. Meu intuito é estar cumprindo bem este papel, embora eu reconheça meus pontos fracos, neste aspecto, especificamente. Pela amizade, pelo companheirismo, pelo amor fraternal. Pelas incontáveis memórias. Mesmo sendo muito diferentes, o que partilhamos faz com que estejamos ligados pela eternidade. Eu fico extremamente feliz por saber disso.

Um agradecimento à minha família – avós, tios e tias, primos e primas - por serem todos referencial tão importante nesta tarefa árdua que é a de descobrir quem sou. Por terem sobre mim expectativas altas, e por me motivarem a atingi-las. Por terem mais confiança em minha capacidade e competência do que eu mesma jamais tive, obrigada.

Agradeço a meu avô Odilon. Tendo partido, o senhor deixou na vida de todos nós marcas profundas e lembranças muito boas. Nos momentos de saudade, reconforta pensar o quão preciosa foi a chance de ser neta de uma pessoa tão maravilhosa.

Aos meus amigos.

À Janaina, por se encaixar perfeitamente na máxima popular: “amigo é aquele que sabe tudo a seu respeito e mesmo assim ainda gosta de você”. Obrigada por ser muito mais do que uma melhor amiga, por todos esses anos. Por ser a única pessoa no mundo para quem eu tenho coragem de dizer absolutamente qualquer coisa, e com quem não tenho definitivamente nenhum segredo. Por me amar ainda

que conheça de cor todos os meus abundantes defeitos. Saiba que tudo isto pelo que te agradeço é e sempre será sinceramente recíproco: a confiança, o respeito, o amor. Porque só amizade não é mais, há muito tempo, o que define nós duas.

À Lygia, Luciana, Lana, Dione e Andréa, que foram minha dose matinal de alegria por esses cinco anos. Agradeço por terem se tornado quase uma família para mim, que cheguei sozinha, ainda menor de idade, em uma cidade grande e desconhecida. Tive a grande sorte de encontrar vocês. Obrigada por compartilhar toda a experiência da graduação comigo: as risadas, as fofocas, as provas, os trabalhos, o desespero e o contentamento. A amizade de vocês foi determinante em vários momentos de minha vida, embora nem sempre eu deixe isso tão claro quanto deveria. Amo todas vocês.

Ao Renato e à Andressa. Quando se tem 22 anos de idade, é algo significativo que alguém seja seu amigo há mais de 15. Obrigada por crescerem ao meu lado e por permanecerem na minha vida depois de tanto tempo.

Ao Arthur. Por sua compreensão e generosidade. Pelo carinho e pelo companheirismo. Pela força, quando preciso, e pela felicidade que é estar ao seu lado. Por todos os momentos maravilhosos deste último ano. Sem mais justificativas, prefiro parafrasear o poeta: eu te amo porque te amo.

Por fim, agradeço a meus mestres.

À professora Ângela Costaldello quem, com seu enorme coração, me acolheu e soube me conduzir na elaboração deste trabalho com a ternura de uma mãe. Tive o privilégio de ser aluna e posteriormente orientanda de uma das maiores administrativistas deste país. Tive a sorte de ter descoberto neste grande ícone muito mais do que o vasto conhecimento jurídico que efetivamente detém: encontrei também carinho, disponibilidade, atenção, cuidado. Muito obrigada, professora, por ser, graças a tudo isso, o exemplo que pretendo continuar seguindo ao deixar a faculdade de Direito.

Muito obrigada ao professor Rodrigo Kanayama, por ter me apoiado em vários momentos, ao longo da graduação. Agradeço por ter me recomendado à Université Pierre-Mendès France de Grenoble, França, onde passei um período de mobilidade acadêmica excepcionalmente enriquecedor, em grande parte graças à sua ajuda. Agradeço às aulas de Direito Financeiro, e a todo o conhecimento repassado. Sua trajetória de sucesso é fonte de inspiração para todos os seus

alunos. Neste momento, cumpre manifestar meu muito obrigada por me honrar com sua presença em minha banca de monografia.

Ao professor Tarso Violin, agradeço a prontidão com a qual atendeu a minhas solicitações, mesmo sem ter sido meu professor algum dia, ou sem ter me conhecido pessoalmente até o presente momento. Sua obra foi crucial para o desenvolvimento deste trabalho. Gostaria de expressar minha admiração por sua pessoa, e também pela qualidade de seus estudos. Sua presença neste momento tão importante de minha graduação não poderia ser mais oportuna e desafiadora.

Certamente, com estas poucas palavras não é possível expressar toda a minha gratidão, tampouco homenagear todos aqueles que fizeram parte de minha história, de minha graduação e da construção desta monografia, em específico. Entretanto espero, com meus atos, merecer o reconhecimento de todos vocês que, com suas contribuições excepcionais, me ajudam a ter esperanças e a seguir em frente.

Muito obrigada.

*A reader lives a thousand lives before he dies. The man
who never reads lives only one.*
George R. R. Martin

RESUMO

Partindo-se da análise das relações entre Estado e indivíduos, o presente estudo almeja demonstrar de que maneira surge e se estabelece o chamado Terceiro Setor, buscando conceituá-lo com a finalidade de aprofundar questão atual do direito brasileiro, que diz respeito às Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público. A partir da observação da legislação pertinente ao tema, de posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, delinea-se o contexto em que hoje estão imersas tais entidades, revelando-se a aterradora realidade do desvio das finalidades a que as OSCIPs deveriam se prestar. Tendo em vista os desvirtuamentos constatados, que envolvem, essencialmente, a burla ao regime jurídico-administrativo e a apropriação privada de recursos públicos, recorre-se ao controle como forma de barrar o cometimento de ilicitudes e irregularidades por intermédio das parcerias do Estado com as OSCIPs. Destaca-se, ainda, a recente edição da Lei nº 12.846, a chamada “Lei Anticorrupção”, que tem por objetivo a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública. Tudo com o escopo de demonstrar que, em princípio, tanto o Terceiro Setor quanto as OSCIPs são benéficos, e que o Estado deve fomentar suas atividades através de parcerias. Contudo, não é admissível que tais ajustes sejam utilizados com desígnios que não o atendimento do interesse público, devendo ser realizado o controle para que tais práticas sejam eliminadas e os responsáveis pelos desvios de finalidades sofram as sanções previstas no ordenamento.

Palavras-chave: Terceiro Setor, Administração Pública, OSCIP, fomento, controle.

RÉSUMÉ

À partir de l'analyse des relations entre l'État et les individus, le présent étude aspire démontrer de quelle manière naître et s'établit l'appellé Troisième Secteur, en recherchent le conceptualiser avec la finalité d'approfondir question actuel du droit brésilien, qui rapport aux Organisations de la Société Civil d'Interés Publique. À partir de l'observation de la législation pertinente a ce sujet, des ententes doctrinaires et jurisprudentiels, c'est défini le contexte où aujourd'hui se sont immersees telles entités, en révelent l'effrayant réalité du détournement de pouvoir a ce qui concerne les services qui les OSCIPs doivent prêter. Une fois trouvés les détournements, qui concernent, essentiellement, en la taquine du régime juridique-administratif et en l'appropriation privée des fonds publiques, on recourt au contrôle comme forme de faire arrêter les activités illégales et les irregularités commis par les partenariats entre l'État et les OSCIPs. Se détache, encore, la récent édition de la Loi n° 12.846/2013, l'appellé Loi Anticorruption, qui a pour but la responsabilisation administrative et civil des personnes juridiques pour les actes contre l'Administration Publique. Tout avec la finalité de demontrer que, en principe, le Troisième Secteur et les OSCIPs sont bénéfiques, et que l'État doit promouvoir ses activités par des partenariats. Cependant, ce n'est pas admissible que tels réglages soient utilisés avec des finalités qui non le traitement de l'interés publique. À cause de ça, il doit être réalisé le contrôle pour que telles pratiques soient éliminés et les responsables pour les détournements de pouvoir souffrent les sanctions prévus dans l'ordonnance juridique.

Mots-clés: Troisième Secteur, Administration Publique, OSCIP, contrôle.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 A CONSTITUIÇÃO E O PAPEL DO ESTADO BRASILEIRO: DA NECESSIDADE DA ATUAÇÃO ESTATAL DIRETA E DA POSSIBILIDADE DE FOMENTO À INICIATIVA PRIVADA DE CUNHO SOCIAL	14
2.1 O ESTADO BRASILEIRO.....	14
2.1.1 O Serviço Público.....	16
2.1.2 O Princípio da Subsidiariedade.....	18
2.1.3 O Princípio da Eficiência.....	20
2.1.4 O Fomento.....	23
2.1 O TERCEIRO SETOR.....	24
3 AS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO (OSCIPS)	31
3.1 O CONCEITO: LEGISLAÇÃO E DOCTRINA.....	31
3.2 AS PARCERIAS COM O PODER PÚBLICO.....	46
4 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E AS OSCIPS: O DESVIRTUAMENTO DAS PARCERIAS	55
4.1 A UTILIZAÇÃO, PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, DAS PARCERIAS COM AS OSCIPS E AS CONSEQUÊNCIAS DE SEU DESVIRTUAMENTO.....	56
4.2 A CORREÇÃO DAS DISTORÇÕES: AS MODALIDADES DE CONTROLE DA ATIVIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA APLICADAS ÀS PARCERIAS COM AS OSCIPS.....	73
4.2.1 Noções gerais de controle.....	74
4.2.2 O controle interno.....	77
4.2.3 O controle externo.....	78
4.2.3.1 O controle pelos Tribunais de Contas.....	78
4.2.3.2 O controle jurisdicional.....	80
4.2.4 O controle social e outras formas de controle.....	81
4.2.5 Consequências do controle.....	82
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	84
6 REFERÊNCIAS	87

1 INTRODUÇÃO

A relação entre Estado e indivíduos tem se transformado significativamente nas últimas décadas. Por razões pertinentes ao contexto atual, a barreira entre o público e o privado tem se tornado cada vez menos rígida, e faz-se frequente a intervenção estatal nos campos econômico e social, muitas vezes com a adoção de formas e instituições do Direito Privado para a realização de tarefas tipicamente públicas.

Sob esta lógica, multiplicam-se as relações entre o ente estatal e o chamado Terceiro Setor, o qual surge em prol da representação da sociedade civil, apresentando-se, em sua gênese, como corpo combativo, alternativa democrática para a realização das finalidades sociais do Estado.

Os fins estabelecidos como reais e legítimos para o Terceiro Setor, no contexto do Estado Social brasileiro, de acordo com conformação conferida pela Constituição da República, sobretudo no que tange ao atendimento de demandas sociais com eficiência e no respeito ao princípio da subsidiariedade, a partir da mobilização da própria sociedade civil, fazem com que as parcerias que o mesmo estabelece com o Poder Público sejam, em princípio, instrumentos de fortalecimento da democracia.

Assim sendo, esta maneira específica de atrelar Estado e sociedade civil seria benéfica no sentido de viabilizar a participação das referidas entidades tanto na formulação de políticas quanto na prestação de serviços de interesse da coletividade.

Destaque-se, aqui, que o presente trabalho almeja demonstrar que não há qualquer óbice para o fomento estatal das atividades do Terceiro Setor, relativamente às características fundamentais de nosso Estado Social, instituído constitucionalmente. Parte, pois, da premissa da compatibilidade entre o princípio da subsidiariedade e o Estado do bem-estar, e busca ressaltar que a colaboração entre o ente estatal e o Terceiro Setor é possível e desejável, e que não necessariamente deverá refletir a implantação, na Administração Pública, de postulados neoliberais.

No Brasil, a cooperação entre Estado e Terceiro Setor foi significativamente impulsionada com a edição da Lei nº 9.790/1999, a chamada “Lei das OSCIPs”, regulamentada pelo Decreto 3.100/1999. Em síntese, as Organizações da

Sociedade Civil de Interesse Público são pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, com objetivos sociais e normas estatutárias adequadas ao que dispõe a lei que as regulamenta, as quais recebem do Ministério da Justiça a respectiva qualificação especial, podendo firmar parcerias com o Estado, considerando-se sua atuação em áreas de interesse público.

É plausível, especialmente com referência no art. 3º da Lei nº 9.790/1999, associar as possíveis finalidades de uma OSCIP aos direitos e garantias fundamentais estabelecidos pela Constituição Federal, como a saúde, a educação, a dignidade da pessoa humana. Além disso, pode-se afirmar que os estatutos das OSCIPs se pautam obrigatoriamente por princípios bastante semelhantes aos da Administração Pública (legalidade, impessoalidade, *etc.*), conforme art. 4º da mencionada norma.

A Administração Pública, portanto, deve exercer através das OSCIPs verdadeira atividade de fomento à iniciativa privada de interesse público, com o objetivo principal de incentivar a sociedade civil na criação e manutenção destas entidades e de sua respectiva atuação.

Não se admite, deste modo, que as OSCIPs sejam meros instrumentos para a transferência de responsabilidades do poder público aos particulares, sob o argumento da crise do Estado Social e da necessidade de desburocratização e maior eficiência.

Todavia, a realidade fática tem demonstrado que as OSCIPs são, muito frequentemente, desviadas de seu escopo inicial, assumindo completamente e ilicitamente a prestação de determinados serviços públicos e caracterizando verdadeira forma de burlar o regime jurídico administrativo.

O mencionado desvirtuamento pode ter graves consequências, tanto no que diz respeito à realização dos direitos e garantias fundamentais, representando inadmissível ofensa ao interesse público, quanto no que tange à proteção do erário, uma vez que aos recursos públicos é dada destinação inadequada, o que inviabiliza ou, ao menos, representa obstáculo à realização dos fins legítimos do Estado.

Além disso, diante da problemática exposta, ganha realce a questão da responsabilidade dos particulares em face dos recursos públicos pois, como será demonstrado ao longo deste trabalho, verifica-se com recorrência indesejável que os repasses recebidos pelas OSCIPs, em função das parcerias firmadas com o Estado, acabam não sendo destinados ao cumprimento dos objetivos pactuados, muitas

vezes restam indevidamente e ilegalmente apropriados por particulares e/ou integrantes do Poder Público.

Assim, objetiva-se, a partir de uma observação das relações entre Estado e indivíduos e da temática do Terceiro Setor, analisar as reais e legítimas finalidades atribuídas às Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs), observando especialmente a conformação dada ao Estado brasileiro pela Constituição Federal e, em uma análise crítica, contrapor tais desígnios às realidades em que os mesmos são distorcidos, seja pela adoção de perspectiva neoliberal, seja pelo cometimento de ilicitudes por parte da Administração Pública ou particulares, focalizando os prejuízos causados por estes desvios e verificando possíveis formas de evitá-los.

Ainda, interessa analisar de que modo se pode exercer o controle sobre o estabelecimento e a execução de tais parcerias, incluída a fiscalização sobre a Administração Pública e sobre a entidade com a qual se pactua.

A importância do estudo do tema proposto reside, especialmente, na possibilidade e na necessidade de se verificar de que modo as parcerias entre Estado e Terceiro Setor, principalmente quando se tratam de Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, repercutem efetivamente na sociedade, e até que ponto este tipo de pacto promove ou representa empecilho à persecução dos fins constitucionalmente estabelecidos ao Estado e à Administração, bem como à realização do interesse público.

2 A CONSTITUIÇÃO E O PAPEL DO ESTADO BRASILEIRO: DA NECESSIDADE DA ATUAÇÃO ESTATAL DIRETA E DA POSSIBILIDADE DE FOMENTO À INICIATIVA PRIVADA DE CUNHO SOCIAL

2.1. O ESTADO BRASILEIRO

A Constituição de um Estado - a chamada Constituição política - pode ser materialmente definida enquanto “o conjunto de normas pertinentes à organização do poder, à distribuição da competência, ao exercício de autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana, tanto individuais como sociais”¹.

De acordo com Paulo Bonavides, a expressão “sistema constitucional” permite exprimir, com maior precisão e abrangência, toda a realidade pertinente à organização e funcionamento das estruturas básicas da sociedade política. Assim sendo, admite o autor que a Constituição, em sua totalidade, não mais se encontra reduzida a seu texto, como queria o liberalismo em seu intuito de divorciar a sociedade e o Estado.

Entende-se, na atualidade, que a Constituição, em sua essência, explica-se pela sociedade, e não pelo Direito. Deste modo, cresce a importância da Constituição real, em detrimento do apego excessivo a um eminentemente fracassado formalismo abstrato².

Explica o autor mencionado:

“A Constituição não se reduzia pois a um corpo de normas, sendo algo muito mais complexo. Abrangia toda uma variedade de poderes sociais, de natureza econômica, militar e cultural, decisivos em determinar as relações reais e efetivas que ela, a cada passo, deveria espelhar”³.

Portanto, é possível defender que a Constituição de um Estado, antes de representar sua organização jurídica fundamental, enquanto norma situada em posição hierárquica superior relativamente a todos os demais regramentos contidos

¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 84.

² BONAVIDES, Paulo. *Idem*, p. 97-100.

³ BONAVIDES, Paulo. *Idem*, p. 100.

no respectivo ordenamento jurídico⁴, consiste essencialmente naquilo que faz o Estado ser o que é, designando sua natureza peculiar e suas finalidades.

Evidente é a importância da Lei Maior no que tange ao regramento de toda a composição do Estado. Neste contexto está inserida a noção de Estado de Direito, no qual prevalecem as normas jurídicas como fundamento da legitimação do poder político. O conceito de Estado de Direito agrega elementos como postulados fundamentais, a saber: a tripartição de poderes, a generalização do princípio da legalidade, a universalidade da jurisdição, a superioridade da Constituição e a supremacia dos direitos fundamentais⁵.

Estabelece-se aqui o elo entre as noções fundamentais de Estado de Direito, Constituição e Direito Administrativo. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Em suma: o Direito Administrativo nasce com o Estado de Direito, porque é o Direito que regula o comportamento da Administração. É ele que disciplina as relações entre Administração e administrados, e só poderia mesmo existir a partir do instante em que o Estado, como qualquer, estivesse enclausurado pela ordem jurídica e restrito a mover-se dentro do âmbito desse mesmo quadro normativo estabelecido genericamente. Portanto, o Direito Administrativo não é um Direito criado para subjugar os interesses ou os direitos dos cidadãos aos do Estado. É, pelo contrário, um Direito que surge exatamente para regular a conduta do Estado e mantê-la afivelada às disposições legais, dentro desse espírito protetor do cidadão contra descomedimentos dos detentores do exercício do Poder estatal. Ele é, por excelência, o direito defensivo do cidadão – o que não impede, evidentemente, que componha, como tem que compor, as hipóteses em que os interesses individuais hão de se fletir aos interesses do todo, exatamente para a realização dos projetos de toda a comunidade, expressados no texto legal. É, pois, sobretudo, um filho legítimo do Estado de Direito, um Direito só concebível a partir do Estado de Direito: o Direito que instrumenta, que arma o administrado, para defender-se contra os perigos do uso desatado do Poder”⁶.

Sob tal perspectiva, pode-se afirmar que o regime jurídico-administrativo, por meio do qual se conferem as prerrogativas e restrições pertinentes à Administração Pública⁷, deverá estar definido constitucionalmente, através de principiologia própria, dotada de coerência e unidade⁸.

⁴ Destaque-se que com as considerações tecidas não se objetiva afastar o caráter jurídico ou a normatividade da Constituição. Pelo contrário, entende-se que a Constituição abriga - ou que deva abrigar - os aspectos jurídico, formal e real, simultaneamente.

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, p. 9-10.

⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, p. 47.

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, p. 60-63.

⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *op. cit.*, p. 52.

Mais importante neste momento, contudo, é caracterizar de que modo os direitos e garantias individuais fixados na Constituição determinam a lógica com a qual o Estado deverá operar para o atingimento das finalidades para si propostas no referido diploma.

A Administração Pública acaba tendo suas funções condicionadas pelos fins que o Estado se propõe a perseguir, de modo que não se pode negar a existência de uma *“relação entre a forma como se apresenta o Estado e a estruturação e atuação da Administração Pública”*⁹.

Para Emerson Gabardo, o sistema constitucional brasileiro preconiza um Estado Interventor, de caráter social, não podendo ser esquecida sua natureza compromissória e democrática¹⁰. De fato, nossa Constituição tem por objetivo a atribuição de verdadeira dimensão material aos direitos fundamentais.

2.1.1 O Serviço Público

O caráter intervencionista adotado por nosso modelo de Estado, com vistas à dignidade da pessoa humana, conforme direcionamento imposto pela Constituição, pode ser identificado especialmente na ampliação dos chamados serviços públicos¹¹, assim definidos por Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais -, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo”.¹²

A Constituição da República, em seu art. 175¹³, *“atribui o serviço público ao Poder Público, diretamente ou mediante concessão ou permissão”*¹⁴.

⁹ FINGER, Ana Cláudia. *O Público e o Privado na Administração Pública*, p. 69.

¹⁰ GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*, p. 90, 146.

¹¹ Tal alargamento pode ser especialmente verificado com a observação das normas constitucionais constantes do Título VIII – Da Ordem Social.

¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *op. cit.*, p. 671.

¹³ Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Dentre o rol de serviços reputados públicos, variável conforme a tendência mais ou menos intervencionista do Estado, relevantes para o presente trabalho são os chamados serviços sociais.

De acordo com Marçal Justen Filho, serviços públicos sociais são aqueles que, especificados conforme a natureza da necessidade a ser atendida, tem por finalidade a satisfação de demandas de cunho social ou assistencial (educação, assistência, seguridade)¹⁵.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, sobre o tema em comento, enuncia:

*“Serviço público social é o que atende a necessidades coletivas em que a atuação do Estado é essencial, mas que convivem com a iniciativa privada, tal como ocorre com os serviços de saúde, educação, previdência, cultura, meio ambiente; são tratados na Constituição no capítulo da ordem social e objetivam atender aos direitos sociais do homem, considerados direitos fundamentais pelo art. 6º da Constituição”.*¹⁶

Neste ponto, importante discorrer acerca do ideário propagado pela doutrina neoliberal, a qual teve significativa expansão em nosso país nos anos 90, inspirada por um modelo de administração gerencial e motivando a elaboração do “Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado” e a edição da Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998.

Pautado na descentralização política e administrativa, bem como em suposta necessidade de redução de custos e de maior qualidade e eficiência na prestação dos serviços públicos, considerando o cidadão como cliente, em lógica afastada das questões sociais e dos direitos fundamentais e compatível com os anseios mercadológicos, o neoliberalismo sugere um Estado mínimo, no qual as demandas da população, inclusive as referentes aos serviços públicos sociais, seriam mais bem atendidas com a delegação total da responsabilidade de sua prestação aos particulares.

Sobre este aspectos, compete expor que o presente trabalho apoia-se nas lições de Tarso Cabral Violin, o qual enuncia que, no Brasil e nos demais países periféricos, onde nunca existiu de fato a figura do Estado social democrático de Direito, não há justificativa para que o Poder Público se retire ainda mais de suas responsabilidades. Seriam possíveis, neste contexto, soluções alternativas para a

¹⁴ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, p. 350.

¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.*, p. 719.

¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *op. cit.*, p. 116.

chamada “crise” do Estado, que não as propostas retrógradas do neoliberalismo. O autor mencionado propõe, aqui, o implemento de verdadeira “radicalização” da democracia¹⁷.

Assim sendo e com base em suas ideias, entende-se que “os serviços sociais devem obrigatoriamente ser exercidos pelo Estado, sob regime de Direito público, como serviços públicos sociais”¹⁸. Entretanto, uma vez que a própria Constituição autoriza que o mercado ou Terceiro Setor executem tais serviços, sob regime de Direito privado, embora sob tratamento normativo mais restrito (art. 175), “O Estado executará diretamente os serviços sociais em grau maior ou menor, dependendo do desenvolvimento econômico e social de cada nação, aplicando-se o princípio da subsidiariedade de forma mais social ou neoliberal, conforme o ideário de cada governante”¹⁹.

De fato, embora o surgimento do Terceiro Setor tenha sido motivado por razões que remetem à própria noção de sociedade civil organizada, sua expansão pode ser atribuída à ineficiência estatal na prestação dos serviços públicos, notadamente os sociais, e no redescobrimto do princípio da subsidiariedade, supramencionado, em seu sentido funcional.

2.1.2 O Princípio da Subsidiariedade

Conforme explana Emerson Gabardo, a noção de subsidiariedade é bastante antiga, remontando a Aristóteles. Entretanto, a concepção moderna do princípio tem suas peculiaridades. Tendo como fundamento ético a doutrina social da Igreja e como parâmetro racional-pragmático o liberalismo econômico, o princípio da subsidiariedade, na modernidade, apresenta caráter personalista e protege especialmente os direitos fundamentais da propriedade e da livre iniciativa²⁰.

¹⁷ VIOLIN, Tarso Cabral. *Terceiro setor e as parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica*, p. 53.

¹⁸ VIOLIN, Tarso Cabral. *Idem*, p. 39.

¹⁹ VIOLIN, Tarso Cabral. *Idem*, *ibidem*.

²⁰ GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade*, p. 210.

O autor, advertindo que o termo subsidiariedade poderia implicar diversos sentidos, explica que são admissíveis duas conotações distintas da expressão em análise as quais, com o mesmo fundamento, produzem diferentes consequências.

Assim sendo, a subsidiariedade vertical consistiria em regra de competência entre o Estado e as regiões ou união comunitária, enquanto a subsidiariedade horizontal, também chamada de funcional - mais significativa para este estudo - retrataria regra de competência entre a intervenção pública e a iniciativa da sociedade, com priorização desta em detrimento da do Estado²¹.

Ainda de acordo com Gabardo, no sentido horizontal, *“a noção de subsidiariedade refere-se ao protagonismo do indivíduo e da sociedade civil na consecução das atividades que lhe são necessárias, relegando aos organismos institucionais público-estatais uma competência de caráter acessório (complementar e/ou suplementar)”*²².

Por fim, afirma o autor que *“a tradicional visão liberal do princípio da subsidiariedade funda-se em uma noção antagonista entre Estado e sociedade”*²³. De fato, a relação Estado-indivíduo sob a ótica liberal era a de um desejável afastamento. Isto porque, com a derrocada do absolutismo monárquico, sistema no qual vigorava a irrestrita intervenção estatal na vida privada dos súditos, o novo modelo de Estado implantado à época, de matiz liberal, pressupunha a obediência ao princípio da legalidade como forma de garantir a liberdade, a segurança e a propriedade, sob a égide de leis gerais e a partir das ideias fundamentais de liberdade e de separação dos poderes, a fim de limitar o poder político²⁴.

Neste ponto, cabe ressaltar que o neoliberalismo, por sua vez, afirma o caráter subsidiário do Estado de modo a colocar sua atuação em posição totalmente secundária. Trata-se, na realidade, de um retrocesso ao liberalismo, de uma exacerbação de seus postulados, uma vez que defende o Estado mínimo por entender que deve ser o mercado protagonista em todas as esferas, inclusive naquilo que tange à ação social.

Entretanto, se a Constituição brasileira fixa uma ordem em que a atuação do Estado para garantia dos direitos fundamentais se impõe, a opção constitucional é a de um ente estatal que assegure ativamente os direitos fundamentais,

²¹ GABARDO, Emerson. Idem, p. 212.

²² GABARDO, Emerson. Idem, p. 213.

²³ GABARDO, Emerson. Idem, ibidem.

²⁴ FINGER, Ana Cláudia. *op. cit.*, p. 70.

desempenhando os serviços sociais e também fomentando a iniciativa privada para que os execute, em prol do interesse público.

Aduz Tarso Cabral Violin:

“Pressupor, principalmente no Brasil e demais países periféricos ou semi-periféricos não desenvolvidos, que possa existir um Estado apenas subsidiário, uma intervenção estatal somente quando a iniciativa privada não produzir o bem comum é ‘fechar os olhos’ às desigualdades sociais existentes”²⁵.

Deste modo, pode-se afirmar que a Constituição brasileira, ao estabelecer um modelo de Estado intervencionista, em prol dos direitos fundamentais, impõe uma atuação estatal direta, e não apenas secundária, acessória, especialmente na área social.

Assim, o princípio da subsidiariedade, por não se opor ao Estado social se adotada racionalidade conforme a Constituição, nos moldes aqui expostos, viabiliza a colaboração da iniciativa privada na persecução de fins públicos, tais como saúde, educação, assistência, etc., bem como a atividade de fomento do Estado em relação às entidades que se prestem a tais finalidades. Saliente-se que o próprio texto constitucional atribui à sociedade civil o dever de colaboração para a consecução dos fins do Estado²⁶.

2.1.3 O Princípio da Eficiência

Também consagrado constitucionalmente e que se relaciona diretamente ao assunto aqui tratado é o princípio da eficiência. Destaque-se, desde logo, que a Constituição, enquanto sistema normativo, deve ser interpretada como um todo. Assim sendo, não é possível atribuir ao princípio da eficiência conotação neoliberal, voltada à desregulamentação e à fuga do regime jurídico administrativo, tendo em vista que, como já explanado, a normatividade constitucional impõe ao Estado brasileiro caráter eminentemente intervencionista nas ordens econômica e social, em prol dos direitos fundamentais.

²⁵ VIOLIN, Tarso Cabral. *op. cit.*, p. 64.

²⁶ A título exemplificativo, mencionam-se os dispositivos dos artigos 199, 204, 205, 213, 216, 227 da Constituição da República.

A eficiência alcançou o patamar de princípio constitucional com a edição da EC nº 19/1998, a qual promoveu alterações no texto da Lei Maior com vistas à promoção de uma “Reforma de Estado”, de cunho gerencialista e neoliberal. Entretanto, a tal princípio deve ser atribuído conteúdo compatível com as finalidades fixadas constitucionalmente para o Estado brasileiro, de modo a se afastar eventual interpretação neoliberal acerca da norma em comento.

Ressalte-se ainda que o princípio da eficiência se soma aos demais princípios constitucionais, não podendo sobrepor qualquer um deles, especialmente o da legalidade.

Luís Virgílio Afonso da Silva, ao tratar da questão da colisão entre princípios jurídicos, discorre a respeito da regra da proporcionalidade, nos moldes da teoria de classificação das normas jurídicas proposta por Robert Alexy. Assim, assevera que, na divisão proposta pelo autor alemão:

“Princípios expressam deveres prima facie, cujo conteúdo definitivo somente é fixado após sopesamento com princípios colidentes. Princípios são, portanto, ‘normas que obrigam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas’; são, por conseguinte, mandamentos de otimização”²⁷.

A proporcionalidade, por sua vez, consistiria na regra de interpretação e aplicação do direito que prescreve a forma de empregar o referido dever de otimização aos casos concretos, em uma relação de mútua implicação. Ao aceitar-se a definição de princípio jurídico como mandamento de otimização, portanto, é necessário também admitir a aplicação da regra da proporcionalidade, através da análise de seus três elementos: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito²⁸.

Deste modo, pode-se dizer que a proporcionalidade é uma restrição às restrições. No contexto deste trabalho, relevante destacar que a regra em tela impede que um ato estatal destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, o qual acabe por implicar na restrição de outros princípios, tome dimensões desproporcionais, restringindo-os demasiadamente, de modo a esvaziar seu conteúdo²⁹.

²⁷ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*, p. 25.

²⁸ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *Idem*, p. 44-45.

²⁹ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *Idem*, p. 24.

Assim sendo, impende asseverar que a eficiência jamais poderá justificar atuação contrária ao Direito. Deve-se buscar uma atuação eficiente do Estado em conformidade estrita com a legalidade³⁰ e com os demais princípios contidos na ordem jurídica.

Para José Eduardo Sabo Paes o princípio da eficiência *“significa que ao administrador público e também ao administrador de uma entidade de interesse social cabe, como dever, um modo de atuar, com presteza e perfeição, que produz efetivos resultados na consecução das finalidades estatutárias da instituição”*³¹.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma, ainda, que:

*“O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.”*³²

Acerca do tema, Emerson Gabardo, destacando a imprecisão conceitual-terminológica da ideia de eficiência, afirma consistir tal noção em conceito jurídico indeterminado³³. Assevera o autor que *“a ineficiência é tomada pelo Poder Público como sustentáculo retórico da flexibilização do regime administrativo, notadamente através da política de desestatização”*³⁴.

Ante as ponderações até aqui desenvolvidas, afirma-se que a atuação da iniciativa privada sem fins lucrativos nas áreas sociais, com incentivo estatal via atividade de fomento³⁵, é, portanto, em princípio, positiva e desejável.

³⁰ MEDAUAR, Odete. *op. cit.*, p. 142.

³¹ PAES, José Eduardo Sabo. *Terceiro Setor: Conceituação e Observância dos Princípios Constitucionais Aplicáveis à Administração Pública*, p. 284.

³² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *op. cit.*, p. 84.

³³ GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*, p. 24.

³⁴ GABARDO, Emerson. *Idem*, p. 69.

³⁵ A atividade de fomento estatal refere-se à *“ação da Administração com vista a proteger ou promover as atividades, estabelecimentos ou riquezas dos particulares que satisfaçam necessidades públicas ou consideradas de utilidade coletiva sem o uso da coação e sem prestação de serviços públicos”*. ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Intervenção do Estado no Domínio Social*. Ou, ainda, trata-se da *“função administrativa através da qual o Estado ou seus delegados estimulam ou incentivam, direta, imediata e concretamente, a iniciativa dos administrados ou de outras entidades, públicas e privadas, para que estas desempenhem ou estimulem, por seu turno, as atividades que a lei haja considerado de interesse público para o desenvolvimento integral e harmonioso da sociedade”*. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, p. 524.

2.1.4 O Fomento

Os objetivos primordialmente fixados para o estabelecimento de parcerias entre o Poder público e as entidades do chamado Terceiro setor são legais e legítimos, conformes à Constituição e à legislação ordinária, a qual é orientada pela Lei Maior.

Ressalte-se aqui que, ao firmar parcerias com os particulares, o Estado, de maneira alguma, deixa de ser o responsável direto pelo atendimento das demandas sociais. Como já assinalado, a Constituição brasileira rejeita o absentéismo estatal. Assim sendo, a função de fomento, que é uma das formas de intervenção indireta do Estado na ordem econômica, tem sido cada vez mais amplamente utilizada nas diferentes esferas da Administração Pública, observado o contexto atual de transformação das relações público-privadas.

De acordo com Rafael Munhoz de Mello, é pacífica na doutrina a concepção acerca da atividade de fomento enquanto incentivo do ente estatal aos particulares, por meio do oferecimento de estímulos de diversas ordens. Esta espécie de consenso poderia ser atribuída, para o autor, ao fato de estar plenamente normatizada pela Constituição da República a intervenção estatal no domínio econômico, em suas diferentes formas³⁶.

Nesta esteira, define:

“O fomento é a atividade administrativa que busca influenciar o comportamento dos particulares mediante a oferta de benefícios e estímulos e não através de imposições, de modo a induzi-los a desempenharem atividades tidas como necessárias ao atendimento do interesse público. (...) trata-se de uma forma de intervenção indireta do Estado na ordem econômica, o que significa dizer que a atividade tida como relevante para o interesse público é desempenhada não diretamente pelo ente estatal, mas sim pelos particulares, que são estimulados a exercê-la pela oferta de benefícios”³⁷.

Portanto, ainda que, ao assumir a tarefa de exercer a atividade almejada pela Administração Pública em prol de um benefício ofertado, o particular possa sofrer as sanções cabíveis relativamente ao inadimplemento da respectiva obrigação, a responsabilidade estatal pela prestação do serviço social envolvido na

³⁶ MELLO, Rafael Munhoz de. *Atividade de Fomento e o Princípio da Isonomia*, p. 02-03.

³⁷ MELLO, Rafael Munhoz de. *Idem*, p. 04.

parceria não será jamais afastada. Isto porque a função de fomento é instrumental e presta-se ao atendimento do interesse público, ao desenvolvimento de atividades essenciais³⁸.

Ainda, destaque-se que *“A atividade estatal de fomento é uma manifestação da função administrativa, e, como tal, está sujeita a um regime jurídico específico, qual seja, o regime jurídico administrativo”*³⁹.

O atendimento de necessidades coletivas, em respeito aos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, é o que justifica, nesta lógica, o agir indiretamente do Estado, via fomento, visando fins constitucionalmente fixados. Além disso, de acordo com Sílvio Luís Ferreira da Rocha, *“a atividade administrativa de fomento, enquanto subsidiária, não desonera a Administração de atuar, de modo direto, na prestação de serviços, como os de saúde e os de educação”*⁴⁰.

A Constituição, por conseguinte, ao permitir a atuação estatal indireta, especialmente por intermédio da função de fomento, reforça a ideia de que ao Estado estão incumbidos deveres indeclináveis, alterando-se somente a forma pela qual tais finalidades serão atingidas e, de maneira alguma, permitindo que a responsabilidade estatal perante tais desígnios ou o regime jurídico-administrativo sejam afastados.

Assim sendo, cumpre neste momento explicar mais detidamente aspectos relativos ao Terceiro setor e às Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs).

2.2 O TERCEIRO SETOR

Importa, inicialmente, buscar descrever, conforme a doutrina, conceituação referente à noção de Terceiro Setor, vez que a própria expressão consiste em terminologia originada na sociologia política (e controversa mesmo neste âmbito), não se encontrando positivada em nosso ordenamento.

³⁸ MELLO, Rafael Munhoz de. Idem, p. 05.

³⁹ MELLO, Rafael Munhoz de. Idem, p. 08.

⁴⁰ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro Setor*, p. 21.

Para Marçal Justen Filho, entidades não estatais exercentes de atividade administrativa compõem o chamado Terceiro Setor, integrado por sujeitos e organizações privadas que se comprometem com a realização de interesses coletivos e a proteção de valores supraindividuais. E, ainda que seja incontestável que tais entidades não integram a Administração Pública, não está afastada a incidência de princípios, regras e formalidades próprias do direito público sobre seu regime jurídico. Contudo, a problemática da determinação do conteúdo deste regime jurídico específico, especialmente quando se tratam de parcerias com o ente estatal, cria significativos problemas práticos⁴¹.

José Eduardo Sabo Paes pondera que:

“Portanto, o Terceiro Setor é aquele que não é público nem privado, no sentido convencional desses termos; porém, guarda uma relação simbiótica entre ambos, na medida em que ele deriva sua própria identidade da conjugação entre a metodologia deste com as finalidades daquele. Ou seja, o Terceiro Setor é composto por organizações de natureza ‘privada’ (sem o objetivo de lucro) dedicadas à consecução de objetivos sociais ou públicos, embora não seja integrante do governo (Administração Estatal)”⁴².

Destaque-se que esta definição é capaz de demonstrar de que forma, na atualidade, as relações entre Estado e sociedade têm se alterado e se tornado mais complexas. Não há elementos que permitam sustentar, nos dias de hoje, a existência de separação rígida entre o público e o privado⁴³. O surgimento e desenvolvimento do Terceiro Setor são prova da aludida relação simbiótica entre ambos.

Ainda a respeito da noção ora analisada, de acordo com Paulo Modesto, sob enfoque subjetivo, o conceito de Terceiro Setor pode ser resumido em: *“pessoas privadas de fins públicos, sem finalidade lucrativa, constituídas voluntariamente por particulares auxiliares do Estado na persecução de atividade de conteúdo social relevante”⁴⁴.*

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, por sua vez, elenca características comuns às entidades do Terceiro Setor, sob o ponto de vista de seus vínculos com o Estado. Destaca que as diversas modalidades compreendidas no conceito em tela,

⁴¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.*, p. 253-254.

⁴² PAES, José Eduardo Sabo. *op. cit.*, p. 275-276.

⁴³ FINGER, Ana Cláudia. *op. cit.*, p. 68.

⁴⁴ MODESTO, Paulo. *O Direito Administrativo do Terceiro Setor: a Aplicação do Direito Público às Entidades Privadas sem Fins Lucrativos*, p. 29.

igualmente, não são criadas pelo Estado, sendo que, em regra, também não desempenham serviço público delegado pelo ente estatal, mas com este colaboram por meio do exercício de atividades privadas de interesse público, também definidas como serviços sociais não exclusivos do Estado.

Além disso, salienta a autora que as entidades do Terceiro Setor recebem incentivos do Estado, como a outorga de títulos, o recebimento de auxílios e subvenções, a cessão de servidores e a utilização de bens públicos. Assim sendo, muitas destas entidades criam vínculos jurídicos com o Poder Público, em função dos quais seu regime jurídico de direito privado acaba sendo parcialmente derogado por normas de direito público.

E conclui a autora que as entidades do terceiro setor não se enquadrariam inteiramente como entidades privadas, nem integrariam a Administração Pública, direta ou indireta⁴⁵.

Pode-se afirmar, assim, que o Terceiro Setor se constitui de entidades privadas e sem fins lucrativos que voluntariamente exercem atividades de interesse social, as quais estão situadas em um campo que é público, mas não é estatal. O ordenamento jurídico brasileiro permite que tais entidades se relacionem com o Estado através de institutos específicos, conforme sua tipificação, para exercer atividades classificadas como serviços públicos sociais.

Os serviços que podem ser prestados pelas entidades do Terceiro Setor são os chamados serviços públicos não exclusivos (sociais), cuja obrigação para o Estado é estabelecida constitucionalmente, embora a Lei Maior permita a atuação dos particulares neste âmbito, independentemente de vínculo com o Poder Público ou de autorização do mesmo.

De fato, os chamados serviços sociais são considerados serviços públicos quando prestados pelo Estado, do que decorre sua submissão total, neste caso, ao regime jurídico de direito público. Como já explicitado, é controversa a questão do regime jurídico aplicável quando serviços sociais são prestados por particulares – destacando-se, aqui as entidades do Terceiro Setor.

O entendimento defendido neste trabalho alinha-se ao pensamento dos autores supramencionados⁴⁶. Assim, admite-se que, tanto se um ente do Terceiro Setor presta serviços sociais de maneira autônoma, quanto se o particular assume

⁴⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *op. cit.*, p. 556.

⁴⁶ Marçal Justen Filho, José Eduardo Sabo Paes, Paulo Modesto e Maria Sylvia Zanella Di Pietro.

qualificação especial com a finalidade de recebimento de subsídios oriundos de recursos públicos - caso das OSCIPs, que serão adiante analisadas - é imperativa a submissão desta entidade a alguns dos postulados do regime jurídico de direito público, inclusos os princípios contidos no art. 37, caput, da Constituição da República.

Neste ponto, cumpre mencionar o que enuncia Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Terceiro Setor é outra inventiva da criatividade dos administradores ou economistas do período de apogeu do neoliberalismo entre nós. Designa atividades que não são estatais e também não são prepostas a objetivos mercantis, predispondo-se, ao menos formalmente, à realização de objetivos socialmente valiosos e economicamente desinteressados”⁴⁷.

A expressão Terceiro Setor foi popularizada, no Brasil, pelos teóricos da Reforma do Estado, que se alinhava aos postulados do neoliberalismo. Neste contexto, a locução em análise designaria o conjunto de entidades da sociedade civil que adotariam fins públicos, sem objetivo de lucro. O Terceiro Setor, portanto, coexistiria com o primeiro setor, o Estado, composto de agentes públicos voltados à finalidades públicas, e com o segundo setor, o mercado – iniciativa privada com fins de lucro⁴⁸.

Contudo, cumpre destacar, aqui, que a existência de organizações com características análogas àquelas atualmente atribuídas a entidades do Terceiro Setor não é uma novidade. Com efeito, a criação, pelos particulares, de entidades sem fins lucrativos objetivando o atendimento de demandas sociais decorre da própria noção de sociedade civil organizada e subsistem desde os tempos mais remotos as instituições filantrópicas estabelecidas com o objetivo de prestar serviços públicos/sociais.

Sobre o assunto, importante destacar o entendimento de Emerson Gabardo acerca da própria noção de sociedade civil:

“(...) a sociedade civil não pode ser entendida como um ‘sujeito’ passivo submetido a intervenções procedimentais do Estado. A sua afetação democrática, pautada por uma correspondente imbricação da liberdade dos antigos (participação) e da liberdade dos modernos (autonomia) deve

⁴⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *op. cit.*, p. 225.

⁴⁸ BARBOSA, Maria Nazaré Lins. *A experiência dos Termos de Parceria entre o Poder Público e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPS)*, p. 489.

*compreender elementos que permitam a existência de uma teia social em que seja realizada a expressão das diferentes identidades sociais e ampliada a liberdade de comunicação, além de efetivamente reforçada a estrutura social político-regulatória do mercado*⁴⁹.

O indivíduo e a sociedade civil são capazes de organizarem-se em prol de suas necessidades, e o fazem recorrentemente, conforme as possibilidades, nos moldes adequados ao princípio da subsidiariedade, o qual, nas palavras de Sílvio Luís Ferreira da Rocha “*propõe algo de novo entre a intervenção total do Estado e a supressão da autonomia privada e o liberalismo clássico e sua política de intervenção mínima do Estado*”⁵⁰.

A criação de organizações com o objetivo de desenvolvimento de atividades em prol do interesse público acompanha a própria existência da sociedade civil. Porém, sendo imprecisa a determinação do momento em que surge a sociedade civil, também não se pode fixar em que momento na história surgiram as organizações representativas desta⁵¹, tais como as entidades do Terceiro Setor.

Portanto, ainda que o neoliberalismo tenha se apropriado da expressão aqui estudada, com a finalidade de justificar a retirada de responsabilidades sociais do ente estatal e passá-las praticamente em sua totalidade à iniciativa privada, não se pode admitir que se questione a legitimidade das entidades do Terceiro Setor em análise *a priori*. Isto porque, como já mencionado, a existência de organizações privadas sem fins lucrativos, em representação à sociedade civil, prestando serviços de interesse social – o que, em uma aproximação coerente, corresponderia à existência do Terceiro Setor - é uma realidade que acompanha a própria sociedade civil em sua trajetória através das épocas⁵².

De fato, as organizações privadas forjadas com propósitos de beneficência e de atendimento às necessidades e direitos fundamentais dos grupos em que se inserem possuem destacada utilidade. Podem, a princípio, colocar-se como espécie de movimento social, em prol de demandas da coletividade sonegadas pelo Poder Público. Além disso, o fato de derivarem tais entidades da conjugação de esforços da própria comunidade permite maior aproximação com a população atendida,

⁴⁹ GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade*, p. 68.

⁵⁰ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *op. cit.*, p. 16.

⁵¹ VIOLIN, Tarso Cabral. *op. cit.*, p. 120.

⁵² Importante ressaltar, neste ponto, o aparecimento das instituições de beneficência, caridade e filantropia nos séculos XV a XIX, bem como o dos novos movimentos sociais – organizações não-governamentais – nas décadas de 60 e 70. VIOLIN, Tarso Cabral. *op. cit.*, p. 64.

proporcionando a estas soluções ágeis e efetivas, sem custos, ou com preços baixos, uma vez que não se busca o lucro.

Assim sendo, por mais que a perspectiva neoliberal tenha atribuído a tais entidades função que remete à diminuição da atuação do Estado, especialmente naquilo que concerne às questões sociais, não é razoável afirmar que o Terceiro Setor seja algo nefasto por natureza.

Entretanto, há que se posicionar contrariamente à utilização do Terceiro Setor para desonerar o Estado, conforme proposto pela “onda liberalizante”. Interessa citar, aqui, a reflexão de Emerson Gabardo:

*“Na prática, o efeito desta descentralização em nada democratiza a atividade; pelo contrário, reduz fortemente a possibilidade de se efetivar qualquer forma de organização autônoma que consiga representar de forma legítima os interesses dos grupos sociais precarizados no contexto político social. O abrandamento das lutas por efetivos direitos sociais coletivos deveria ser a tônica de fundamentação do terceiro setor. Ao contrário, observa-se a manutenção da tradicional concepção vinculada à prática da benemerência, que recusa a lógica de direitos para afirmar a concessão de benefícios (em geral, clientelistas ou corporativos)”*⁵³

De acordo com o posicionamento até aqui defendido, de negação das premissas do neoliberalismo, pode-se acolher o pensamento de Tarso Cabral Violin, que afirma se opor ao papel desempenhado pelo Terceiro Setor na atualidade.

Para o autor, é preocupante a falta de combatividade desenvolvida por estas entidades tendo em vista o financiamento estatal quase que obrigatório de suas atividades. Destaca ainda a problemática, a ser explorada neste trabalho, de ser o ideário do Terceiro Setor arcabouço conceitual voltado, na realidade, à fuga do regime jurídico-administrativo⁵⁴.

Entretanto, cumpre destacar a coerência do pensamento de Paulo Modesto, para quem:

“Na verdade, a participação de entidades privadas na prestação de serviços sociais, autorizada expressamente pela Constituição (v.g. artigos 199; 202; 204, I; 209; 216, §1º; 218, §4º; 225), não apenas é pragmática como pode ser percebida como uma das respostas consequentes à crise do aparelho do Estado no âmbito da prestação dos serviços sociais. O Estado não tem efetivamente condições de monopolizar a prestação direta, executiva, dos serviços de assistência social de interesse coletivo. Estes podem ser geridos ou executados por outros sujeitos, públicos ou privados, preferencialmente instituições ‘públicas não estatais’ (pessoas privadas de

⁵³ GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade*, p. 148-149.

⁵⁴ VIOLIN, Tarso Cabral. *op. cit.*, p. 123-124.

fim público, sem fins lucrativos), consoante diferencia a própria Constituição (CF, art. 199, §1º), sob a fiscalização e supervisão imediata do Estado. Nestes casos, não prover diretamente não quer dizer tornar-se irresponsável perante essas necessidades sociais básicas ou negar o direito fundamental à saúde, à educação, à defesa do meio ambiente, à pesquisa científica e tecnológica. O Estado não deve nem pode demitir-se da responsabilidade de assegurar e garantir direitos sociais: quando não executar, deve fomentar ou financiar diretamente a execução de serviços sociais necessários à coletividade. O Estado contemporâneo continua executor, regulador, fiscalizador e financiador de serviços sociais, mas pode contar também com mecanismos de parceria ágeis para ampliar a sua capacidade de assegurar a efetiva fruição dos direitos sociais básicos”⁵⁵.

O presente trabalho filia-se ao entendimento do autor. É inegável que exista no Brasil país uma crise do aparelho do Estado, especialmente no que diz respeito à prestação dos serviços sociais. Tal crise pode ser atribuída ao patrimonialismo ainda vigente em nosso contexto socioeconômico, de modo que se evidencia cada vez mais a necessidade de soluções ao problema da deficiência do atendimento das demandas sociais pelo Estado brasileiro.

O respeito às premissas fixadas constitucionalmente apresenta-se como ponto de partida para esta cogente reestruturação. Assim, o Estado não deverá monopolizar a prestação dos serviços sociais, tampouco abandoná-los. O estabelecimento de parcerias entre o Terceiro Setor e o ente estatal parece, em princípio, benéfico e capaz de promover algumas das mudanças que é preciso implementar.

Contudo, há que se destacar que, embora haja uma proposta promissora em toda esta construção, a realidade tem demonstrado que, em nosso país, ainda não é possível vislumbrar o fim do patrimonialismo, o desenvolvimento da democracia, o atingimento dos fins sociais do Estado, por intermédio das parcerias com o Terceiro Setor.

Nesta linha de raciocínio, afirma Rita Tourinho:

“Em verdade, na prática, o que se verifica é que a atividade de fomento vem sendo realizada pela Administração Pública, de todas as esferas, à margem dos princípios administrativos. Aliás, muitas vezes parece que o fomento é utilizado exatamente como fuga aos princípios que norteiam a atividade administrativa. Em consequência, o que se verifica atualmente é um elevado índice de atos de corrupção tendo como protagonistas entidades do terceiro setor”⁵⁶.

⁵⁵ MODESTO, Paulo. *op. cit.*, p. 35.

⁵⁶ TOURINHO, Rita. *Terceiro Setor no Ordenamento Jurídico Brasileiro: constatações e expectativas*, p. 06.

Tais instrumentos têm sido utilizados quase que unicamente para perpetuar as mazelas já conhecidas do deficiente Estado social democrático de Direito brasileiro. Situações fáticas em que tal desvirtuamento é observado serão expostas ao longo deste trabalho. Analisar como as referidas irregularidades ocorrem, bem como as consequências que esta acarreta é, de fato, o grande objetivo da discussão aqui proposta.

3 AS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO (OSCIPS)

A sequência do desenvolvimento das reflexões expostas neste texto, exige, neste momento discorrer a respeito das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, objeto central deste estudo, delineando seus traços fundamentais e analisando as normas jurídicas que lhe concedem conformação legal, quais sejam a Lei nº 9.790/1999 e o Decreto nº 3.100/1999.

3.1 O CONCEITO: LEGISLAÇÃO E DOUTRINA

As Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público foram criadas com a Lei nº 9.790/1999, enquanto inédita modalidade de qualificação que poderia ser outorgada pelo Poder Público às entidades do Terceiro Setor, conforme o atendimento de determinados requisitos. Com a mencionada lei surgiu também o Termo de Parceria⁵⁷, novo instrumento de ajuste entre entidades e Administração Pública, regulamentado pelo Decreto nº 3.100/1999.

Imersa na concepção neoliberal de Reforma do Estado, pode-se afirmar que, embora tenha trazido critérios objetivos e aptos a definir o que seria efetivamente o caráter público das entidades do Terceiro Setor e instituído mecanismos que objetivavam facilitar a obtenção do apoio estatal, a Lei das OSCIPs é decorrência dos anseios de implantação do modelo de administração gerencial.

Já se tratou do gerencialismo, de suas características liberalizantes, desestatizantes e flexibilizadoras⁵⁸, de suas consequências nefastas e de sua inadequação ao sistema constitucional brasileiro, enquanto modelo de administração eminentemente neoliberal. De acordo com a pretensão “modernizadora” dos idealizadores do Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado de 1995, a

⁵⁷ 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.

⁵⁸ GABARDO, Emerson. *Interesse Público e Subsidiariedade*. p. 110.

reestruturação gerencial seria apta a impulsionar a estrutura organizacional de uma Administração Pública voltada para o cidadão-cliente, com vistas à melhora da governança e a uma evolução na própria democracia. Pondera Emerson Gabardo:

“Esse padrão emergente de intervenção social, apoiado na ascensão da mentalidade pós-moderna, apresentou-se como salto qualitativo em termos de estrutura e gestão, em comparação à proclamada ‘rigidez obsoleta’ do regime jurídico administrativo característico da burocracia. O modelo burocrático é essencialmente metapragmático, propugnado pela adoção da impessoalidade como princípio fundamental, pela separação do patrimônio público do privado e pela dissociação entre esfera política e administrativa. Para o atingimento de tais pressupostos, caracteriza-se pela centralização das decisões, pela manutenção da hierarquia e unidade de comando, além de certa rigidez nas rotinas e procedimentos (cujo controle seria extensivo). Por estes motivos, foi taxado de um ‘regime de desconfiança’ por Bresser Pereira, que passou a defender uma nova sistemática, fundada na confiança e no controle a posteriori – de resultados. Neste modelo alternativo, fundado no princípio da subsidiariedade, o Estado passa a ser um ente responsável prioritariamente pela atuação por via do fomento e dentro de limites de razoabilidade e excepcionalidade. Para tanto, deve desregulamentar e conceder incentivos fiscais e isenções. A garantia preconizada deve ser somente de ‘igualdade de chances’ entre os indivíduos.”⁵⁹.

Daí serem possíveis alegações no sentido de que o gerencialismo, se bem utilizado, é predisposto a introduzir um cunho de solidariedade. Isto porque da lógica gerencial decorre a conclusão de que os sujeitos privados podem satisfazer os interesses públicos.

Assim, para os teóricos da reforma do Estado, seria o princípio da subsidiariedade o elemento capaz de promover a harmonização da relação entre os sujeitos públicos e privados, a partir da construção de uma nova forma de cidadania. A inovação seria justamente a inversão de titularidade promovida: com os novos critérios, os cidadãos é que estariam situados no centro do sistema para o desenvolvimento das atividades de interesse da coletividade, e não mais a Administração Pública.

Entretanto, eventual transição para o proclamado “Estado mediador”, que traz consigo a ideia de governança, a qual, no contexto europeu, denota um regramento que se refere à qualidade do exercício do poder, essencialmente no que tange à responsabilidade, transparência, coerência, eficiência e eficácia, é inviável ou, ao menos, indesejável no Brasil⁶⁰.

⁵⁹ GABARDO, Emerson. Idem, p. 114.

⁶⁰ GABARDO, Emerson. Idem, p. 118.

A uma porque o foco de tais transformações direciona-se ao âmbito administrativo (prestação de serviços), sonhando questões concernentes à ampliação da participação política dos cidadãos, não trazendo qualquer inovação democrática em relação aos métodos tradicionais do Estado de bem-estar social e consubstanciando um discurso retórico, mais simbólico do que real. A duas pois trata-se, aqui, de discurso construído fundamentalmente como corolário da permanente dificuldade prática dos governos propiciarem a participação efetiva dos cidadãos no exercício do poder. A três porquanto, no Brasil, tais ideias têm sido o lema daqueles que procuram desprestigiar as formas de atuação estatal rumo à ampliação do setor privado, ainda que público-não estatal⁶¹.

Assim sendo, é plausível pressupor que as parcerias motivadas pela criação da qualificação de OSCIP não se prestariam, ao fim, à persecução dos fins do Estado, constitucionalmente fixados. Isto porque alógica em que se inserem tais organizações está descolada das diretrizes que a Constituição da República outorga ao sistema normativo pátrio.

O neoliberalismo, tanto quanto seu *modus operandi* gerencial, é incompatível com nossa Constituição. Nas palavras de Emerson Gabardo:

“Em países como o Brasil, em que a realização de um satisfatório estágio de desenvolvimento ainda é uma tarefa não realizada, a defesa de um Estado social interventor e efetivamente impositivo é uma exigência prioritária. Sem embargo, em hipótese alguma este fato conduz à legitimação de qualquer atuação autoritária, pois a Constituição Federal de 1988 é um documento hábil para inibir o arbítrio e fomentar a participação real (...) Nestes termos, a atividade administrativa típica do regime jurídico atualmente vigente implica em decisões unilaterais que se legitimarão em razão da prevalência do interesse público. Tanto melhor e mais legítimo se esta decisão for precedida de um amplo debate e participação dos interessados e sucedida de um efetivo controle popular, mais do que o também necessário controle judicial.”⁶²

Por este motivo, parece aceitável presumir que muito provavelmente a implantação da ideologia neoliberal e dos métodos do gerencialismo será incapaz de solucionar os problemas relativos à realidade brasileira.

Todavia, não se pode omitir que previamente à Lei das OSCIPs já existia mobilização proveniente das próprias entidades do Terceiro Setor, em prol de um regramento mais objetivo para si e para suas parcerias com o Poder Público.

⁶¹ GABARDO, Emerson. Idem, ibidem.

⁶² GABARDO, Emerson. Idem, p. 119.

A demanda era pelo reconhecimento do papel social das entidades, bem como se contrapunha o referido movimento ao autoritarismo e discricionariedade dos mecanismos de acesso aos incentivos então oferecidos pelo Estado via atividade de fomento. As entidades exigiam critérios e procedimentos claros, objetivos e racionais, com obrigações e formas de controle proporcionais aos benefícios por elas recebidos e respeito aos princípios da moralidade e publicidade⁶³.

De fato, a questão da ausência de controle social e de transparência para evitar desvios de finalidade no uso dos recursos públicos era ainda mais problemática antes da Lei das OSCIPs, de modo que foi suscitado, naquele momento, o debate legislativo que culminou na elaboração do regramento ora examinado.

De acordo com Maria Nazaré Lins Barbosa, diante deste panorama, houve esforços do governo no sentido de revisar o marco legal do Terceiro Setor, com as propostas de distinguir as entidades de fim público (que beneficiam público alvo distinto dos associados) das entidades de benefício mútuo (que beneficiam os próprios membros e associados); maior transparência na escolha das entidades privadas sem fins lucrativos que recebem recursos governamentais diretamente; responsabilização de dirigentes de entidades privadas sem fins lucrativos por desvio na aplicação de recursos públicos; superação da prevalência de aspectos meramente formais na avaliação da prestação de contas dos repasses recebidos pelas entidades do Terceiro Setor; incremento dos recursos repassados pelo Poder Público em financiamentos diretos⁶⁴.

Do empenho no atendimento destas proposições surgiu, então, a Lei das OSCIPs, a qual representou, nesses pontos, especificamente, avanços significativos em relação à legislação anterior⁶⁵.

Conforme Fernando Borges Mânica:

“O crescimento expressivo do número de entidades do Terceiro Setor e a diversificação de suas áreas de atuação, somados à relevância constitucional outorgada à participação da sociedade civil na consecução dos objetivos do Estado brasileiro exigiu a adoção de novos mecanismos de

⁶³ LEITE, Marco Antônio Santos. *O Terceiro Setor e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIPs*, p. 04-05.

⁶⁴ BARBOSA, Maria Nazaré Lins. *op. cit.*, p. 491-492.

⁶⁵ Pode ser consultado quadro comparativo entre a Lei nº 9.790/1999 e a legislação anterior na publicação conjunta do Conselho da Comunidade Solidária e do Ministério da Justiça, a saber: FERRAREZI, Elisabete, REZENDE, Valéria. *Organização da sociedade civil de interesse público - OSCIP : a lei 9.790 como alternativa para o terceiro setor*.

apoio do Estado ao Terceiro Setor. Afinal, como delineado acima, a disciplina jurídica até então vigente, da outorga de títulos e certificados como requisitos para obtenção de incentivos públicos era pautada (i) pelo burocratismo excessivo, (ii) pela sobreposição de certificações, (iii) pela ausência de critérios claros e transparentes para a obtenção dos reconhecimentos e (iv) pela constante influência política nos processos de qualificação e de outorga dos benefícios.

(...)

Assim, a Lei das OSCIP nasceu com o escopo de trazer critérios legais e objetivos aptos a definir quais entidades efetivamente possuem caráter público, bem como oferecer a tais entidades a possibilidade de obter apoio estatal por meio de um mecanismo despido dos procedimentos excessivamente burocráticos e formais dos convênios”⁶⁶.

Desta maneira, mostra-se necessário explorar mais profundamente a normatividade que conforma a existência e operação das OSCIPs, sobretudo naquilo que concerne a suas parcerias com o ente estatal.

O regramento das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público está contida na Lei nº 9.790/1999, alterada pela Medida Provisória nº 2.216-37/2001 e pela Lei nº 10.539/2002. O propósito da criação desta qualificação é, indeclinavelmente, a universalização dos serviços a serem prestados pelas entidades. O conceito de OSCIP se encontra, em suma, no art. 1º da referida norma, *verbis*:

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. (*grifamos*)

Para Gustavo Justino de Oliveira, *“As OSCIP são entidades privadas sem fins lucrativos integrantes do Terceiro Setor, porém vocacionadas para serem colaboradoras do Estado na implementação de políticas públicas e na prestação de*

⁶⁶ MÂNICA, Fernando Borges. *Panorama histórico-legislativo do Terceiro Setor no Brasil: do conceito de Terceiro Setor à Lei das OSCIP*, p. 186-187.

*serviços sociais à população*⁶⁷, deixando, portanto, tais organizações, a tradicional posição de antagonistas dos poderes estabelecidos para se tornarem parceiras do ente estatal, em cooperação para a consecução de uma finalidade (pública) comum.

Ressalte-se que a exigência da ausência de fins lucrativos não veda que a entidade qualificada como OSCIP possa auferir lucro. A norma acima colacionada impede a distribuição destes excedentes aos integrantes da organização, bem como que esta financie suas atividades com recursos obtidos de cobranças pelos serviços prestados. Contudo, se o lucro obtido for revertido integralmente para o patrimônio da entidade e, conseqüentemente, para a persecução de interesses da coletividade, não se justifica, por lógica, qualquer óbice à qualificação.

Marçal Justen Filho destaca que, no caso das OSCIPs, é peculiar a *“ausência de caracterização de uma nova espécie de pessoa jurídica, sob o ponto de vista estrutural”*⁶⁸. Ou seja, uma fundação ou associação civil⁶⁹ que preencha os requisitos legais faz surgir uma OSCIP quando do recebimento da qualificação outorgada pelo Ministério da Justiça.

Defende o autor que a criação da figura ora analisada representa um avanço em relação à disciplina das Organizações Sociais, criadas anteriormente às OSCIPs. Isto porque são eliminados os vínculos da administração da entidade com o Poder Público, são estabelecidos requisitos objetivos para a obtenção da qualificação respectiva, bem como são facultadas outras vantagens e benefícios, inclusive de natureza fiscal.

De fato, afirma a doutrina que a criação da qualificação de OSCIP foi uma tentativa de sanar os desacertos cometidos no regramento das OSs. Não interessa, nesta análise, aprofundar aspectos das Organizações Sociais. Basta saber, portanto, que em relação a esta qualificação anterior, a qual prevê expressamente a supressão da atividade estatal e seu repasse à iniciativa privada, a Lei nº 9.790/1999 representou significativo avanço.

A título elucidativo, colacionamos as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello:

⁶⁷ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Gestão privada de recursos públicos para fins públicos: o modelo das OSCIP*, p. 218-219.

⁶⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.*, p. 258.

⁶⁹ Com os impedimentos do art. 2º da Lei nº 9.790/1999, apenas as associações e fundações privadas podem se qualificar como OSCIP. Todas as demais pessoas jurídicas de direito privado previstas no Código Civil Brasileiro estão excluídas desta qualificação.

“Distinguem-se das “organizações sociais”, entre outros pontos relevantes, pelos seguintes: a) a atribuição do qualificativo não é, como naquelas, discricionária, mas vinculada e aberta a qualquer sujeito que preencha os requisitos indicados; não prevê o trespasse de servidores públicos para nelas prestar serviço; b) não celebram “contratos de gestão” com o Poder Público, mas “termos de parceria”, conquanto, tal como neles, seja especificado um programa a cumprir, com metas e prazos fiscalizados, além da obrigação de um relatório final, o que os faz mais distintos, entre si, pelo nome que pelo regime; c) os vínculos em questão não são condicionantes para a qualificação da entidade como tal, ao contrário do que ocorre com as “organizações sociais”; d) o Poder Público não participa de seus quadros diretivos, ao contrário do que ocorre naquelas; e e) o objeto da atividade delas é muito mais amplo, compreendendo, inclusive, finalidades de benemerência social, ao passo que as “organizações sociais” prosseguem apenas atividades de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde”⁷⁰.

Neste sentido, aceita-se a premissa de que, no caso das Organizações Sociais, é patente e representativo do caráter neoliberal imperante no processo de reforma do aparelho estatal aqui estudado o intuito de transferir diretamente a responsabilidade pelos serviços sociais do Estado para as entidades, eximindo o Poder Público de qualquer incumbência referente às atividades repassadas.

Por outro lado, quando se tratam de OSCIPs, sobressai a ampliação do âmbito de atuação destas entidades e sua sujeição explícita aos princípios que caracterizam a atividade administrativa⁷¹ (art. 4º, I, da Lei nº 9.790/1999)⁷². Importante aludir ao fato de que, antes da lei das OSCIPs, o Estado apenas reconhecia três finalidades para as entidades do Terceiro Setor: saúde, educação e assistência social. Com a elaboração da legislação em tela, este rol foi expressivamente estendido.

Para Maria Nazaré Lins Barbosa, da relação dos fins estabelecidos pela lei para efeito de qualificação de uma entidade sem fins lucrativos como OSCIP, pode-se considerar que o interesse público visado é resultado da soma de dois fatores: a finalidade e o regime de funcionamento (transparência, responsabilidade no trato dos recursos, cumprimento de obrigações para com o Estado); e a existência de

⁷⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *op. cit.*, p. 243.

⁷¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.*, p. 259.

⁷² 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;

mecanismos de autorregulação e de dispositivos institucionais de responsabilização⁷³.

Sílvio Luís Ferreira da Rocha explana de que maneira se aplicam os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência aos estatutos das OSCIPs.

Defende que em função do princípio da legalidade os administradores da OSCIP têm sua atuação adstrita àquilo que está expressamente autorizado em lei e na norma estatutária.

O princípio da impessoalidade, por sua vez, veda que a OSCIP opere para prejudicar ou beneficiar sujeitos determinados, proibindo discriminações que importem em favorecimentos ou perseguições.

Ainda, o princípio da moralidade impõe à entidade o respeito à lealdade, honestidade e boa-fé, de acordo com os parâmetros éticos praticados na sociedade.

O princípio da eficiência determina que o modo de agir da OSCIP produza resultados favoráveis, seguros e céleres.

Finalmente, o princípio da economicidade aponta para a observância da relação custo benefício dos atos praticados pela organização⁷⁴.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, por sua vez, salienta que a Lei nº 9.790/1999, embora conhecida como “lei do terceiro setor”, claramente não trata de todas as entidades do Terceiro Setor.

A edição da Lei das OSCIPs não atingiu o objetivo de unificação de um cadastro único nacional de entidades do Terceiro Setor. Contudo, destaque-se que a lista das finalidades admitidas para que uma entidade se qualifique como OSCIP é exaustiva e tem enunciados suficientemente amplos para abrigar, ao lado das categorias tradicionais, espaço para categorias emergentes.

Assim, afirma Fernando Borges Mânica que a lei em tela buscou alcançar todas as modalidades de entidade e de atividade consideradas de caráter público oferecendo, portanto, critérios legais para a definição de Terceiro Setor, independentemente de a entidade deter ou não o título de OSCIP.

Para o autor, isso não significa dizer que as OSCIPs são o Terceiro Setor, pois a busca por esta qualificação é uma faculdade oferecida às entidades interessadas em atuar em parceria com o Estado.

⁷³ BARBOSA, Maria Nazaré Lins. *op. cit.*, p. 493.

⁷⁴ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *op. cit.*, p. 77-78.

Todavia, reitera o pensamento de que os critérios trazidos pela Lei nº 9.790/1999 são úteis como balizamento legal para a definição do próprio Terceiro Setor, o qual não se encontra expressamente definido no ordenamento jurídico pátrio⁷⁵.

Retomando-se o pensamento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Organização da Sociedade Civil de Interesse Público consiste em:

“(...) qualificação jurídica dada a pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, instituídas por iniciativa de particulares, para desempenhar serviços sociais não exclusivos do Estado com incentivo e fiscalização pelo Poder Público, mediante vínculo jurídico instituído por meio de termo de parceria”⁷⁶

Segundo seu entendimento, a OSCIP está mais bem estruturada legalmente enquanto entidade do Terceiro Setor apta a firmar parcerias com o Estado, pela rigidez dos requisitos impostos pela Lei nº 9.790/199 para obtenção da qualificação. Enfatiza ainda a autora a preocupação contida na referida norma em definir, para seus fins, a entidade sem fins lucrativos, bem como de excluir de sua abrangência determinadas instituições⁷⁷.

A autora elenca, ainda, rol de características peculiares passíveis de serem atribuídas às OSCIPs. Tratam-se as entidades em análise de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, criadas por particulares, as quais devem se habilitar perante o Ministério da Justiça para obter a qualificação, nos termos do art. 5º, da Lei nº 9.790/1999⁷⁸. Além disso, devem tais organizações atuar em áreas específicas, conforme art. 3º da mesma lei⁷⁹.

⁷⁵ MÂNICA, Fernando Borges. *op. cit.*, p. 187-188.

⁷⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *op. cit.*, p. 573.

⁷⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Idem*, *ibidem*.

⁷⁸ 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.

⁷⁹ 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;

As especificidades do Termo de Parceria, instrumento pelo qual as OSCIPs estabelecem vínculo com a Administração Pública, serão examinadas adiante, embora seja possível mencionar, aqui, que são consideradas características distintivas das entidades analisadas pela autora supracitada.

Além disso, Maria Sylvia Zanella Di Pietro sublinha a oportunidade de fomento ou cooperação com o Poder Público, sem que a lei fixe modalidades específicas; acentua a possibilidade de perda da qualificação a pedido ou mediante decisão proferida em processo administrativo, com respeito aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, conforme art. 7º⁸⁰, e notabiliza a responsabilidade que devem assumir as entidades perante os bens ou recursos de origem pública, bem como as consequências à malversação dos repasses, também previstas legalmente⁸¹.

Também a imposição legal de que haja no estatuto da OSCIP a constituição de Conselho Fiscal ou órgão equivalente, nos termos do inciso III do art. 4º da lei em comento, é uma das medidas que evidencia a maneira pela qual se objetiva impedir o desvio de finalidade ou de recursos públicos pelas entidades.

Ainda, aduz a autora:

-
- 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.

⁸⁰ 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.

⁸¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *op. cit.*, p. 574-575.

“Trata-se, no caso, de real atividade de fomento, ou seja, de incentivo à iniciativa privada de interesse público. O Estado não está abrindo mão de serviço público (tal como ocorre na organização social) para transferi-lo à iniciativa privada, mas, fazendo parceria, ajudando, cooperando com entidades privadas que, observados os requisitos legais, se disponham a exercer as atividades indicadas no art. 3º, por se tratar de atividades que, mesmo sem a natureza de serviços públicos, atendem a necessidades coletivas”⁸².

Importa frisar, finalmente, que a autora explicita a possibilidade de que Estados e Municípios firmem ajustes com OSCIPs qualificadas pela União, ainda que a Lei nº 9.790/1999 não tenha aplicação obrigatória nestas esferas da federação⁸³.

Sublinha Tarso Cabral Violin que:

“A outorga da qualificação é ato vinculado, ou seja, a entidade atendendo os requisitos legais, o Ministério da Justiça é obrigado a conceder o título, não sendo assim, um ato discricionário, dependente de uma decisão conforme a conveniência e oportunidade do administrador público (...)”.

Desta forma, a Lei das OSCIPs, hipoteticamente, reprime eventuais arbitrariedades do ente estatal, por vincular a qualificação respectiva ao objetivo atendimento dos requisitos quando da solicitação da titulação pela entidade. A Administração Pública não pode negar o título de OSCIP a uma entidade que atenda às condições legalmente impostas e a perda da qualificação somente será operada por intermédio do devido processo administrativo ou judicial.

Maria Nazaré Lins Barbosa reconhece ser vantajosa a qualificação de OSCIP para uma entidade, principalmente pela possibilidade de celebrar termos de parceria com a Administração Pública, sob regulamentação orientada por critérios presumivelmente mais eficazes, pela credibilidade que o título oficial concede à entidade e pela permissão de remunerar dirigentes⁸⁴.

Em contrapartida, as OSCIPs apresentariam restrições concernentes a seu estatuto, o qual deverá atender a uma série de exigências abrangendo, em seu conteúdo, disposições conformes ao art. 4º da Lei nº 9.790/1999⁸⁵.

Diante da normatização dada às Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, conclui a autora:

⁸² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Idem, p. 575.

⁸³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Idem, p. 575-576.

⁸⁴ BARBOSA, Maria Nazaré Lins. *op. cit.*, p. 496.

⁸⁵ BARBOSA, Maria Nazaré Lins. Idem, *Ibidem*.

“(...) vislumbro na qualificação como OSCIPs uma resposta institucional a outra tendência, também internacional, caracterizada pela emergência de um novo associativismo - um movimento, por assim dizer, de base, de mobilização da sociedade civil. Ao lado da tradicional atuação das associações e fundações privadas sem fins lucrativos em áreas como educação, saúde, cultura ou assistência - contempladas, no Brasil, nos títulos tradicionais -, percebe-se a atuação de associações em áreas emergentes - ambientalismo, voluntariado, direitos humanos, também de interesse público - reconhecidas no país com o novo título.⁸⁶”

Desta análise da Lei das OSCIPs depreende-se que, embora inicialmente tenha se originado de projeto de reforma do aparelho estatal de cunho neoliberal, o instituto legalmente estabelecido proporcionou, ao menos em tese, melhorias no que tange ao regramento das relações entre Estado e Terceiro Setor.

Interessa realçar o que enuncia Gustavo Justino de Oliveira:

“Entretanto, 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. É de extrema importância que tal distinção reste desde logo evidenciada, impedindo-se assim a falsa e deficiente caracterização de uma forma ilegal de terceirização de serviços públicos⁸⁷”.

Como já asseverado no presente trabalho, o Estado não pode delegar a totalidade dos serviços públicos sociais a particulares, dada a conformação de nosso ordenamento jurídico levada a efeito pela Constituição.

Consoante leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro, nas Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público não existe o objetivo de que a entidade assuma atividades desempenhadas pela Administração Pública, resultando na extinção destas. Pelo contrário, a qualificação em nada afeta as atribuições do ente estatal e a entidade, para ser qualificada, deve comprovar ter existência legal, nos termos do art. 5º, III e IV da Lei nº 9.790/1999, de modo a evitar que entidades “fantasmas” recebam o referido benefício⁸⁸.

Tal assertiva é confirmada na medida em que se pode observar que há jurisprudência do Poder Judiciário e dos Tribunais de Contas no sentido de que

⁸⁶ BARBOSA, Maria Nazaré Lins. *Idem*, p. 504

⁸⁷ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *O Terceiro Setor e a gestão privada de recursos públicos para fins públicos*, p. 107.

⁸⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *op. cit.*, p. 575.

existem atividades exercidas pelas OSCIPs, fomentadas por parcerias com o Poder Público, as quais são aceitas, desde que legitimamente instituídas e desenvolvidas.

É este, por exemplo, o entendimento do Tribunal de Contas do Estado do Paraná:

Consulta. Possibilidade de o Poder Público realizar **transferência voluntária para Organização da Sociedade Civil de Interesse Público** – OSCIP. **Inexistência de óbice legal**. Obrigatoriedade de prévio procedimento administrativo e verificação das condições inerentes ao funcionamento destas entidades, previstas na Lei nº 9.790/1999, no Decreto nº 3.100/1999, na Resolução nº 28/2011, na Instrução Normativa nº 61/2011, e, por se tratar de recursos do FIA, na Lei nº 8.069/1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente, e a Instrução Normativa nº 36/2009, conforme assinalado no voto.⁸⁹ (*grifou-se*)

Como se demonstra, não há qualquer impedimento para a transferência voluntária de recursos a entidades qualificadas como OSCIPs, desde que estritamente respeitados os regramentos aplicáveis a cada caso, a depender do tipo de atividade que será desenvolvida na parceria.

O tema também já foi tratado pelo Tribunal de Contas da União:

SOLICITAÇÃO DO CONGRESSO NACIONAL. AUDITORIA NAS CONTAS DO MOVIMENTO ORIGAMI DO CENTENÁRIO DA IMIGRAÇÃO JAPONESA NO BRASIL. CONHECIMENTO. AUTORIZAÇÃO. ACOMPANHAMENTO. REGULARIDADE. COMUNICAÇÃO AO SOLICITANTE. ARQUIVAMENTO.

(...)

9. Acórdão: VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Solicitação do Congresso Nacional em que foi realizada auditoria nas contas do Movimento Origami do Centenário da Imigração Japonesa no Brasil, ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. encaminhar, via Aviso a ser remetido pela Presidência desta Corte, cópia do presente acórdão, bem como do relatório e do voto que o fundamentam, à Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional da Câmara dos Deputados, comunicando-a do atendimento integral à Solicitação por ela formulada, e informando-a que:

9.1.1. **o TCU não detectou indícios de desvios ou de prática de favorecimento na aplicação dos recursos** oriundos de patrocínios de empresas públicas e de sociedades de economia mista pelo Projeto Movimento Origami do Centenário da Imigração Japonesa no Brasil;

9.1.2. **o projeto atingiu satisfatoriamente os objetivos, dentro das limitações de tempo, mão-de-obra e recursos disponíveis**, e as impropriedades verificadas no acompanhamento da execução do referido projeto não foram materialmente significativas nem prejudicaram o seu cumprimento;

9.2. dar ciência desta deliberação ao Instituto Paulo Kobayashi; e

⁸⁹ TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ. Tribunal Pleno. Processo nº 724289/12. Relator: Auditor Ivens Zschoerper Linhares. Data do julgamento: 19.9.2013. DETC de 25.9.2013.

9.3. arquivar os presentes autos.⁹⁰ (*grifou-se*)

Ademais, para ilustrar de que forma podem colaborar os particulares e o Estado, mencionando tipos de atividades que podem ser desenvolvidas pelas OSCIPs em parceria com o Poder Público, interessa colacionar julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. **RESTAURAÇÃO DE PRÉDIO HISTÓRICO**. TERMO DE PARCERIA FIRMADO ENTRE OSCIP E A CÂMARA MUNICIPAL DE VEREADORES DE CACHOEIRA DO SUL. DESNECESSIDADE DE LEI MUNICIPAL AUTORIZANDO O PODER PÚBLICO A FIRMAR TERMO DE PARCERIA COM OSCIP. APLICAÇÃO DA LEI Nº 9.790/99. DISPENSA DE LICITAÇÃO. CABIMENTO NO CASO CONCRETO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE. OFENSA À LEI Nº 5.194/66. INOCORRÊNCIA.

I - Não há necessidade de Lei Municipal autorizando o Poder Público a firmar Termo de Parceria com OSCIP. Não há, na Lei nº 9.790/99, qualquer indicação no sentido de que a mesma se aplicaria exclusivamente às parcerias a serem firmadas no âmbito da Administração Federal. Portanto, não há falar em nulidade do Termo de Parceria firmado, visto que observados os termos da Lei nº 9.790/99 que, detendo o status de lei nacional, vincula e obriga todas as esferas e entes da Federação.

II - Plenamente justificada a não-realização de procedimento licitatório e a contratação da OSCIP DEFENDER – DEFESA CIVIL DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO, para a elaboração de Projeto Cultural de Restauração e Reabilitação do Prédio Histórico denominado Palácio Legislativo João Neves da Fontoura, atual sede da Câmara de Vereadores de Cachoeira do Sul, e sua apresentação junto às Leis de Incentivo à Cultura Federal e Estadual, nos termos dos arts. 24, inciso XV, e 25, inciso II, da Lei n.º 8.666/93.

III - Não merece acolhimento a alegação no sentido de haver ilegalidade da contratação da OSCIP por inobservância dos preceitos da Lei nº 5.194/66, que rege as atividades de arquitetura e engenharia. O Termo de Parceria prevê que a participação da OSCIP circunscreve-se à elaboração do projeto de restauração, aprovação e captação de recursos junto à União e, posteriormente, direção da execução das obras de restauração, que serão gerenciadas por arquiteto ou engenheiro selecionado, que deverá possuir habilitação para o trabalho de restauro de bens tombados ao patrimônio histórico, com a devida anotação de responsabilidade técnica junto ao CREA.

APELO IMPROVIDO.⁹¹ (*grifou-se*)

Ainda, entende o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

EMENTA: AÇÃO POPULAR - OSCIP - SERVIÇOS DE SAÚDE - TERMO DE PARCERIA - IRREGULARIDADES - INEXISTÊNCIA, EM PRINCÍPIO -

⁹⁰ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Plenário. Processo nº 010.844/2008-8. Relator: Ministro Augusto Nardes. Data do julgamento: 26.8.2009. Acórdão nº 1919/2009.

⁹¹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. 21ª Câmara Cível. Processo nº 70043120302. Relator: Des. Francisco José Moesch. Data do julgamento: 10.10.2012. DJ de 14.11.2012.

DESCABIMENTO DA LIMINAR PARA SUSPENDER OS PACTOS - AGRAVO PROVIDO.

"Constatando-se que, ao menos em princípio, não há irregularidades na celebração de termo de parceria entre a Municipalidade e Organização da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIP, para a consecução de **serviços de saúde**, sendo desnecessária, em tese, a licitação, nos moldes da Lei nº 8.666/93, substituída, que foi, pelo concurso de projetos previsto na Lei nº 9.790/99 e Decreto nº 3.100/99, é de rigor o indeferimento de liminar, em ação popular, visando sustar a eficácia de tais pactos".⁹²

Isto posto, observa-se a existência de diversas modalidades de cooperação entre a Administração Pública e as OSCIPs reconhecidas como legítimas por nossos Tribunais.

Entretanto, o desrespeito à lei e o desvio de finalidades não são tolerados, aplicando-se sanções de acordo com as irregularidades cometidas nas parcerias. Contrapõem-se aos casos acima elencados realidades como as constatadas no julgamento, pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, da Apelação Cível cuja ementa segue:

APELAÇÃO CÍVEL. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TERMO DE PARCERIA FIRMADO ENTRE MUNICÍPIO E ORGANIZAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO - OSCIP. **TRANSFERÊNCIA, SENÃO TOTAL, QUASE QUE TOTAL, DOS SERVIÇOS DE SAÚDE PÚBLICA MUNICIPAL À INICIATIVA PRIVADA.** IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL. RECURSO DESPROVIDO. 1. **Os serviços públicos de saúde**, nos termos do art. 199, § 1º, da Constituição Federal, **devem ser prestados diretamente pelo Estado, cabendo à iniciativa privada**, no que diz respeito ao sistema único de saúde, **apenas e tão-somente atividades complementares**, mediante contrato de direito público ou convênio. 2. Restando demonstrado nos autos que o Município de Palotina pretende transferir a administração do único hospital público municipal à iniciativa privada, inclusive com o repasse à instituição que for administrá-lo das verbas que lhe cabem no Sistema Único de Saúde, certo ser afirmado, como decidido pelo ilustre magistrado de primeiro grau de jurisdição, que a atividade da instituição privada não será, no que diz respeito à saúde pública, complementar às do município.⁹³
(grifou-se)

Este posicionamento é também evidenciado em decisões da Corte de Contas paranaense:

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELO EX-PREFEITO DO MUNICÍPIO DE MARINGÁ. INSTAURAÇÃO DE TOMADAS DE CONTAS

⁹² TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. 4ª Câmara de Direito Público. Agravo de Instrumento nº 6023285400. Relator: Des. Thales do Amaral. Data do julgamento: 18.12.2008. DJ de 11.2.2009.

⁹³ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. 5ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 0426165-4. Relator: Des. Eduardo Sarrão. Data do julgamento: 17.6.2008. DJ 7684.

EXTRAORDINÁRIAS. CONTRATAÇÃO DE OSCIP MEDIANTE PROCESSO LICITATÓRIO COM A **FINALIDADE DE TERCEIRIZAÇÃO DE MÃO DE OBRA PARA ATENDIMENTO BÁSICO DE SAÚDE**. AUSÊNCIA DE RETENÇÃO DE INSS NAS NOTAS EMITIDAS PELA SODHEBRAS. DELEGAÇÃO DE SERVIÇOS PELA CONTRATADA, EM CONTRARIEDADE AO DISPOSTO NA CLÁUSULA SEXTA DO CONTRATO Nº 25/2009. **TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA**. DAT E MPC PELO NÃO PROVIMENTO. VOTO PELO NÃO PROVIMENTO DO RECURSO DE REVISTA.⁹⁴ (*grifou-se*)

Tomada de Contas Extraordinária. Relatório de Inspeção. Parceria firmada por Município com OSCIP. Lei n.º 9.790/1999 e Decreto n.º 3.100/1999. **Área da saúde. Irregularidade do objeto. Procedência. Imposições: restituição de valores, multas administrativas e recomendações.** Abertura de tomada de contas extraordinária em relação ao período não apurado da mesma parceria.⁹⁵ (*grifou-se*)

RECURSO DE REVISTA. TOMADA DE CONTAS EXTRAORDINÁRIA. PROCEDÊNCIA. TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS. FUNCIONÁRIOS VINCULADOS À SECRETARIA MUNICIPAL. AUSÊNCIA DE ESTRUTURA DA ENTIDADE RECEBEDORA. VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL NÃO COMPROVADA. CONTRADITÓRIO CORRETAMENTE CONCEDIDO. QUANTIFICAÇÃO DO DANO AO ERÁRIO PELA AUSÊNCIA COMPLETA DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA CONTRAPARTIDA EFETIVADA. CONHECIMENTO E NÃO PROVIMENTO DO RECURSO DE REVISTA.⁹⁶

Por conseguinte, a atuação das OSCIPs deverá se pautar na estrita legalidade, conforme o regramento que a delinea, bem como nos moldes fixados pelo Termo de Parceria, instrumento de ajuste entre o ente estatal e a OSCIP, o qual será analisado em seguida.

3.2 AS PARCERIAS COM O PODER PÚBLICO

O Termo de Parceria é o instrumento firmado entre o Poder Público e as entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público o qual, nos termos do art. 9º da Lei nº 9.790/1999⁹⁷ e do *caput* do art. 8º do Decreto

⁹⁴ TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ. Tribunal Pleno. Processo nº 148460/2013. Relator: Nestor Baptista. Data do julgamento: 5.9.2013. DETC de 20.5.2013.

⁹⁵ TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ. Segunda Câmara. Processo nº 323406/2011. Relator: Ivan Lelis Bonilha. Data do julgamento: 8.5.2013. DETC de 20.5.2013.

⁹⁶ TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ. Tribunal Pleno. Processo nº 227862/2012. Relator: Nestor Baptista. Data do julgamento: 11.7.2013. DETC de 17.7.2013.

⁹⁷ 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

nº 3.100/1999⁹⁸, destina-se à formação de vínculo de cooperação entre os mesmos, para o fomento e a execução de atividades de interesse público, de acordo com a previsão do art. 3º da Lei das OSCIPs.

Enuncia Gustavo Justino de Oliveira que a entidade qualificada como OSCIP

“(...) há de expressar sua dedicação às atividades enumeradas no parágrafo único do art. 3º da Lei federal nº 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”⁹⁹

Isto posto, para a formalização do Termo de Parceria, capital o conhecimento prévio acerca de qual destas três formas será a adotada no ajuste, podendo haver, simultaneamente, mais de um modelo; sobre o caráter suplementar ou complementar da parceria, sendo vedada a substituição ou terceirização dos serviços antes prestados pelo Poder Público; a respeito da programação específica do projeto a ser desenvolvido pela OSCIP e, finalmente, no caso de se pactuar a prestação dos denominados “serviços intermediários de apoio”¹⁰⁰, saber de que serviços se tratam, e de que maneira serão prestados.

Destaca Sílvio Luís Ferreira da Rocha o caráter facultativo da parceria. Assim sendo, uma entidade qualificada como OSCIP poderá vincular-se ao Estado, a depender do interesse e da discricionariedade deste, que pode ou não firmar o ajuste¹⁰¹. A atribuição da qualificação de OSCIP não impede que a organização atue independentemente do ente estatal.

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.

⁹⁸ 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.

⁹⁹ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Gestão privada de recursos públicos para fins públicos: o modelo das OSCIP*, p. 220.

¹⁰⁰ O conceito de “serviços intermediários de apoio” está contido no parágrafo único do art. 3º da Lei nº 9.790/1999 c/c o art. 23 do Decreto nº 3.100/1999 e aproxima-se da noção de “serviços a serem executados de forma contínua” do art. 57, II, da Lei nº 8.666/1993. OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Idem*, p. 221.

¹⁰¹ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *op. cit.*, p. 91.

Como preceitua o art. 10 da Lei nº 9.790/1999¹⁰², o Termo de Parceria deverá discriminar direitos, responsabilidades e obrigações dos signatários, e sua celebração será precedida de consulta aos Conselhos de Políticas Públicas das correspondentes áreas de atuação nos respectivos níveis de governo.

O mesmo dispositivo, em seu parágrafo segundo, estabelece as cláusulas essenciais do ajuste, com o objetivo de fixar previamente requisitos imprescindíveis e capazes de viabilizar o controle objetivo das parcerias e de sua execução.

Dispõe o art. 17, do Decreto nº 3.100/1999, que o acompanhamento e a fiscalização por parte do Conselho de Política Pública não pode introduzir nem induzir modificação das obrigações estabelecidas pelo Termo de Parceria celebrado.

Ainda determina que 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. O órgão estatal parceiro informará ao Conselho sobre suas atividades de acompanhamento.

Pode existir mais de um Termo de Parceria de forma concomitante, entre a mesma OSCIP e mesmo ente estatal, de acordo com a capacidade operacional da entidade. Além disso, o ajuste poderá ser celebrado por período superior ao do exercício fiscal, podendo ser prorrogado, segundo art. 13 do Decreto nº 3.100/1999,

¹⁰² 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.

caso o objeto do ajuste não tenha sido efetivamente concluído e desde que haja excedentes financeiros disponíveis com a organização.

Sobre a fiscalização dos resultados atingidos com a parceria, elucida Maria Nazaré Lins Barbosa:

“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 OSCIP (art. 11, §1º, da Lei 9.790/1999). Essa Comissão deverá ser composta por dois membros do respectivo Poder Executivo, um da OSCIP e um membro indicado pelo Conselho de Política Pública da área de atuação correspondente, quando houver (art. 20 do Decreto 3.100/1999). Compete à Comissão de Avaliação monitorar a execução do termo de parceria (art. 20, parágrafo único, da Lei 9.790/1999). A Comissão encaminhará à autoridade competente relatório conclusivo sobre a avaliação procedida. (art. 11, §2º, da Lei 9.790/1999). Os termos de parceria estarão também sujeitos aos mecanismos de controle social”¹⁰³.

Tradicionalmente, as relações entre entidades do Terceiro Setor e o Poder Público são instrumentalizadas por contratos ou convênios. O Termo de Parceria é diverso, guarda características peculiares e procedimentos específicos, não possuindo uma natureza jurídica definida, embora se assemelhe significativamente aos convênios enquanto *“instrumento concebido para o fomento e realização de projetos de interesse público”*¹⁰⁴.

Conseqüentemente, vem à tona a questão da exigência de licitação para a escolha da OSCIP que firmará um Termo de Parceria. O Decreto 3.100/1999 estabelece a obrigatória realização de “concurso de projetos” pelo Poder Público.

Para Maria Nazaré Lins Barbosa têm os Termos de Parceria a natureza de convênios¹⁰⁵, e não de contratos, sendo tais ajustes incompatíveis com o instituto da licitação, posto que não abrangidos pelas normas do art. 2º da Lei nº 8.666/1993.

¹⁰³ BARBOSA, Maria Nazaré Lins. *op. cit.*, p. 510.

¹⁰⁴ BARBOSA, Maria Nazaré Lins. *op. cit.*, p. 499-501.

¹⁰⁵ Neste sentido, leciona Gustavo Justino de Oliveira que os convênios, termos de parceria e contratos de repasse não são contratos administrativos nos termos da concepção clássica dominante, mas sim “acordos administrativos colaborativos”. Assim, a OSCIP poderia firmar com o Poder Público, além de termo de parceria, convênio ou contrato de repasse, com a aplicação dos respectivos regimes jurídicos específicos, e não do aplicável ao termo de parceria. OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Gestão privada de recursos públicos para fins públicos: o modelo das OSCIP*, p. 243-244. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, por sua vez, afirma serem termos de parceria e convênios acordos de vontades em que os partícipes objetivam a um fim de interesse comum, Destaca a autora a colaboração mútua entre Poder Público e entidade e o fato de não integrar a verba repassada o patrimônio da entidade, por não se tratar de preço ou remuneração, mantendo-se como dinheiro público, razão justificadora da obrigação da prestação de contas. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *op. cit.*, p. 576. De fato, não há definição jurídica autônoma da natureza jurídica deste tipo de ajuste.

Marçal Justen Filho, por sua vez, entende obrigatória a licitação para pactuação de Termo de Parceria. Isto porque a ausência desta imposição viabilizaria fraudes e violaria a obrigatoriedade de licitação instituída constitucionalmente¹⁰⁶.

Este entendimento é compartilhado por Tarso Cabral Violin, para quem “a *Administração Pública* deverá realizar licitação *que assegure o atendimento dos princípios da igualdade, moralidade, economicidade, publicidade, dentre outros, para a escolha da entidade celebrante do termo de parceria*”¹⁰⁷ e por Sílvio Luís Ferreira da Rocha, que afirma que a celebração do termo de parceria depende de licitação, uma vez que o mero concurso de projetos previsto legalmente não basta para garantir adequação aos princípios da igualdade, impessoalidade e moralidade¹⁰⁸.

Ante a controvérsia, interessa destacar que a observação da realidade fática demonstra ser inepta a mera realização de concurso de projetos para escolha da OSCIP parceira do Poder Público. Isto porque a escolha discricionária da entidade com a qual se pactua tem facilitado significativamente o cometimento de ilicitudes, o desvio de finalidade das parcerias, a malversação dos recursos públicos repassados.

Adiante neste estudo serão expostas e detalhadas as fraudes que se possibilita serem cometidas em razão de poder a Administração Pública firmar Termos de Parceria sem licitação ou qualquer outra forma de controle pelos meios legais, ainda que o concurso de projetos esteja devidamente regrado pelos dispositivos do Decreto 3.100/1999.

Nesta toada, questiona-se também a obrigatoriedade de licitação para as contratações realizadas pelas OSCIPs parceiras do Estado com a utilização de dinheiro público.

Neste sentido, Tarso Cabral Violin entende que, dada a submissão das entidades, ainda que parcialmente, às regras de direito público, bem como verificado o teor do art. 119 da Lei nº 8.666/1993, as contratações das OSCIPs que recebam recursos públicos deverão ser realizadas por meio de procedimento licitatório.

Reporta-se o autor à emissão do Decreto nº 5.450/2005, o qual estabelece que os Termos de Parceria que envolvam repasse voluntário de recursos da União

¹⁰⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. p. 37.

¹⁰⁷ VIOLIN, Tarso Cabral. *op. cit.*, p. 270.

¹⁰⁸ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *op. cit.*, p. 91-92.

terão que conter cláusula a qual determine que as contratações das OSCIPs sejam realizadas mediante processo de licitação pública¹⁰⁹.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “quanto à licitação, as Oscips estão sujeitas à observância dos Decretos n^{os} 5.504/05 e 6.170/07 (...). Também estão sujeitas às normas do artigo 109 da Lei de Diretrizes Orçamentárias (...)”¹¹⁰.

Assim, ainda que, estabelecida a parceria, a gestão dos recursos públicos passe a ser realizada de modo individualizado pela OSCIP¹¹¹, ainda há que se observar o regime jurídico-administrativo no que tange à realização de despesas com o dinheiro público recebido pela entidade, com a finalidade de persecução dos objetivos e metas fixados para o respectivo ajuste¹¹².

Os repasses financeiros para entidades do Terceiro Setor, incluídas as OSCIPs, podem ser realizados por intermédio de auxílios, contribuições e subvenções sociais.

Em geral, as parcerias firmadas preveem a transferência de recursos por meio das chamadas transferências voluntárias as quais, representando decisão do Poder Público voltada unicamente para atender finalidades públicas, são contrapostas às chamadas transferências obrigatórias, as quais resultam de obrigação constitucional ou legal¹¹³.

O art. 14 do Decreto 3.100/1999 determina que a liberação dos recursos necessários à execução do termo de parceria será feita em conta bancária específica, aberta em Banco indicado pelo órgão estatal parceiro, conforme o respectivo cronograma.

De acordo com o art. 11 da Lei das OSCIPs, a execução do objeto do Termo de Parceria deve ser acompanhada e fiscalizada pelo Poder Público parceiro, pelo Conselho de Políticas Públicas e pela comissão de avaliação de resultados da própria entidade.

Além disso, o art. 12 do Decreto 3.100/1999 estabelece que a OSCIP deverá prestar contas relativamente ao Termo de Parceria ao final de cada exercício

¹⁰⁹ VIOLIN, Tarso Cabral. *op. cit.*, p. 272-273.

¹¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *op. cit.*, p. 576.

¹¹¹ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *O Terceiro Setor e a gestão privada de recursos públicos para fins públicos*, p. 112-113.

¹¹² Por exemplo: o imóvel adquirido pela OSCIP com recursos advindos do Termo de Parceria será gravado com cláusula de inalienabilidade.

¹¹³ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Gestão privada de recursos públicos para fins públicos: o modelo das OSCIP*, p. 235.

financeiro, conforme as normas já impostas em seu estatuto, exigidas para a qualificação.

Afirma Gustavo Justino de Oliveira:

“A transferência de recursos públicos a entidades privadas caracteriza-se como uma das possíveis técnicas de fomento. Presta-se ao menos para dois fins: a) para incentivar que tais entidades privadas, quando lucrativas, por meio do exercício de atividade econômica acabem gerando benefícios públicos e b) para incentivar que entidades não lucrativas passem a realizar atividades de interesse público, gerando igualmente benefícios (sobretudo de modo direto) para a comunidade”¹¹⁴.

Com isso, destaca o autor que é anterior à Lei das OSCIPs e ao Decreto nº 9.790/1999 a possibilidade, prevista em lei, de que o Estado repasse recursos a entidades não lucrativas. No entanto, verificadas as inovações trazidas pelas referidas normas, de caráter eminentemente negocial e colaborativo – ou seja, inseridas na lógica do gerencialismo –, assevera que se trata, aqui, de hipótese de gestão privada de recursos públicos para fins públicos.

Ainda, a concepção de avaliação focada no alcance dos resultados das ações e não na forma de aplicação dos recursos não tem alcançado as mudanças esperadas pelos entusiastas da reforma do Estado. Ao contrário, tem favorecido os desvios de finalidade das parcerias.

Adequadas as ponderações de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“Na prática vem ocorrendo desvirtuamento das Oscips, tendo em vista que os termos de parceria com elas firmados nem sempre observam os seus fins institucionais, que são atividades privadas de interesse público, dentre as previstas no art. 3º da Lei nº 9.790 ou na respectiva legislação estadual e municipal. A participação do Poder Público se enquadra na atividade de fomento: o objetivo é o de incentivar tais entidades pelo fato de prestarem atividade privada de interesse público. Elas não se prestam à delegação de serviços públicos nem podem ser contratadas pela Administração Pública para prestação de serviços ou obra (sob a forma de empreitada) ou para fornecimento de mão de obra, porque isto contraria os objetivos da lei que disciplina a matéria. Elas devem atuar paralelamente ao Estado em seu próprio âmbito de atividade, com a ajuda do Estado, e a celebração de contratos de prestação de serviços ou de fornecimento de mão de obra com Oscip, essa contratação está sujeita às normas de licitação, não podendo fazer-se por meio de termos de parceria.”¹¹⁵.

O desvirtuamento das OSCIPs é extremamente prejudicial: fere o regime jurídico-administrativo, contribui para a corrupção, colabora para que se perpetue o

¹¹⁴ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Idem, p. 226.

¹¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *op. cit.*, p. 576

clientelismo e o patrimonialismo nos espaços públicos, situações estas contra as quais se tem travado uma luta histórica.

Não obstante, mais grave é a ofensa a qual, ainda que indiretamente, tal desvio representa em relação aos direitos fundamentais. A malversação dos recursos alocados para o fomento das atividades do terceiro setor atinge de maneira devastadora a prestação efetiva de serviços que são essenciais para a garantia da dignidade da pessoa humana, postulado primordial de nosso sistema constitucional.

Enfim, reitera-se o entendimento de que, embora represente algum avanço em relação aos regramentos anteriores, a Lei nº 9.790/1999, regulamentada pelo Decreto nº 3.100/1999, ao instituir as OSCIPs e o Termo de Parceria como instrumento para a realização de ajustes com o Poder Público, não escapa dos postulados do neoliberalismo.

Assevera Emerson Gabardo:

“Aliás, esta é a essência da ideia de efetiva participação popular no contexto de um Estado social e democrático de Direito. O cidadão deve ser entendido como sujeito de decisão e não de mera prestação terceirizada de serviços em substituição dos agentes estatais (...) Ainda, é preciso ressaltar que este paradigma democrático não pode ser oposto ao Estado, mas sim deve ser realizado por intermédio do Estado e de seus mecanismos individuais, a partir da configuração de um ‘paradigma de cidadania responsável’.”¹¹⁶

Desta maneira, como o posicionamento adotado neste estudo objetivou verificar, até o presente momento, a compatibilidade entre ideais neoliberais e sistema constitucional brasileiro, concluindo pela não adequação entre os postulados que os orientam, sustenta-se, aqui, que a edição de normas em desarmonia com os preceitos da Constituição, por mais que consubstancie tentativa de aperfeiçoamento do regime jurídico do Terceiro Setor, acaba acarretando consequências indesejáveis, consoante será exposto no próximo tópico deste estudo.

¹¹⁶ GABARDO, Emerson. *Interesse Público e Subsidiariedade*, p. 120.

4 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E AS OSCIPS: O DESVIRTUAMENTO DAS PARCERIAS

A partir das noções desenvolvidas até aqui é possível aprofundar o objetivo central do presente estudo: demonstrar de que modo podem ser prejudiciais os desvios das finalidades propostas para as parcerias entre Administração Pública e Organizações da Sociedade Civil de Interesse público.

Se a irregularidade consistir na adoção de perspectiva neoliberal e que poderá culminar na burla do regime jurídico-administrativo constitucionalmente fixado, há prejuízos evidentes na medida em que se observará a violação de normas cujo propósito é orientar a própria razão de ser do Estado brasileiro.

Ainda mais grave parece ser o cometimento de ilicitudes por parte dos agentes do Poder Público e/ou dos particulares, os quais têm se utilizado das parcerias para apropriar-se de recursos dos provenientes dos cofres públicos.

A combinação de ambos os desvios é, portanto, efetivamente desastrosa, pois culmina em situação na qual o Estado abdica de sua responsabilidade no atendimento das demandas sociais, delegando-as para uma entidade que não presta o serviço na forma ajustada e os recursos públicos são desperdiçados pelos desvios de finalidade na sua utilização.

Dentre as danosas consequências, a mais relevante parece ser a de deixar a população desassistida justamente nos seus direitos fundamentais, sendo os recursos destinados a este fim indevidamente apropriados por particulares e, não em raro, por agentes públicos.

Assim, partindo-se de uma relação lógica, pode-se afirmar que: i) respeitados os fundamentos de nosso sistema constitucional, a existência de entidades do Terceiro Setor é benéfica, bem como a atividade da Administração Pública visando seu fomento; e ii) é possível a aplicação adequada da Lei das OSCIPs, afastando-se resquícios de neoliberalismo que possam estar presentes em seus dispositivos, de modo a promover verdadeira e desejável cooperação entre Estado e sociedade civil.

No entanto, a realidade fática vem demonstrando que os aludidos postulados elementares não têm sido atendidos e que, de maneira peculiar no que tange às parcerias entre o Poder Público e as OSCIPs, os casos em que as

finalidades dos ajustes são desviadas em prol do favorecimento pessoal de administradores públicos, de integrantes de entidades e até mesmo de terceiros são, lamentavelmente, a maioria.

4.1 A UTILIZAÇÃO, PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, DAS PARCERIAS COM AS OSCIPS E AS CONSEQUÊNCIAS DE SEU DESVIRTUAMENTO

Como já ressaltado, a edição de Lei nº 9.790/1999 e a criação das OSCIPs viabilizou o implemento da cooperação entre Administração Pública e iniciativas particulares (privadas) capazes de satisfazer demandas sociais, por meio do fomento, sem que com isso houvesse qualquer renúncia estatal ao dever de prestar serviços públicos.

Entretanto, na prática, tem se constatado que esta forma específica de fomento vem sendo realizada à margem do regime jurídico-administrativo, exatamente como forma de esquivar o Poder Público dos princípios que norteiam a atividade administrativa. Em consequência, constata-se elevado índice de atos de corrupção tendo como protagonistas entidades do Terceiro Setor, notadamente as OSCIPs.

É conveniente, neste passo, notícia veiculada nos meios de comunicação, a qual ganhou destaque muito recentemente:

OPERAÇÃO ESOPPO INVESTIGA FRAUDES E REALIZA PRISÕES EM MINAS

Vinte e duas pessoas foram presas no país, sendo 15 em Minas. Entre os detidos está o assessor do ministro do Trabalho, em Brasília.

Uma operação realizada pela Polícia Federal prendeu 22 pessoas no país nesta segunda-feira (9), sendo 15 em Minas Gerais. A "Operação Esopo", que combate fraudes em licitações e desvio de recursos públicos, é realizada em 10 estados e no Distrito Federal. A ação também apreendeu materiais em várias cidades brasileiras.

Segundo a Polícia Federal, **o esquema criminoso funcionava com a participação de uma Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (Oscip)** e de empresas, pessoas físicas, agentes públicos, prefeituras, governos estaduais e ministérios do governo federal. Em cinco anos, o **prejuízo seria de R\$ 400 milhões**, em 10 estados e no Distrito Federal.

Conforme a polícia, **a organização envolvida no esquema criminoso se valeu da justificativa de atuar em parceria com o poder público para obter lucros**. A operação envolve também o Ministério Público Federal, a

Controladoria Geral da União e a Receita Federal. Ao todo, a ação consiste no cumprimento de 101 mandados judiciais, sendo 44 de busca e apreensão, 20 de sequestro de valores, bens móveis e imóveis, 25 de prisão temporária e 12 mandados de condução coercitiva. Destes 12 mandados, 11 foram cumpridos em Minas. Foram apreendidos documentos, carros de luxo e R\$ 500 mil em dinheiro.

Segundo Israel Carvalho, da Controladoria Geral da União, o esquema passou a ser investigado após uma denúncia do CGU à Receita Federal sobre irregularidades encontradas na prestação de contas e a **possível sonegação de impostos referentes a operações da Oscip** no programa Pró-Jovem, do Governo Federal, em 2011.

O delegado da Polícia Federal Marcelo Freitas, de Montes Claros, explica que o programa foi **o foco principal das investigações, que se expandiram para outros contratos e até para outras Oscips que teriam sido criadas pelos diretores da Oscip IMDC, tendo em vista a oportunidade de lucrar mais a partir de outros contratos. O delegado afirma, ainda, que servidores públicos encontraram formas de facilitar os contratos para operações da organização com órgãos públicos em troca de propinas consideravelmente altas.**

Várias pessoas foram detidas em Belo Horizonte, entre elas o superintendente de administração da Federação das Indústrias do Estado de Minas Gerais (Fiemg), Nelson de Souza Dabés Filho, o ex-diretor do Instituto de Desenvolvimento do Norte e Nordeste de Minas Gerais (Idene), Walter Antônio Adão, o presidente do Instituto Mundial do Desenvolvimento e da Cidadania (IMDC), Deivson Oliveira Vidal, e o ex-deputado federal mineiro Osmânio Pereira de Oliveira.

Em Brasília, o secretário executivo do Ministério do Trabalho, Paulo Roberto Pinto, foi conduzido coercitivamente à Polícia Federal, ouvido e liberado. Roberto foi ministro interino da pasta de dezembro de 2011 a maio de 2012. Ele não foi localizado pelo G1. Anderson Brito, assessor do ministro do Trabalho, Manoel Dias, não foi encontrado e é considerado foragido, uma vez que consta em aberto mandado de condução coercitiva contra ele. Agentes disseram que os materiais apreendidos vão ser encaminhados para Minas Gerais. A PF de Brasília informou que não vai se pronunciar a respeito do caso.

Em Belo Horizonte, a ex-braço direito de Marcos Valério, Simone Reis Lobo de Vasconcelos, tinha uma empresa de fachada e fornecia notas forjadas de empenho para a Fiemg. Ela foi levada pela polícia e, após depoimento, foi liberada. Segundo o advogado Leonardo Isaac, que representa Simone, ela é sócia de uma empresa de locação de transporte que foi contratada pela Fiemg para a realização de um evento de moda. Após a prestação do serviço, segundo Simone, a federação exigiu a emissão da nota em nome do IMDC. A Fiemg ainda não se posicionou sobre a emissão desta nota.

O ex-prefeito de Januária Maurílio Arruda está preso na Polícia Federal em Montes Claros, no Norte de Minas Gerais. Segundo o advogado dele, Arruda apresentou o decreto nº 2.999 de 2 de janeiro de 2009, no qual ele dispôs a **responsabilidade fiscal, tributária e previdenciária a agentes políticos do município.**

Porém, o procurador federal André Vasconcelos afirma que no caso de Maurílio Arruda apurou-se que **a assessoria jurídica do município de Januária emitiu pareceres contrários à contratação deste instituto fantasma, apontando todas as ilegalidades. “A despeito da negativa da assessoria jurídica, o então prefeito, que é advogado e ciente de todas as irregularidades, bancou a contratação e o pagamento com verbas federais a esse instituto, por isso as provas contra ele são mais incisivas”,** diz o procurador.

Outras prefeituras em Minas Gerais são alvo da investigação, entre elas Araçuaí, no Vale do Jequitinhonha, São João da Ponte, Coração de Jesus e Taiobeiras, no Norte do estado, e Três Corações, na Região Sul.

Os ex-prefeitos de São João da Ponte Fábio Luis Cordeiro, de Coração de Jesus Antonio Cordeiro e de Taiobeiras Demerval Germano da Cruz prestaram esclarecimentos na tarde desta segunda-feira também na sede da Polícia Federal em Montes Claros. Cordeiro está preso desde agosto deste ano acusado de envolvimento em outras fraudes em licitações.

O ex-prefeito de Araçuaí, no Vale do Jequitinhonha, deve ainda prestar esclarecimentos ainda nesta segunda-feira.

Procurada pela G1 sobre a operação, a assessoria de imprensa da Fiemg disse que a federação acompanha a ação da Polícia Federal, mas que não tinha um posicionamento até 15h30. A federação informou que deve se posicionar por meio de nota.

Com relação às supostas irregularidades no contrato entre o Instituto de Desenvolvimento do Norte de Minas Gerais (Idene) e o Instituto Mundial de Desenvolvimento e da Cidadania (IMDC), o governo de Minas informa que está colaborando com a apuração. O Idene já disponibilizou todos os documentos requisitados pela Polícia Federal.

O governo informa também que, logo após o surgimento das primeiras denúncias, no final de 2010, rescindiu os contratos firmados pelo Idene. Além disso, instaurou sindicância para apurar irregularidades praticadas pelo IMDC.

O G1 tentou entrar em contato, por telefone, com o escritório de Osmânio Pereira, mas as ligações não foram atendidas. Na sede do IMDC, até as 15h20, ninguém havia sido encontrado para comentar o caso.

Operação Esopo

A operação da Polícia Federal tem o nome “Esopo” como uma referência ao escritor grego autor da fábula “Lobo em pele de cordeiro” e é usado para explicar a conduta da Oscip investigada.

De acordo com a investigação, **a organização criminosa fraudava licitações e direcionava a contratação dos serviços à Oscip. A PF aponta que, após firmado o contrato, os serviços eram superfaturados ou não eram executados. O dinheiro da fraude era repassado às empresas que participavam do esquema, com retorno desses valores para os agentes públicos envolvidos.**

Os envolvidos podem responder por **formação de quadrilha, falsidade ideológica, corrupção ativa e passiva e lavagem de dinheiro**, entre outros crimes. As penas máximas podem chegar a 30 anos.¹¹⁷

Embora a notícia aqui cotejada ganhe especial relevo dadas as múltiplas ilegalidades cometidas, as quantias vultosas envolvidas e a participação de diversas OSCIPs e entes estatais em um grande esquema de corrupção, não se pode afirmar que tais circunstâncias representem fato isolado.

A responsabilização criminal dos envolvidos na consumação das ilicitudes averiguadas na situação em comento, embora explicita a gravidade dos fatos, não é tão relevante para o presente trabalho. Importa, aqui, comentar juridicamente o conteúdo da reportagem transcrita sob o viés do Direito Administrativo, apontando de que modo a atuação do ente estatal e dos particulares envolvidos se relaciona

¹¹⁷ ANDRADE, Luíza. *Operação Esopo investiga fraudes e realiza prisões em Minas*. G1 MG, Belo Horizonte, 9. set. 2013. Disponível na Internet: <<http://g1.globo.com/minas-gerais/noticia/2013/09/operacao-esopo-investiga-fraudes-e-realiza-prisoas-em-minas.html>> Acesso em 17 de outubro de 2013.

com dispositivos como a Lei das OSCIPs e com o regime jurídico-administrativo constitucionalmente fixado.

Inicialmente, frise-se que toda a construção teórica até aqui elaborada indica que não só as OSCIPs, mas as entidades do Terceiro Setor como um todo, por essência, devem ter sua atuação direcionada ao atendimento das necessidades coletivas, sem o objetivo de lucro.

A notícia em tela aponta que a entidade parceira se utilizava dos ajustes firmados com diversos entes estatais – posto que não há vedação legal para que a OSCIP firme mais de um Termo de Parceria, caso possua a apropriada capacidade operacional – para obter ganhos sem prestar satisfatoriamente qualquer tipo de utilidade à população, distribuindo os recursos recebidos, provenientes dos cofres públicos, entre indivíduos envolvidos no esquema de corrupção, proporcionando-lhes vantagens pessoais em detrimento do interesse público.

A falta de um método objetivo de escolha da entidade parceira, como a licitação, na situação em análise, foi determinante para que as irregularidades tomassem proporções desastrosas. Por este motivo, reforça-se a ideia de que, ao firmar Termos de Parceria, o Poder Público deve utilizar inarredavelmente procedimentos que assegurem o efetivo atendimento do interesse público e o respeito aos princípios reitores da Administração Pública. Caso contrário, facilita-se fraudes, como se atesta a partir dos fatos acima narrados.

Por fim, cumpre registrar que o desvio de recursos do erário, a burla à licitação, a terceirização indevida de serviços públicos, com a contratação de pessoal sem concurso público e o não desenvolvimento ou prestação inadequada das atividades e obrigações pactuadas podem ser apontadas como as ilicitudes mais comuns quando um Termo de Parceria, pela ação de agentes públicos e de particulares, tem suas finalidades desvirtuadas, não constituindo estas antijuridicidades, lamentavelmente, peculiaridades do caso analisado.

Apenas como forma de ilustrar esta constatação, importa indicar que, em breve pesquisa ao *site* “g1.globo.com”, com o verbete “OSCIP”, são encontrados mais de 240 resultados. A maior parte das informações divulgadas diz respeito ao cometimento de fraudes com a participação destas entidades¹¹⁸. Também são obtidos informes semelhantes no *site* do Tribunal de Contas do Estado do Paraná¹¹⁹.

¹¹⁸ A título exemplificativo, seguem reproduzidas algumas das manchetes visualizadas, todas relacionadas a ilícitos decorrentes de parcerias entre ente estatal e OSCIP: “Entidade terá que

Esta realidade desoladora é reflexa do desvirtuamento da utilização das OSCIPs. De fato, trata-se de casos nos quais *“os Termos de Parceria (...) são firmados com o claro propósito de fuga ao regime jurídico de direito público, estabelecendo finalidades abstratas, amplas, sem qualquer critério de avaliação, com transferência de recursos públicos que acabam sendo utilizados para fins diversos do quanto estabelecido legalmente.”*¹²⁰.

A manifesta fraude à gestão da coisa pública proporcionada pelas parcerias entre OSCIPs e Administração Pública permite afirmar que as vantagens finalísticas atribuídas a esta forma de ajuste se encontram quase que absolutamente suplantadas pelas ilegalidades que rondam sua utilização.

Isto se comprova pelo fato de que tanto o Poder Judiciário quanto os Tribunais de Contas têm, com bastante frequência, proferido decisões desfavoráveis em relação à regularidade da pactuação e execução dos ajustes.

Pronuncia-se o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. NULIDADE DE TERMOS DE PARCERIA FIRMADOS ENTRE O MUNICÍPIO DE CASCAVEL E A ASSOCIAÇÃO ASSISTENCIAL E EDUCACIONAL NOVA ALIANÇA - ANA PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE SAÚDE. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. RECURSO DA SEGUNDA RÉ. PRELIMINAR DE INCOMPATIBILIDADE DE PEDIDOS. INEXISTÊNCIA. PEDIDO DE NULIDADE DOS TERMOS DE PARCERIA QUE DECORRIAM, ENTRE OUTROS MOTIVOS, DA FALTA DE PRESTAÇÃO DE CONTAS OPORTUNA. PEDIDO DE CONDENAÇÃO DA RÉ NA OBRIGAÇÃO DE PRESTAR AS CONTAS QUE ESTÁ INTIMAMENTE LIGADO AO PEDIDO DE NULIDADE DOS TERMOS DE PARCERIA. INEXISTÊNCIA DE INCOMPATIBILIDADE TÉCNICA. PRELIMINAR AFASTADA. MÉRITO. NULIDADE DOS TERMOS DE PARCERIA EVIDENCIADA. LEI N.º 9790/99. DESCUMPRIMENTO DE VÁRIOS REQUISITOS LEGAIS PARA QUALIFICAÇÃO DA APELANTE COMO OSCIP E PARA A FORMALIZAÇÃO DOS TERMOS. DUPLA QUALIFICAÇÃO DA APELANTE, SEM OPÇÃO PELA OSCIP NO PRAZO LEGAL EVIDENCIADA. FINALIDADE ESTATUTÁRIA DA APELANTE

devolver R\$ 5,2 milhões à Prefeitura de Itapetininga”; “Juiz bloqueia bens de responsáveis por desvios em Oscip de Londrina”; “Justiça condena 13 que montaram Oscip no PR para desviar dinheiro”; “Quase 30 mil alunos de ensino a distância do IFPR voltam às aulas: Aulas estavam interrompidas desde agosto após investigação de fraudes”; “MPT ajuíza ação contra Prefeitura de Maceió e empresa Oscip Tocqueville”; “Oscip de Erechim, RS, não poderá mais administrar vagas estacionamentos na cidade”; “TCE-PR acusa prefeito de Piraí do Sul de prestação irregular de contas”; “Fraudes na contratação de ONGs e OSCIPs são investigadas pela CGU”, “MP investiga terceirização no serviço de saúde pública em Casa Branca, SP”, “MP acusa ex-prefeito de Foz do Iguaçu de enriquecimento ilícito: Prefeitura e OSCIP fizeram 1.251 contratações irregulares, diz promotor”.

¹¹⁹ Para mencionar apenas os mais recentes: “Prefeito de Piraí do Sul e dirigente de Oscip devem devolver R\$ 416 mil”, “Convênio para manter hospital em Matinhos tem R\$ 500 mil irregulares” e “Tomada de Contas Extraordinária apura contrato com Oscip em Maringá”.

¹²⁰ TOURINHO, Rita. *op. cit.*, p. 09.

(ASSISTÊNCIA SOCIAL) DISTINTA DO OBJETO DOS CONTRATOS (SERVIÇOS DE SAÚDE). DESRESPEITO AO PRINCÍPIO DA UNIVERSALIDADE DO ATENDIMENTO À SAÚDE. AUSÊNCIA, ADEMAIS, DE PRÉVIO CONCURSO DE PROPOSTAS OU DE PRÉVIA MOTIVAÇÃO RAZOÁVEL PARA A ESCOLHA DA APELANTE PARA FIRMAR OS TERMOS DE PARCERIA. IRREGULARIDADES QUE DESVIRTUAM E NULIFICAM OS TERMOS DE PARCERIA. DESVIO DE FINALIDADE DO CONTRATO E MALVERSAÇÃO DA VERBA PÚBLICA QUE IMPLICA NA DECRETAÇÃO DE NULIDADE DOS ATOS QUESTIONADOS E DAS RESPECTIVAS TAXAS PAGAS À APELANTE. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA MANTIDA. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO.¹²¹ (grifou-se)

O Conselho Nacional de Justiça também já se posicionou acerca de irregularidades e desvios de finalidades nas parcerias entre Administração Pública e OSCIPs, como se observa:

PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS. LEILÃO JUDICIAL ELETRÔNICO – LEJ. INSTITUTO NACIONAL DE QUALIDADE JUDICIÁRIA – INQJ. OSCIP. SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO. SOCIEDADE COMERCIAL COM FINS LUCRATIVOS. TERMOS DE PARCERIA CELEBRADOS PELO INQJ COM ÓRGÃOS DO PODER JUDICIÁRIO, VALENDO-SE DA CONDIÇÃO DE OSCIP.

1. A conduta da magistrada na direção do Instituto Nacional de Qualidade Judiciária – INQJ, sob aspecto disciplinar, é objeto de apuração em procedimento específico no âmbito do Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

2. O INQJ, valendo-se de sua condição de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP, firmou parcerias com órgãos do Poder Judiciário para oferecer serviços especializados de informática produzidos pelo sócio oculto, a sociedade empresária S4B DIGITAL DESENVOLVIMENTO DE TECNOLOGIA MULTIMÍDIA LTDA. Essas **parcerias evitaram a licitação exigível** se esses serviços fossem contratados diretamente com a empresa S4B.

3. É ilegal o monopólio realizado pelo Instituto Nacional de Qualidade Judiciária - INQJ para a realização de leilões eletrônicos judiciais, em benefício da empresa SB4 DIGITAL DESENVOLVIMENTO DE TECNOLOGIA MULTIMÍDIA LTDA. **A atuação do INQJ como sócio ostensivo da sociedade em conta de participação é ilegal e incompatível com a sua qualidade de OSCIP.**

4. Procedência do pedido de providências para determinar o desfazimento dos termos de parceria firmados com o Instituto Nacional de Qualidade Judiciária – INQJ, sem licitação, que tenham por objeto a implementação e gestão Projeto LEJ - Leilão Eletrônico Judicial.¹²²

Cumpra mencionar, aqui, que a decisão transcrita foi objeto do Mandado de Segurança nº 28086/DF, impetrado perante o Supremo Tribunal Federal, o qual já

¹²¹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. 4ª Câmara Cível. Processo nº AI 7291203 PR 0729120-3. Relatora: Des. Maria Aparecida Blanco de Lima. Data do julgamento: 22.3.2011. DJ 601.

¹²² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Plenário. Pedido de Providências - Conselheiro nº 0002087-75.2008.2.00.0000. Relator: Conselheiro Ministro José Adonis Callou de Araújo Sá. Data do julgamento: 14.4.2009. 82ª Sessão.

teve a ordem denegada em decisão monocrática do Relator, porém ainda resta pendente de julgamento pelo Plenário da Corte.

Isto posto, é admissível apontar que a eficiência figura prontamente como a primeira tese dos defensores das parcerias como forma de “desburocratização” do aparelho estatal que pode ser afastada.

É sabido que o grande mote proposto pelos idealizadores da Reforma do Estado era viabilizar a prestação mais eficiente dos serviços públicos, diante da “crise” de um Estado excessivamente “burocrático”, incapaz de atender satisfatoriamente todas as demandas que recaíssem sobre si.

Todavia, após mais de uma década da implantação do modelo das OSCIPs, conforme atesta Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *“não está comprovada a eficiência ou, pelo menos, quais seriam os beneficiários dessa eficiência: seriam os usuários dos serviços públicos do Estado? Seriam os clientes particulares? Ou seriam os dirigentes dessas entidades ditas de apoio, que complementam seus vencimentos com receitas oriundas da utilização do patrimônio público?”*¹²³.

De acordo com o que se comprova a partir da observação dos fatos, sobretudo pelas decisões jurisprudenciais e pela exposição dos que ganharam notoriedade na mídia, referentes à malversação dos recursos públicos e à prática de ilícitos por intermédio das parcerias entre ente estatal e OSCIPs, a eficiência, de maneira preponderante neste âmbito, não é atingida, sequer tangenciada.

Os serviços públicos sociais, nestas hipóteses, não são prestados de maneira mais eficiente do que seriam caso as atividades fossem desenvolvidas diretamente pela Administração Pública. Como grande parte dos repasses é utilizada para finalidades diversas das pactuadas - e quase sempre ilícitas - o serviço público social não chega a ser efetivamente prestado, ou não é ofertado como deveria.

Para demonstrar, de modo cabal, o raciocínio desenvolvido, cabe mencionar a decisão proferida pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, a qual versa sobre parceria firmada com o objeto de desenvolver e operacionalizar o Programa Saúde da Família – PSF e Saúde Bucal:

Em exame, prestação de contas do exercício de 2008, no valor de R\$ 512.598,73 (fls. 530), decorrente de termo de parceria celebrado entre a

¹²³ Embora a autora trate, aqui, das chamadas entidades de apoio, entendemos ser pertinente a crítica também no que tange à utilização das OSCIPs. DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*, p. 230.

Prefeitura Municipal de Silveiras e o Centro Integrado e Apoio Profissional - CIAP, tendo por objeto o desenvolvimento e a operacionalização do Programa Saúde da Família – PSF e Saúde Bucal.

Segundo a fiscalização, após visita in loco, foi constatado, pelo princípio da amostragem, “que a entidade apresentou comprovações reguladas pelas normas estabelecidas nas Instruções Consolidadas TCESP nº 02/2007, tendo o Órgão Concessor emitido os respectivos pareceres conclusivos favoráveis, nos termos ali constantes, consoante se infere às fls. 05/06”, mediante a realização, no exercício de 2008, de 5676 consultas médicas, 2430 atendimentos médicos e de enfermagem, 5.950 solicitações de exames complementares, 485 encaminhamentos médicos e 230 pacientes marcados para avaliação.

Em razão de a **entidade ter seu nome envolvido em diversas denúncias veiculadas pela imprensa**, os autos retornaram a UR-14, para que, por ação própria, trouxesse as cópias dos termos de parceria e dos documentos comprobatórios de prestações de contas.

Com a juntada dos documentos, a fiscalização constatou que **o termo de parceria foi firmado sem a realização de concurso de projetos; não apresentou os demonstrativos ou pareceres técnicos que indicassem as vantagens para a celebração da parceria; inobservância às regras do artigo 16 da LRF; não há detalhamento da remuneração e benefícios de pessoal a serem pagos com recursos oriundos da parceria; cobrança de despesas administrativas na ordem de R\$ 189.223,35, não mencionadas no termo; ausência no plano de trabalho de metas quantitativas dos programas; não foram relacionadas as despesas; não apresentou a conciliação bancária do mês de dezembro da conta corrente específica aberta em instituição financeira oficial; e terceirização de mão de obra.**

A municipalidade compareceu aos autos e defendeu a regularidade da taxa administrativa; informou que seria difícil quantificar metas no plano de trabalho. Além disso, acresceu que a entidade apresentava prestação de contas mensais, sendo, também, aceita a forma de contratação de funcionários que se deu no âmbito regional mediante chamamento público.

É o relatório.

Voto

O parecer conclusivo não refletiu a realidade do que, de fato, ocorreu com parte dos recursos repassados, com destaque para a ausência de apontamentos relacionados à destinação da taxa de administração, no valor de R\$ 189.223,35.

Evidencia-se, pois, a **não observância aos mecanismos de controle interno**, nos termos preconizados pelo artigo 74, II1, da Constituição Federal.

Era de se esperar, em razão do poder-dever, que a Administração impugnasse os valores referentes à respectiva taxa de administração, no importe de R\$189.223,35. Ademais, o silêncio da beneficiária, mesmo após concessões de prazo para que justificasse e detalhasse os respectivos custos, apenas corrobora a assertiva de que tais valores são referentes ao **lucro obtido pela entidade, contrariando, por essa razão, a essência da parceria.**

Neste sentido, destaco trecho do voto proferido pelo e. Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues, nos autos do TC-927/006/07, senão vejamos:

“Ademais, verificou-se frágil o controle da Prefeitura de Sertãozinho sobre a aplicação dos valores; não só com seleção aos gastos diretos com os projetos - que pela ausência de fixação das metas inviabiliza aferir a razoabilidade dos resultados – como também das despesas indiretas – sobre as quais não incidiu qualquer controle em razão da transferência dos recursos para a conta matriz do CIAP.(g.n.)”

De outro norte, o valor de R\$ 323.375,38 poderá ser entendido como aplicado na finalidade do termo de parceria, visto que destinado à remuneração dos colaboradores destacados para a realização do programa,

consoante, inclusive, se verifica dos relatórios da fiscalização constante das fls. 07/08 e 11/12.

No entanto, **a contratação de agentes comunitários de saúde deveria ter sido realizada mediante seleção pública, nos termos do exigido pela Lei Federal nº 11.350/06**, conforme dispõe o artigo 172 do referido diploma, o que não ocorreu, comportando, pois, severas recomendações à municipalidade.

Pelo exposto e com fundamento no artigo 33, III, “b”, da Lei Complementar nº 709/93, meu voto julga irregulares as contas prestadas pelo Centro Integrado e Apoio Profissional - CIAP acerca dos valores a ele transferidos durante o exercício de 2008. Condena a mesma entidade, com fundamento no artigo 36, “caput”, da lei complementar acima mencionada, a recolher, no prazo de lei, o valor do débito, que ora se fixa em R\$ 189.223,35, atualizado monetariamente desde a data do repasse e acrescido dos juros de mora cabíveis, aos cofres do Município de Silveiras. Multa também, com fundamento no artigo 104 da Lei Complementar nº 709/93, o então Prefeito Municipal, Edson Mendes Mota, em 160 UFESP's, por deixar, nos termos do artigo 74 da Constituição Federal, de promover o efetivo controle financeiro relacionado às despesas do beneficiário, por não impugnar o valor referente à taxa de administração. Propõe, por conseguinte, o acionamento do disposto nos incisos XV e XXVII do artigo 2º da mesma norma legal. Por último, propõe severa recomendação à Prefeitura Municipal de Silveiras para: a) reforçar os mecanismos de controle interno, gerenciando e acompanhando suas parcerias com as entidades do terceiro setor, de modo a evitar situações como as reveladas nestes autos; b) atentar, em situações da espécie, com rigor, aos dispositivos constantes da Lei federal nº 9.790/99 e do Decreto nº 3100/99; c) contratar os agentes comunitários de saúde mediante seleção pública, nos termos da Lei nº 11.350/06.¹²⁴ (grifou-se)

Como se vê, a parceria foi firmada com a finalidade de executar um programa de governo, com recursos públicos, tendo sido escolhida a OSCIP em detrimento da atuação direta da Administração Pública, em prol da eficiência. Contudo, o que se verificou no caso concreto foi o não atingimento dos objetivos pactuados e a realização deficiente de atividades que poderiam ter sido executadas diretamente pelo Poder Público. Houve desperdício dos repasses, cometimento de ilicitudes, e a eficiência jamais foi atingida.

Assim, não se sustenta uma lógica segundo a qual os repasses são realizados em prol do oferecimento de utilidades que nunca serão usufruídas pelo cidadão. A ausência de prestação dos serviços, ou até mesmo seu fornecimento precário pela OSCIP é ainda mais grave quando o Poder Público realiza a parceria com o intuito de delegar – totalmente e indevidamente - sua responsabilidade em

¹²⁴ TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. Segunda Câmara. Processo nº 000556/014/09. Relator: Conselheiro Robson Marinho. Data do julgamento: 1.10.2013.

relação a direito fundamental específico, como é comum que se faça em relação à saúde¹²⁵.

Nesta hipótese, a população resta absolutamente desassistida, pois são gravemente infringidos os alicerces de nosso sistema jurídico consagrados na Constituição, notadamente a dignidade da pessoa humana e a conformação de um Estado que não deve ser apenas subsidiário, mas provedor do necessário às garantias fundamentais inscritas no mesmo diploma.

De qualquer forma, assinala Maria Sylvia Zanella Di Pietro que, mesmo que se demonstre o atingimento da tão almejada eficiência, para que se possa colher os aspectos positivos da experiência das parcerias entre entidades do Terceiro Setor – aqui, mais especificamente, das OSCIPs – e o Estado, imperativo fazer prevalecer o Direito, as normas jurídicas vigentes no ordenamento¹²⁶.

Pontua a autora que, inegavelmente, a certeza da impunidade pode ser apontada como uma das razões para o constante e crescente desvio de finalidade a que são submetidas as relações entre o ente estatal e o Terceiro Setor em geral.

Sobressai o fato de que, no direito brasileiro, as regras que obstaculizam as autoridades administrativas em sua execrável busca por favorecimentos pessoais e demais finalidades desconformes aos princípios constitucionais e à legislação vigente, com a utilização e a apropriação da coisa pública, são sumariamente afastadas e substituídas por institutos paralelos, sem fundamento no direito positivo ou no arcabouço principiológico, embora por vezes com roupagem que assegure uma aparência de legalidade¹²⁷.

Além disso, há que se considerar que a atuação estatal deve ocorrer em conjunto com o fomento das atividades do Terceiro Setor. Nesse sentido, ressalta Tarso Cabral Violin que, na realidade atual:

“O Estado, ao deixar de prestar diretamente os serviços sociais, repassando a execução para o ‘terceiro setor’, abstém-se de fazer uma política social universal compulsória, não-contributivista e gratuita, com programas nacionais e regionais, e constitutiva de direitos sociais. O ‘terceiro setor’ realiza uma política de ações pontuais, setorializadas, focalizadas, segmentadas, incapazes de cobrir suficientemente as grandes massas em situação de exclusão. Por exemplo, prefere-se repassar dinheiro para que

¹²⁵ Não se pode olvidar, todavia, a relevância dos demais direitos constantes do extenso e não exaustivo rol de finalidades que podem ser atendidas pelas OSCIPs, fixado no art. 3º da Lei nº 9.790/1999.

¹²⁶ DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*, p. 232.

¹²⁷ DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. *Idem*, p. 233.

entidades do 'terceiro setor' atuem em defesa dos direitos da criança, do adolescente, do idoso, ao revés de estruturar uma 'sucateada' defensoria pública; que elas prestem serviços de capacitação, ao invés de investimentos em escolas e universidades estatais; assim como atendam portadores da doença 'X', em vez de investimentos em hospitais públicos. A sociedade política, seja em governos de direita, centro ou ditos de esquerda, vem se desresponsabilizando quanto aos serviços sociais, repassando a gestão da educação, saúde, assistência social, cultura, entre outros, às entidades do 'terceiro setor', antes executados diretamente pelo Estado"¹²⁸.

O autor, ao explicar que *"as entidades sociais terão o seu espaço num verdadeiro Estado social democrático de direito, mas não como substitutas das funções do Estado"*¹²⁹, rebate o argumento de que a transferência das responsabilidades sociais do Estado seria necessária devido a problemas orçamentários.

Com efeito, se as parcerias com as entidades do Terceiro Setor, especificamente com as OSCIPs, são firmadas para o fomento de suas atividades por intermédio da realização de repasses financeiros (transferências voluntárias), a questão do equilíbrio econômico-financeiro não se sustenta: se há dinheiro para ser entregue à iniciativa privada, trata-se de escolha do agente público a não utilização de tais valores para a prestação direta dos serviços sociais pelo Estado¹³⁰.

É sabido que, quanto ao grau de liberdade do administrador público, temos os atos administrativos vinculados e os discricionários. A máxima é a de que não há ato totalmente vinculado nem totalmente discricionário, apenas atos que são potencialmente mais um do que o outro.

Os atos administrativos discricionários compreendem certa margem de liberdade, delineada pelo ordenamento jurídico, para que o administrador público os pratique conforme a oportunidade e a conveniência. O ordenamento jurídico mantém o contorno da legalidade, da juridicidade, enquanto o governante tem este *"campo para uma apreciação que comporta certo subjetivismo"*¹³¹, porque o legislador não é capaz de prever todas as hipóteses nas quais determinado ato deve ser praticado. Entretanto, se o ato discricionário não levar em conta a legalidade, será arbitrário.

¹²⁸ VIOLIN, Tarso Cabral. *op. cit.*, p. 281-282.

¹²⁹ VIOLIN, Tarso Cabral. *Idem*, p. 151.

¹³⁰ VIOLIN, Tarso Cabral. *Idem*, p. 283.

¹³¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *op. cit.*, p. 424.

Há, portanto, limites à discricionariedade a ser exercida pelo administrador, os quais devem ser observados também quando da escolha do modo de utilização dos recursos públicos para o atingimento de finalidades também públicas.

Ante a tais ponderações, Tarso Cabral Violin afirma serem os argumentos do gerencialismo-neoliberal meros pretextos para a desresponsabilização do Estado e para a fuga do regime jurídico-administrativo, cuja materialização se verificaria com a burla das exigências constitucionais do concurso público e da licitação, que reputa serem procedimentos essenciais para o atendimento aos princípios da moralidade e da isonomia¹³².

Exemplifica, de modo perfeito, a crítica elaborada:

“Muito se alardeia que investindo no ‘terceiro setor’ estar-se-á investindo no voluntariado. Esquece-se que hoje em dia propagam-se notícias de que o ‘terceiro setor’ está sendo um grande empregador, além dos ganhos de remuneração de dirigentes de entidades como as OSCIPs, ou em muitos casos de forma indireta, em que a entidade contrata a empresa de um parente, ou mesmo desvia dinheiro mediante, por exemplo, superfaturamento em suas compras. As pessoas também se distanciam do voluntariado e se transformam em ‘pilantrópicas’ quando instituem organizações ‘de fachada’, e apenas perseguem vantagens e como objetivo final o lucro.”¹³³

Entende-se, diante desta conjuntura, que as diversas e recorrentes irregularidades constatadas podem ser atribuídas ao desrespeito ao ordenamento jurídico vigente o qual, como analisado, fornece as ferramentas para que o desenvolvimento das relações entre o Estado e o Terceiro Setor ocorra de modo a trazer mútuos benefícios.

Neste mesmo sentido, sublinha Sílvio Luís Ferreira da Rocha que a Administração Pública não pode optar livremente por formas jurídicas de atuação, substituindo meios de agir diretos por indiretos, pois *“(...) a atividade administrativa de fomento, enquanto subsidiária, não desonera a Administração de atuar, de modo direto, na prestação de serviços, como os de saúde e os de educação.”¹³⁴*

Atesta, inclusive, o autor:

“A atividade de fomento deve sempre buscar a incentivar ou preservar uma atividade privada que satisfaça necessariamente um interesse geral. A atividade de fomento que não persiga um fim de interesse geral, não é lícita.”

¹³² VIOLIN, Tarso Cabral. *op. cit.*, p. 283.

¹³³ VIOLIN, Tarso Cabral. *Idem*, p. 284.

¹³⁴ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *op. cit.*, p. 21.

*O fomento legítimo e justificado é aquele que visa a promover ou estimular atividades que tendem a favorecer o bem estar geral. Se o interesse geral não é detectável com clareza, a atividade de fomento apresenta-se como ilegítima, injustificável e discriminatória.*¹³⁵

Daí ser possível afirmar que as irregularidades cometidas nas parcerias são, efetivamente, desvios de finalidade de institutos regularmente balizados pelo ordenamento jurídico, ocorridos uma vez que o ato do agente público, investido pelo poder estatal, atinge objetivo que não aquele previsto pela regra habilitante.

Atesta-se a ocorrência de desvio de finalidade, por exemplo, no que se apurou neste julgado do Tribunal de Contas do Estado do Paraná:

EMENTA. PRESTAÇÃO DE CONTAS DE TRANSFERÊNCIA. 2. TERMO DE PARCERIA FIRMADO PELO MUNICÍPIO DE CAMBÉM COM O CENTRO INTEGRADO E APOIO PROFISSIONAL. 3. MANIFESTAÇÕES UNIFORMES PELA IRREGULARIDADE DAS CONTAS, CONSIDERANDO A **FORMA DE CONTRATAÇÃO COMO IRREGULAR**, E AUSÊNCIA DE DOCUMENTOS. 4. REALIZAÇÃO DA OPERAÇÃO PARCERIA, PELA POLÍCIA FEDERAL, ENVOLVENDO A CITADA OSCIP, EM RAZÃO DE **DESVIO DE RECURSOS**. 5. NÃO APRESENTAÇÃO DE EXTRATOS BANCÁRIOS. NECESSIDADE DE AUDITORIA PARA IDENTIFICAR SE HOUVE DESVIO DE RECURSOS.

(...)

Evidencia-se, no presente processo, grave irregularidade consistente na **formalização de Termo de Parceria que**, em última instância, **propiciou burlar a necessária seleção pública de agentes comunitários de saúde** para desenvolver atividades nos programas de Combate à Dengue e outras Endemias. 2. A Diretoria de Análise de Transferências e o Ministério Público concordam que as contas estão irregulares com fundamento na instrução técnica da primeira, que aponta que **a forma de contratação e pagamento mediante RPA - Recibo de Pagamento à Autônomos não é adequada**, *“porquanto além de expor a entidade em demandas trabalhistas, onera consideravelmente o custo dos serviços, haja vista que está sujeita ao recolhimento pela entidade tomadora dos serviços, do encargo patronal ao INSS, na ordem de 20%(vinte por cento) sobre os valores brutos pagos”, sendo que esse “recolhimento obrigatório não está comprovado pela entidade nos autos”*. 3. Assinala que o assunto foi amplamente apresentado e disciplinado no Acórdão nº. 680/06 do Tribunal Pleno desta Corte de Contas, que, ao tecer comentários sobre a EC.nº. 51, de 14 de fevereiro de 2006, que trata da admissão de Agentes Comunitários de Saúde e Agentes de Combate às Endemias por processo seletivo, deixou assente que poderia haver *“seleção pública diferenciada”*, a qual, no dizer da Diretoria, significaria que *“fica claro que o pessoal que irá atuar nestes programas não podem ser contratados e pagos à margem de qualquer seleção devidamente formalizada, que é o caso adotado nas presentes contas pela entidade tomadora dos recursos (contratação e pagamento por RPA).”* 4. Daí, conclui: *“Diante do exposto, somos de parecer que a contratação dos agentes comunitários por RPA fere disposições legais ensejando desaprovação das presentes contas.”* 5. Além disso, assinala a instrução **como outras irregularidades a não apresentação de extratos da conta bancária**, falhas nos formulários DAT-09 e DAT-10 apresentados,

¹³⁵ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Idem, p. 31.

instituídos pela Resolução nº. 03/2006-TC, e a não apresentação de Certidão Liberatória do Município de Cambé.

6. Destaco como de fundamental importância o fato de não terem sido apresentados os extratos bancários desde o repasse inicial até o último lançamento, espelhando o saldo final da conta corrente, **para que fosse realizado o devido cotejamento com os valores da receita e despesa do Termo de Parceria nº. 036/2006**. 7. Tal falha é relevante na medida em que a Polícia Federal realizou neste ano a “Operação Parceria”, conforme reprodução de reportagens jornalísticas ora juntada aos autos, envolvendo justamente o Centro Integrado e Apoio Profissional, em razão de que a referida OSCIP teria recebido recursos públicos da ordem de 1 bilhão de reais nos últimos 5 anos, dos quais, calcula-se, trezentos milhões tenham sido desviados. 8. Assim, necessário apurar se houve, também neste caso, desvio de recursos, pelo que propõe-se que seja realizada auditoria específica abrangendo o termo de parceria firmado com o Município de Cambé.

VISTOS, relatados e discutidos, ACORDAM Os membros da Segunda Câmara do TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ, nos termos do voto do Relator, Auditor THIAGO BARBOSA CORDEIRO, e das notas taquigráficas, por unanimidade, em: determinar a realização de auditoria específica abrangendo o Termo de Parceria nº 036/2006, firmado entre o Município de Cambé e o Centro Integrado e Apoio Profissional - CIAP.¹³⁶

Portanto, de acordo com nosso sistema normativo, reputa-se inadmissível que entidades como as OSCIPs sejam usadas para que o Poder Público e/ou os governantes promovam terceirização indevida de serviços públicos sociais, fugindo das obrigações constitucionalmente fixadas em relação à garantia dos direitos sociais; burlem exigências de licitação e de concurso público; desrespeitem direitos trabalhistas¹³⁷; promovam favorecimentos, nepotismo indireto, enriquecimento ilícito; permitam que se faça uso político-eleitoreiro de recursos públicos; violem a Lei de Responsabilidade Fiscal, especialmente no que se refere ao limite de gastos com pessoal¹³⁸; realizem dilapidação dos recursos públicos e possibilitem o desvio dos repasses, entre outros ilícitos, tudo isso em ofensa patente ao interesse público, o qual tem sua supremacia constitucionalmente assegurada.

Assim, quanto à burla do regime jurídico administrativo, atesta Emerson Gabardo:

¹³⁶ TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ. Segunda Câmara. Processo nº 641800/08. Relator: Auditor Thiago Barbosa Cordeiro. Data do julgamento: 17.11.2010. Data de publicação: 10.12.2010 AOTC 279

¹³⁷ Aqui, trata-se de violação indireta. Contrata-se a OSCIP com a finalidade (por vezes exclusiva – o que, por si só, já é irregular) de que esta forneça empregados para realizar tarefas análogas às de servidores públicos sendo-lhes negados, contudo, os direitos e garantias conferidos à categoria pelo ordenamento jurídico.

¹³⁸ Ver art. 19 da Lei Complementar nº 101/2000. A chamada Lei de Responsabilidade Fiscal impõe, ainda, em seu art. 18, §1º, que “contratos de terceirização de mão de obra” sejam contabilizados para fins de apurar o atendimento aos limites fixados, o que pode representar óbice aos intentos de desrespeitar a restrição legal via parcerias com OSCIPs. Este ponto será aprofundado adiante.

“É absolutamente ilógico asseverar que se pode afastar os preceitos do regime jurídico administrativo porque os mesmos ‘atrapalham’ a satisfação do interesse público. Certamente que a eficiência da Administração Pública não pode ser idêntica à Administração Privada mas sim, no máximo, análoga, pois diferenciam-se quanto ao sujeito, à finalidade, ao meio e ao controle.”¹³⁹

Contudo, deve-se atentar para o fato de que não é apenas o administrador público, isoladamente, quem comete essa série de fraudes. Ora, ao se tratarem de parcerias, é necessário que a outra parte da relação, ou seja, a entidade, também esteja envolvida ou ao menos que seja conivente com as irregularidades.

Efetivamente, na ocorrência de ilicitudes, não é raro que os particulares responsáveis pelas OSCIPs também tirem proveito da situação, visto que é a organização a efetiva recebedora dos repasses do ente estatal pactuante. Desta maneira, a destinação dada a tais recursos fica, em última análise, sob a responsabilidade dos dirigentes da entidade.

Como já assinalado, a Lei das OSCIPs impõe uma série de exigências para que se evite a malversação do dinheiro público envolvido na parceria, inclusa a vinculação a um projeto especificado previamente, conforme ao Termo de Parceria firmado.

Entretanto, se o regime jurídico-administrativo é fraudado pela própria Administração Pública, sobre a qual tais normas incidem diretamente, é ainda mais fácil para a iniciativa privada de cunho social burlar estes princípios, uma vez que até o presente momento não há consenso a respeito da aplicabilidade ou não de seus postulados à atividade de particulares.

Desta maneira, é comum que as entidades se furtem do regramento imposto pelos princípios inscritos, em suma, no art. 37 da Constituição da República. A partir disto, a OSCIP deixa de pautar suas atividades nos padrões ético-normativos inscritos na Lei Maior e passa a operar sob a lógica do mercado, objetivando auferir da prestação de serviços desenvolvida o maior ganho possível, com o menor despendimento de capital – evidentemente deixando de lado o fato de serem os recursos envolvidos oriundos dos cofres públicos e as atividades pactuadas relevantes para a coletividade.

¹³⁹ GABARDO, Emerson. *Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa*, p. 64.

Não sendo devidamente atendidas as finalidades fixadas nos Termos de Parceria, a destinação dada aos recursos repassados pelo Estado à entidade acaba sendo a apropriação dos valores por particulares: dirigentes, funcionários da entidade, ou até mesmo pessoas sem vínculos institucionais com a organização ou com o Estado, mas que de alguma forma façam parte do esquema de corrupção arquitetado para desviar o dinheiro proveniente dos repasses¹⁴⁰.

A situação do continuado cometimento de ilegalidades e irregularidades¹⁴¹ é representativa da persistência do clientelismo e do patrimonialismo a permear a esfera pública como um todo

Neste sentido, pondera Júlio César Schroeder Queiroz:

“Entretanto, a atuação da sociedade organizada em associações do terceiro setor não deve ser sacrificada pela atitude irregular de algumas instituições oportunistas e desonestas. O Estado deve desenvolver formas de controle por meio das quais sejam coibidas as ilegalidades e se evitem danos, sem, entretanto, tolher as iniciativas de parcerias devido ao excesso de regulamentos.”¹⁴²

De fato, para que o ordenamento jurídico seja respeitado, há um conjunto de poderes instrumentais que podem ser exercidos para manter a adequação da parceria. Isto porque o Estado, mesmo que repasse ao particular a incumbência de realização de determinadas demandas da sociedade, conserva o dever de manter a apropriada execução dos serviços públicos¹⁴³.

Ademais, o contexto alarmante ora analisado motivou a recente edição da Lei nº 12.846/2013, sancionada em 1º de agosto deste ano, a qual, por dispor sobre

¹⁴⁰ Um dos meios mais utilizados para o desvio dos recursos oriundos das parcerias é a remuneração das chamadas “Taxas de Administração”. Assim, expressiva parcela do montante repassado é apropriada por particulares, que indicam falsamente que o dinheiro foi gasto para manutenção das atividades administrativas da entidade. O pagamento de despesas administrativas não é vedado, em princípio, por lei. Entretanto, o art. 116, §5º, da Lei nº 8.666/1993, impõe que conste da prestação de contas das despesas realizadas em ajustes como os Termos de Parceria demonstrativo específico de tais gastos. Na maioria dos casos, é impossível para as OSCIPs que operam este tipo de ilegalidade comprovar o dispêndio de quantias verdadeiramente absurdas com expedientes administrativos, de modo que neste ponto específico residiria possibilidade de barrar ilicitudes, desde que a devida fiscalização seja desempenhada.

¹⁴¹ A ilegalidade é a ofensa ao direito positivo. A irregularidade é a falha - em sentido amplo - que pode resultar de negligência, imperícia, má-fé etc. Atos ilegítimos ou antieconômicos também são irregulares, embora não necessariamente ilegais. Toda ilegalidade também é uma irregularidade, mas nem toda irregularidade é uma ilegalidade.

¹⁴² QUEIROZ, Júlio César Schroeder. *Parcerias entre o poder público e o terceiro setor: o controle pelos tribunais de contas*, p. 49.

¹⁴³ Deve-se atentar para o princípio da continuidade dos serviços públicos: para o controle de seu funcionamento, o direito positivo fornece ao ente fiscalizador deveres-poderes específicos para impedir que ocorra a interrupção dos serviços.

a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, já vem sendo chamada de “Lei Anticorrupção”.

A norma passará a vigorar em fevereiro de 2014 e os reflexos que produzirá já vêm sendo objeto de especulações. Tal repercussão pode ser atribuída ao fato de os dispositivos nela contidos, voltados à lógica da probidade administrativa, impõem a retidão das condutas de pessoas jurídicas que se relacionem com o Estado - inclusas as entidades do Terceiro Setor, por força do parágrafo único de seu art. 1º - cominando graves sanções para eventual perpetração de atos lesivos, definidos no art. 5º da referida regra.

A nova lei preenche a lacuna existente até então, representada pela ausência de normatização específica incumbida de imputar a pessoas jurídicas de direito privado penalidades pela prática de atos de corrupção.

Destarte, as pessoas jurídicas de direito privado deverão tomar providências no sentido de prevenir internamente práticas de fraude e de corrupção, bem como adotar medidas que atendam às exigências da nova legislação. Neste sentido, há preocupações dos particulares quanto à segurança jurídica e à razoabilidade da atuação das autoridades fiscalizadoras.

Todavia, diante do panorama atual, considerando ainda a forte demanda popular por medidas que assegurem a moralidade no âmbito da Administração Pública, a edição da Lei nº 12.846/2013 parece ser alternativa promissora para solucionar, em tese ou ao menos em parte, a problemática tratada.

Incumbe alertar, no entanto, que a simples criação de regras jurídicas é, em si, incapaz de promover alterações na realidade fática. É cediço que, no Brasil, são frequentes as situações de leis as quais, uma vez em vigor, jamais produzem as consequências ou atingem as finalidades almejadas por seus idealizadores – consolida-se a ineficácia notória de seus dispositivos: a lei “não pega”.

Além disso, imperioso também tratar do controle da própria Administração Pública, que pode, por intermédio de seus agentes, cometer as graves ilicitudes acima elencadas, caso não haja fiscalização efetiva de sua atuação.

4.2 A CORREÇÃO DAS DISTORÇÕES: AS MODALIDADES DE CONTROLE DA ATIVIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA APLICADAS ÀS PARCERIAS COM AS OSCIPS

Do panorama descrito, deflui a problemática bastante complexa envolvendo as parcerias entre a Administração Pública e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, tendo em conta que o desvirtuamento cada vez mais frequente do instituto vem causando severos danos ao erário, ao interesse público e à sociedade como um todo.

Admitindo-se que as diversas ilicitudes elencadas podem ter seu cometimento atribuído tanto à ação da Administração Pública, por intermédio de seus agentes, quanto à dos particulares com a qual pactua releva distinguir quais os instrumentos que podem ser utilizados para barrar tais situações anômalas, levando-se em consideração que as partes envolvidas estão sujeitas a regimes jurídicos diversos e que também é diferente o modo pelo qual se cometem as irregularidades, mesmo que estejam as mesmas mancomunadas entre si.

Afirma Celso Antônio Bandeira de Mello que um dos grandes traços do regime jurídico-administrativo é a supremacia do interesse público sobre o privado. Tal axioma, para o autor, é pressuposto de uma ordem social estável e gera a consequência da atribuição de posição privilegiada e de preeminência do órgão encarregado de zelar pelo interesse público¹⁴⁴.

O Poder Público se encontra, portanto, em situação de autoridade relativamente aos particulares. Além disso e por estes motivos, ao exercer sua função, a Administração Pública não pode expressar suas prerrogativas próprias com a mesma autonomia e liberdade com que os particulares exercitam seus direitos. Os poderes da Administração Pública são instrumentais, funcionalizados a seu dever de alcance das finalidades que lhe são impostas, manejados para a satisfação do interesse de outrem – verdadeiros “deveres-poderes”, tendo em conta, também, a indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos.¹⁴⁵

É necessário tomar consciência das diferenças que marcam a atuação de particulares e da Administração Pública quando da observação dos mecanismos de

¹⁴⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *op. cit.*, p. 69-70.

¹⁴⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Idem*, p. 71-72.

controle do desempenho de suas atividades, não podendo ser esquecida a possibilidade de incidência do regime jurídico-administrativo, ainda que parcialmente, sobre as práticas do Terceiro Setor.

4.2.1. Noções gerais de controle

Para introduzir o estudo do controle em relação à Administração Pública, releva consignar a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

“No Estado de Direito, a Administração Pública assujeita-se a múltiplos controles, no afã de impedir-se que desgarre de seus objetivos, que desatenda as balizas legais e ofenda interesses públicos ou dos particulares. Assim, são concebidos diversos mecanismos para mantê-la dentro das trilhas a que está assujeitada. Tanto são impostos controles que ela própria deve exercitar, em sua intimidade, para obstar ou corrigir comportamentos indevidos praticados nos diversos escalões administrativos de seu corpo orgânico central, como controles que este mesmo corpo orgânico exercita em relação às pessoas jurídicas auxiliares do Estado (autarquias, empresas públicas, sociedades mistas e fundações governamentais). Tais controles envolvem quer aspectos de conveniência e oportunidade quer aspectos de legitimidade. Além disto são previstos controles de legitimidade que devem ser efetuados por outros braços do Estado: Legislativo, por si próprio ou com o auxílio do Tribunal de Contas, e Judiciário, este atuando sob provocação dos interessados ou do Ministério Público.”¹⁴⁶

O ordenamento jurídico pátrio prevê as formas pelas quais é possível controlar a atuação da Administração Pública em prol de uma atuação baseada na legitimidade e na legalidade. A aplicabilidade de tais mecanismos é importante para a presente análise, na medida em que se objetiva a correção das distorções às quais vêm sendo submetidas as parcerias entre o ente estatal e as OSCIPs. Por conseguinte, há que se aprofundar alguns dos aspectos do controle da Administração Pública.

Explana Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“A finalidade do controle é a de assegurar que a Administração atue em consonância com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico, como os da legalidade, moralidade, finalidade pública, publicidade, motivação, impessoalidade; em determinadas circunstâncias, abrange

¹⁴⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Idem, p. 935.

*também o controle chamado de mérito e que diz respeito aos aspectos discricionários da atuação administrativa.*¹⁴⁷

De fato, a doutrina elaborou diversas tipologias de controles, sendo necessário eleger a que pareça mais adequada às finalidades aqui propostas, tendo em vista também a realidade do Estado e da sociedade brasileiros.

Portanto, alinha-se o presente estudo à orientação de Odete Medauar, a qual adota classificação pautada no critério do agente controlador, justificada esta escolha pela abertura que oferece a figuras não tradicionais de controle, ou até mesmo a tipos de controle não inseridos na estrutura de nenhum dos três poderes.

Tal ampliação é desejável pois, sendo recentes e inovadoras as possibilidades de pactuação entre Estado e sociedade civil organizada - frutos da desestabilização da clássica divisão entre público e privado -, é necessário que se inovem também as formas de controle sobre as recém delineadas formas de atuação da Administração Pública neste aspecto.

Importa transcrever o que assevera a autora supracitada acerca da relação entre controle e corrupção:

*“O tema do controle também se liga à questão da visibilidade ou transparência no exercício do poder estatal, sobretudo da Administração, inserida no Executivo, hoje o poder hegemônico. E relaciona-se em profundidade com o tema da corrupção. Certo é que, mais efetivos se mostrassem os mecanismos de controle sobre a Administração, menor seria o índice de corrupção.”*¹⁴⁸

Desta feita, resta evidenciada a importância do controle na obstrução de atos que possam contrariar o ordenamento jurídico posto e causar prejuízos à sociedade.

Cumprido esclarecer, por fim, que, se o órgão, ente, instituição ou pessoa que exerce a atividade de controle sobre a Administração Pública a integra, em sentido amplo, realizar-se-á controle interno. Já se o controle for efetuado por órgão, ente ou instituição exterior à estrutura da Administração Pública, ocorrerá o controle externo. Distingue-se também a possibilidade do chamado controle extraorgânico ou social realizado, por exemplo, pelo povo, imprensa, etc.¹⁴⁹

¹⁴⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, p. 797.

¹⁴⁸ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. p. 412.

¹⁴⁹ MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*. p. 42-43.

Entende-se que as parcerias entre ente estatal e OSCIPs devem se submeter ao controle interno, externo e social, de modo a se evitar a ocorrência de desvios de finalidade e de recursos públicos.

De acordo com Marcos Juruena Villela Souto, em atenção ao disposto no art. 70 da Constituição da República¹⁵⁰, “o controle dos mecanismos de fomento, como, de resto, de qualquer atividade administrativa, é feito sob o tríplice aspecto da legalidade, legitimidade e da economicidade”¹⁵¹.

O controle interno da Administração Pública no caso das parcerias com OSCIPs é exercido pela vigilância acerca dos aspectos supracitados “ora como manifestação do poder hierárquico, relativamente às entidades da administração direta, ora como manifestação da tutela (controle finalístico), em relação às entidades da administração indireta e fundacional(...)”¹⁵². Já quando se trata do controle externo, neste contexto, tem destaque a atuação dos Tribunais de Contas e do Poder Judiciário.

Em relação ao controle das entidades, pertinentes as ponderações de Cláudia Fernanda de Oliveira Pereira:

*“Em primeiro lugar, é preciso remarcar que as OSCIP têm acesso a recursos públicos para a realização de projetos, por meio da celebração de Termo de Parceria, que é o instrumento destinado à formação de vínculo de cooperação entre o Poder Público e tais entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público. Nada mais justo e natural, então, que esses recursos dos cidadãos sejam devidamente fiscalizados e bem geridos.”*¹⁵³.

É certo que os valores repassados às OSCIPs em razão das parcerias com o Estado não perdem sua natureza de dinheiro público simplesmente por ter sido transferidos a entidade privada. Isto se comprova tanto pela observação dos dispositivos legais quanto pela própria natureza jurídica das parcerias.

¹⁵⁰ Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumas obrigações de natureza pecuniária.

¹⁵¹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Estímulos positivos*, p. 34.

¹⁵² SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Idem*, p. 35.

¹⁵³ PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. *Os tribunais de contas e o Terceiro Setor: aspectos polêmicos do controle*, p. 314.

Desta maneira, o art. 116, especialmente em seus parágrafos 5º e 6º, evidencia que a importância transferida ao particular permanece compondo o patrimônio público posto que deverá ser obrigatoriamente aplicadas no objeto do ajuste e que, caso haja saldos remanescentes, estes serão devolvidos ao órgão (estatal) repassador.

Do mesmo modo, o art. 6º, §1º, do Decreto 3.100/1999 preceitua que os valores obtidos através de repasses não são considerados recursos próprios da OSCIP e o art. 11 da mesma norma, atrelado às disposições esparsas da Lei nº 9.790/1999, ao estabelecerem a prestação de contas obrigatória relativamente ao dinheiro recebido pela entidade em função das parcerias.

Ademais, a realização de parcerias entre o ente estatal e o Terceiro Setor é orientada para o atingimento de finalidades públicas, para o fomento da iniciativa privada de cunho social. Não se destina ao mercado, mas à prestação de serviços e utilidades à coletividade. Assim, seria ilógico admitir que os valores envolvidos no ajuste passassem a integrar o patrimônio da entidade, transformando-se, injustificadamente, dinheiro público em privado. A ocorrência disto, como já ressaltado, consubstancia irregularidade que deve ser combatida pelos meios cabíveis.

Desta forma, no que tange à fiscalização das atividades das OSCIPs, aplicam-se os postulados que regem o controle interno e externo de maneira análoga à efetivada na esfera da Administração Pública, levando-se em conta os dispositivos da Lei nº 9.790/1999.

4.2.2 O controle interno

No que tange ao controle interno, considerando todos os envolvidos na parceria, releva citar a regra do art. 11 da Lei das OSCIPs, que trata da fiscalização por órgão do Poder Público da área de atuação correspondente à atividade fomentada e pelos Conselhos de Políticas Públicas das áreas de atuação apropriadas existentes em cada nível de governo; as disposições do art. 4º, III, da mesma norma, que impõe a constituição de Conselho Fiscal, e do art. 4º, VII, c, que tratam da realização de auditoria.

Sublinha Cláudia Fernanda de Oliveira Pereira que para os responsáveis pelo controle interno:

“(...) há o dever legal de os responsáveis darem imediata ciência às Cortes de Contas e ao Ministério Público, sob pena de responsabilidade solidária, de qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou bens de origem pública pela organização parceira.”¹⁵⁴.

Destaque-se que, embora tradicionalmente se aponte o controle interno como aquele realizado por órgãos da própria Administração Pública, o que se tem, no caso das parcerias com OSCIPs, é o controle interno, sobre o ajuste, do ente estatal repassador, bem como da própria entidade a qual, embora não integre a Administração Pública, sendo pessoa jurídica de direito privado, também deve desenvolver mecanismos de fiscalização, de acordo com a legislação supracitada.

4.2.3 O controle externo

4.2.3.1 O controle pelos Tribunais de Contas

Quanto ao controle externo, determinante é o dever de prestar contas que se extrai do art. 70 da Constituição. O julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da Administração direta e indireta, e das contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário, nos termos do art. 71, II, da Lei Maior, é atribuição dos Tribunais de Contas¹⁵⁵.

Por consequência, atentando-se igualmente para o art. 4º, VII, *d*, da Lei das OSCIPs, não obstante haver alguma controvérsia a este respeito, entende-se que o controle externo dos Termos de Parceria firmados entre entidades e Poder Público será realizado, preponderantemente, pelos Tribunais de Contas competentes, conforme a esfera da federação em que se situe o ente estatal pactuante.

¹⁵⁴ PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. Idem, p. 315-316.

¹⁵⁵ Apesar do dispositivo fazer referência ao Tribunal de Contas da União, pelas Constituições Estaduais e pelo princípio da simetria entre os entes da federação, admite-se que tal atribuição também seja conferida aos Tribunais de Contas estaduais e, caso existam, municipais.

Interessa reproduzir o que afirma Odete Medauar a respeito da natureza dos Tribunais de Contas:

“Na verdade, a Constituição Federal em nenhum dispositivo utiliza a expressão “órgão auxiliar”; dispõe que o controle externo do Congresso Nacional será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas; a sua função, portanto, é de exercer o controle financeiro e orçamentário da Administração, em auxílio, em apoio, ao poder responsável, em última instância, por essa fiscalização. Tendo em vista que a própria Constituição assegura, ao Tribunal de Contas, as mesmas garantias de independência do Poder Judiciário, impossível considerá-lo subordinado ao Poder Legislativo ou inserido na estrutura do Legislativo. Se a sua função é de atuar em auxílio ao Legislativo, sua natureza, em razão das próprias normas da Constituição, é de instituição independente, desvinculada da estrutura de qualquer dos três poderes. Por conseguinte, o Tribunal de Contas configura instituição estatal independente.”¹⁵⁶.

Com efeito, entende-se imprescindível que os Tribunais de Contas sejam compreendidos como instituições independentes, no sentido de não se subordinarem a quaisquer dos poderes do Estado, a fim de que possam exercer suas funções de maneira livre e imparcial.

Afirma Marçal Justen Filho que o Tribunal de Contas não é competente para produzir normas jurídicas autônomas, não sendo órgão dotado de poderes legiferantes, mas incumbido do controle externo em uma atuação quase jurisdicional. Nas palavras do autor:

“A autonomia atribuída constitucionalmente ao Tribunal de Contas até poderia conduzir ao reconhecimento de sua qualidade de ‘Poder’, na acepção em que a expressão é utilizada a propósito do Executivo, Legislativo e Judiciário. É juridicamente impossível qualquer autoridade integrante de algum dos três ‘Poderes’ intervir sobre o desempenho das competências do Tribunal de Contas, tanto quanto é inviável suprimir a existência ou reduzir suas atribuições por meio de medidas infraconstitucionais. Nem a circunstância de a Constituição ter tratado do Tribunal de Contas dentro do Capítulo do Poder Legislativo apresenta alguma relevância, já que o art. 44 da CF/88 deixa claro que o Tribunal de Contas não é ‘órgão’ do aludido Poder. Em suma, a não qualificação formal do Tribunal de Contas como um ‘Poder’ específico derivou apenas da tradição, voltada a manter fidelidade a um esquema setecentista de tripartição de Poderes do Estado.”¹⁵⁷.

Por intermédio das conclusões doutrinárias expostas é possível compreender a importância do Tribunal de Contas enquanto órgão autônomo capaz de realizar o controle externo de maneira efetiva.

¹⁵⁶ MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*, p. 144.

¹⁵⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, p. 1160.

4.2.3.2 O controle jurisdicional

Acerca do controle jurisdicional, leciona a Odete Medauar que a expressão “controle jurisdicional da Administração” abrange a apreciação, pelo Poder Judiciário, “*não somente dos atos administrativos, mas também dos contratos, das atividades ou operações materiais e da omissão ou inércia da Administração*”¹⁵⁸.

De acordo com Marçal Justen Filho:

*“O princípio da universalidade da jurisdição significa a possibilidade de ampla investigação sobre a atividade administrativa por parte do Judiciário, respeitados os limites do mérito das escolhas exercitadas no exercício de competência discricionária.”*¹⁵⁹.

Isto posto, releva descrever os traços gerais do controle jurisdicional da Administração Pública.

Conforme Odete Medauar, o controle jurisdicional consiste em um controle externo *a posteriori*, de caráter repressivo ou corretivo, desencadeado por provocação e realizado por juízes independentes os quais, de maneira geral, estão vinculados aos pedidos formulados no ajuizamento da ação. O processo a que se dá início será guarnecido de todas as garantias previstas no ordenamento, tais como o juiz natural, contraditório, ampla defesa, entre outras, e se encerrará com a sentença ou acórdão transitados em julgado.¹⁶⁰

Assevera também a referida autora que o controle jurisdicional segue sendo o mais importante instrumento de controle da Administração, ainda que haja diversos pontos críticos que mereçam ser aprimorados, e que seja necessária a busca de outros meios de controle que possam suprir falhas como o problema do acesso ao Poder Judiciário.

Exemplos de tais deficiências são a questão da espera excessiva pelo pagamento dos débitos devidos pelo Estado, a lentidão do processo até que haja uma decisão definitiva, a questionável efetividade das decisões jurisdicionais contrárias à Administração Pública¹⁶¹.

Sobre o tema, afirma Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

¹⁵⁸ MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*, p. 186.

¹⁵⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, p. 1167.

¹⁶⁰ MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*, p. 186.

¹⁶¹ MEDAUAR, Odete. *Idem*, p. 187-188.

“O controle judicial constitui, juntamente com o princípio da legalidade, um dos fundamentos em que repousa o Estado de Direito. De nada adiantaria sujeitar-se a Administração Pública à lei se seus atos não pudessem ser controlados por um órgão dotado de garantias de imparcialidade que permitam apreciar e invalidar os atos ilícitos por ela praticados.”¹⁶²

Conveniente referir, aqui, que o mero controle de resultados previsto para o tipo de ajuste ora analisado (o Termo de Parceria), de acordo com a perspectiva gerencial que o adotou, é insuficiente. Tal assertiva é corroborada pelas recorrentes ilegalidades envolvendo as parcerias, conforme acima reiteradamente explanado.

Defende-se, ante tais reflexões, que o controle de meios conferido pelo modelo de administração burocrático, nos moldes acima descritos, é o mais adequado a orientar a correta aplicação dos recursos e controlar o desvio de finalidade, embora não se descarte a utilidade de outras modalidades de controle, ainda não consubstanciadas em nosso ordenamento.

4.2.4 O controle social e outras formas de controle

Com vistas à ampliação da democracia e da participação popular nas atividades administrativas do Estado, especialmente no que concerne à sua elaboração e execução, entende-se ser crucial o exercício cada do chamado controle social.

Para Odete Medauar, o controle social é aquele executado pelo cidadão, aliado do controle oficial. Ligadas a esta modalidade de supervisão estão, portanto, a transparência e a participação, destacando-se o acesso à informação previsto no art. 5º, XXXIII e outros dispositivos da Constituição, regulado pela Lei nº 12.527/2011¹⁶³.

No caso das OSCIPs, o controle social está inscrito no art. 11, §3º, da Lei nº 9.790/1999 e, como é característico, pode ser exercido por qualquer indivíduo, isoladamente ou por meio de representação.

¹⁶² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, p. 816.

¹⁶³ MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*, p. 176.

O art. 4º, VII, *b*, da Lei das OSCIPs dispõe acerca do controle social ao proporcionar publicidade ao relatório de atividades e das demonstrações financeiras da entidade. São pressupostos do controle social a transparência da gestão, com a divulgação universal dos dados referentes à parceria, bem como o acesso à informação, que deve ser difundida por meios democráticos e comuns.

Há também outras formas de controle, as quais também possuem sua relevância, embora sua análise seja menos interessante para o presente trabalho, a saber: o controle parlamentar, pelo Ministério Público, o chamado controle das políticas públicas, o *Ombudsman*.

4.2.5 Consequências do controle

A respeito das consequências do controle, seja qual for a modalidade exercitada, acentua Cláudia Fernanda de Oliveira Pereira:

“(...) havendo indícios fundados de malversação de bens ou recursos de origem pública, é possível a decretação da indisponibilidade de bens da entidade e o sequestro dos bens dos seus dirigentes, bem como do agente público ou terceiro, que possa ter enriquecido ilícitamente ou causado dano ao patrimônio público além de outras penas, inclusive as previstas na Lei de Improbidade Administrativa e Lei Complementar nº 64/90, que cuida dos casos de inelegibilidade.”¹⁶⁴.

De fato, a Lei Complementar nº 135/2010 incluiu no rol de hipóteses de inelegibilidade a rejeição das contas relativas ao exercício do cargo ou função pública, pelo cometimento de irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecorrível do órgão competente.

Há a previsão de diversas sanções, com responsabilização nas esferas cível, criminal e eleitoral dos envolvidos nas fraudes realizadas via parcerias com OSCIPs. Importante asseverar, além disso, a necessidade de reparação dos danos causados ao erário, com a devolução dos valores desviados dos cofres públicos, o que deverá ser determinado caso se comprove este tipo de irregularidade.

Conveniente mencionar os dizeres de Luiz Bernardo Dias Costa:

¹⁶⁴ PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. *op. cit.*, p. 316.

“Acredita-se que com uma sociedade organizada e participativa, um controle interno bem estruturado, qualificado e devidamente integrado entre os três Poderes e a postura firme, lúcida e tecnicamente apropriada dos Tribunais de Contas, participando em suas ações de controle em conjunto, quando possível, o Estado de Direito, democrático sobretudo estará garantido para as futuras gerações.”¹⁶⁵.

Por fim, resta enunciar que é essencial a vinculação das OSCIPs - especialmente quando em parceria com o Estado - aos princípios nucleares do ordenamento jurídico como um todo, notadamente às normas balizadoras do regime jurídico do serviço público, bem como sua submissão aos mecanismos de controle examinados neste tópico.

Concretizadas tais premissas, as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público não mais se prestarão à subversão de postulados de nosso sistema normativo, assumindo seu real objetivo e representando relevantes instrumentos de otimização dos direitos fundamentais sociais.

¹⁶⁵ COSTA, Luiz Bernardo Dias. *O Tribunal de Contas. Sua Evolução e Principais Atribuições no Estado Democrático de Direito*, p. 343.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao abordar inicialmente questões acerca do sistema constitucional brasileiro, explicitando de que modo acredita-se que deva ser interpretada, compreendida e aplicada a Lei Maior, objetivou-se, neste trabalho, demonstrar que os preceitos fundamentais embutidos na Constituição formam um sistema orientado para finalidades cuja normatividade deve atingir todas as situações em que se faça necessário o direito.

O sistema constitucional direciona todo o ordenamento jurídico. Sua onipresença se impõe e faz com que o Estado seja o que é. Assim, a organização do poder, a distribuição da competência, o exercício de autoridade, a forma de governo, os direitos da pessoa humana, todos têm como base a Constituição.

Como consequência da instituição do chamado Estado de Direito, a Administração Pública acaba tendo suas funções condicionadas pelos fins que o Estado se propõe a perseguir.

Ao se atestar que o Estado brasileiro tem como finalidade a atribuição de verdadeira dimensão material aos direitos fundamentais, reconhece-se seu caráter intervencionista e social. Assim sendo, é incabível a tentativa de se implantar, na Administração Pública de nosso país, postulados do neoliberalismo e do modelo de gestão gerencial, contrários à natureza compromissória da Constituição.

O absenteísmo estatal é vedado constitucionalmente, do que decorre a conclusão de que o Poder Público deve prestar ativamente os chamados serviços públicos sociais.

Nada obsta, entretanto, que o ente estatal possa fomentar a iniciativa privada sem fins lucrativos, o chamado Terceiro Setor. Isto porque, mesmo no modelo de Estado social, vige o princípio da subsidiariedade, com vistas à colaboração dos particulares na persecução de fins públicos, assegurando-lhes, de certa forma, sua liberdade, nos moldes constitucionalmente delineados.

Assim, os objetivos primordialmente fixados para o estabelecimento de parcerias entre o Poder público e as entidades do chamado Terceiro setor são legais e legítimos, conformes à Constituição e à legislação ordinária, a qual é orientada pela Lei Maior.

Ressalte-se aqui que, ao firmar parcerias com os particulares, o Estado, de maneira alguma, deixa de ser o responsável direto pelo atendimento das demandas sociais.

Na década de 90, arquitetou-se um projeto de “Reforma de Estado” fundamentado no neoliberalismo, com vistas a implantar o gerencialismo, promover a “desburocratização” da Administração Pública, reduzir o tamanho do Estado, cortar gastos e transferir, absolutamente, a prestação de serviços sociais à iniciativa privada.

A partir desta onda liberalizante foram sendo editadas novas leis e criados novos institutos. Desta perspectiva surge a Lei nº 9.790/1999, que faz surgir a qualificação de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, a fim de habilitar entidades do Terceiro Setor a formalizar parcerias com o Poder Público para a prestação de serviços públicos sociais.

Entende-se que tal regramento foi criado com o objetivo de fixar um Marco Legal para o Terceiro Setor no Brasil, e também para corrigir os equívocos cometidos na Lei nº 9.637/1998, a chamada Lei das Organizações Sociais. Deste modo, seria possível interpretar tal normativa sob viés constitucional, afastando os resquícios do neoliberalismo de sua estrutura, de modo a se viabilizar a efetiva cooperação entre o Estado e a sociedade civil organizada.

Entretanto, na atualidade, as OSCIPs têm sido utilizadas com sua finalidade desviada, para o cometimento de ilícitos que culminam com a burla do regime jurídico-administrativo, motivando atos de corrupção cuja recorrência e magnitude são verdadeiramente alarmantes.

Confirma-se essa constatação a partir da observação dos fatos que ganharam notoriedade na mídia, bem como tendo-se em conta as decisões recentes dos tribunais.

Assim sendo, entidades “fantasma” são criadas e qualificadas como OSCIPs apenas para firmar parcerias com o ente estatal, com o objetivo real de esquivar-se o Poder Público da incidência das normas jurídicas que conformam sua atuação regular, de modo a se arquitetarem fraudes, em conluio com particulares igualmente mal intencionados.

Para frear esta situação calamitosa, é necessário empregar todas as formas de controle previstas no ordenamento jurídico pátrio, cogitando-se a hipótese de ampliá-las com a introdução de institutos ainda não implantados em nosso sistema.

Alternativa interessante foi a edição da Lei nº 12.846/2013, a já reputada “Lei Anticorrupção”, que versa sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública.

Há grandes expectativas de que tal regramento traga mudanças efetivas. Entretanto, sabe-se que as leis, por si só, não são capazes de alterar a realidade. É necessário que as normas jurídicas postas sejam respeitadas, orientadas pela Constituição, aplicadas pelo Judiciário e outros poderes instituídos, respeitadas pela sociedade.

No corrente ano, a população foi às ruas para lutar pela defesa de seus direitos, diariamente violados por ações ou omissões do Poder Público, pela corrupção de seus agentes. O que queremos é que o Estado cumpra seu papel, que haja pautado nos postulados da Constituição, que se volte à sua finalidade primordial. Nossa opção foi por um Estado que preconizasse as pessoas, e não o mercado. Se tais valores estão invertidos, não há razão de ser para o Estado.

A concretização das demandas sociais é algo que urge e, mais do que nunca, acredito que a realidade verdadeiramente repulsiva de um Estado tomado pelo clientelismo e pelo patrimonialismo esteja começando a ser desconstruída, em prol da implantação de verdadeira democracia, em prol dos direitos e, acima de tudo, em prol das pessoas.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Luíza. *Operação Esopo investiga fraudes e realiza prisões em Minas*. G1 MG, Belo Horizonte, 9. set. 2013. Disponível na Internet: <<http://g1.globo.com/minas-gerais/noticia/2013/09/operacao-esopo-investiga-fraudes-e-realiza-prisoos-em-minas.html>> Acesso em 17 de outubro de 2013.

ARAGÃO, Alexandre Santos de, MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BARBOSA, Maria Nazaré Lins. *A experiência dos Termos de Parceria entre o Poder Público e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPS)*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias Público Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

CARVALHO NETO. Antonio Alves de. *Transferências de recursos do orçamento da União para Organizações não-governamentais: eficácia dos procedimentos de concessão e controle*. Brasília: Tribunal de Contas da União. Disponível na Internet: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2055550.PDF>>. Acesso em: 17 de agosto de 2013.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Plenário. Pedido de Providências - Conselheiro nº 0002087-75.2008.2.00.0000. Relator: Conselheiro Ministro José Adonis Callou de Araújo Sá. Data do julgamento: 14.4.2009. 82ª Sessão.

COSTA, Luiz Bernardo Dias. *O Tribunal de Contas. Sua Evolução e Principais Atribuições no Estado Democrático de Direito*. In: GUIMARÃES, Edgar (coord.). *Cenários do Direito Administrativo: Estudos em Homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

CUNHA JUNIOR, Luiz Arnaldo Pereira e MODESTO, Paulo (coord.). *Terceiro Setor e parcerias na área da saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. *O exercício do papel regulador do Tribunal de Contas da União sobre as parcerias da Administração Pública com as entidades do Terceiro Setor na execução de políticas públicas*. In: *Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI*. Brasília, 2008. Disponível na Internet: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/10_598.pdf>. Acesso em: 20 de agosto de 2013.

FERRAREZI, Elisabete, REZENDE, Valéria. *Organização da sociedade civil de interesse público - OSCIP : a lei 9.790 como alternativa para o terceiro setor*. Brasília: Comunidade Solidária, 2000.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FINGER, Ana Cláudia. *O Público e o Privado na Administração Pública*. In: GUIMARÃES, Edgar (coord.). *Cenários do Direito Administrativo: Estudos em Homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002.

GUIMARÃES, Edgar (coord.). *Cenários do Direito Administrativo: Estudos em Homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Monografia Jurídica*. 8. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

LEITE, Marco Antônio Santos. *O Terceiro Setor e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIPs*. Assembleia Legislativa de Minas Gerais. Junho/2003. Disponível na Internet: <http://www.almg.gov.br/opencms/export/sites/default/educacao/sobre_escola/banco_conhecimento/arquivos/pdf/terceiro_setor.pdf>. Acesso em: 08/10/2013.

MÂNICA, Fernando Borges. *O setor privado nos serviços públicos de saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MÂNICA, Fernando Borges. *Panorama histórico-legislativo do Terceiro Setor no Brasil: do conceito de Terceiro Setor à Lei das OSCIP*. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (coord.). *Terceiro Setor, Empresas e Estado: novas fronteiras entre o público e o privado*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

MARTINS, Túlio César Pereira Machado. *Análise das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público à luz da Lei de Licitações Públicas*. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, v. 81, n. 4, ano XXIX, outubro/novembro/dezembro, 2011. Disponível na Internet: <<http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1354.pdf>>. Acesso em: 26 de outubro de 2013.

MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MELLO, Rafael Munhoz de. *Atividade de Fomento e o Princípio da Isonomia*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 21, fevereiro/março/abril, 2010. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-21-FEVEREIRO-RAFAEL-MUNHOZ-DE-MELLO.pdf>>. Acesso em 01 de outubro de 2013.

MODESTO, Paulo. *O Direito Administrativo do Terceiro Setor: a Aplicação do Direito Público às Entidades Privadas sem Fins Lucrativos*. In: CUNHA JUNIOR, Luiz

Arnaldo Pereira e MODESTO, Paulo (coord.). *Terceiro Setor e parcerias na área da saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 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. *Gestão privada de recursos públicos para fins públicos: o modelo das OSCIP*. In: 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. *O Terceiro Setor e a gestão privada de recursos públicos para fins públicos*. In: *Direito do Terceiro Setor: atualidades e perspectivas*. Curitiba: Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Paraná, 2006.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *OSCIPs e licitação: ilegalidade do Decreto n. 5.504, de 05.08.05 (parecer)*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 12, dezembro/janeiro/fevereiro, 2008. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em 15 de agosto de 2013.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, SEÇÃO DO PARANÁ. *Direito do Terceiro Setor: Atualidades e perspectivas*. Curitiba, 2006.

PAES, José Eduardo Sabo. *Terceiro Setor: Conceituação e Observância dos Princípios Constitucionais Aplicáveis à Administração Pública*. In: PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira (org.). *O novo direito administrativo brasileiro: o Estado, as agências e o terceiro setor*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira (org.). *O novo direito administrativo brasileiro: o Estado, as agências e o terceiro setor*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. *Os tribunais de contas e o Terceiro Setor: aspectos polêmicos do controle*. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (coord.). *Terceiro Setor, Empresas e Estado: novas fronteiras entre o público e o privado*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

QUEIROZ, Júlio César Schroeder. *Parcerias entre o poder público e o terceiro setor: o controle pelos tribunais de contas*. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, v. 80, n. 3, ano XXIX, julho/agosto/setembro, 2011. Disponível na Internet: <<http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1272.pdf>>. Acesso em: 26 de outubro de 2013.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Intervenção do Estado no Domínio Social*. São Paulo: Malheiros, 2009.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro Setor*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
SANSANA, Pedro Manoel. *Contratação direta das entidades do terceiro setor*. Dissertação (Especialização) – Faculdades Integradas do Brasil – Unibrasil. Curitiba, 2011. Disponível na Internet: <http://www.ceaf.mppr.mp.br/arquivos/File/Monografias/Pedro_Manoel_Sansana_2.pdf>. Acesso em: 04 de setembro de 2013.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Administração Pública: Apontamentos sobre os Modelos de Gestão e Tendências Atuais*. In: GUIMARÃES, Edgar (coord.). *Cenários do Direito Administrativo: Estudos em Homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais, ano 91, volume 798, abril de 2002.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *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.

SPENNER, Fernanda Rezende. *A prestação de serviços públicos pelas OSs e OSCIPs*. Curitiba, 2009. Disponível na Internet: <<http://www.unibrasil.com.br/arquivos/direito/20092/fernanda-rezende-spernner.pdf>>. Acesso em: 20 de agosto de 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias Público Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005.

TOURINHO, Rita. *Terceiro Setor no Ordenamento Jurídico Brasileiro: constatações e Expectativas*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 24, dezembro, janeiro, fevereiro, 2011. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-24->

DEZEMBRO-JANEIRO-FEVEREIRO-2011-RITA-TOURINHO.pdf>. Acesso em: 27 de setembro de 2013.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Plenário. Processo nº 010.844/2008-8. Relator: Ministro Augusto Nardes. Data do julgamento: 26.8.2009. Acórdão nº 1919/2009.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. Segunda Câmara. Processo nº 000556/014/09. Relator: Conselheiro Robson Marinho. Data do julgamento: 1.10.2013.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ. Segunda Câmara. Processo nº 323406/2011. Relator: Ivan Lelis Bonilha. Data do julgamento: 8.5.2013. DETC de 20.5.2013.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ. Segunda Câmara. Processo nº 641800/08. Relator: Auditor Thiago Barbosa Cordeiro. Data do julgamento: 17.11.2010. Data de publicação: 10.12.2010 AOTC 279

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ. Tribunal Pleno. Processo nº 724289/12. Relator: Auditor Ivens Zschoerper Linhares. Data do julgamento: 19.9.2013. DETC de 25.9.2013.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ. Tribunal Pleno. Processo nº 148460/2013. Relator: Nestor Baptista. Data do julgamento: 5.9.2013. DETC de 20.5.2013.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ. Tribunal Pleno. Processo nº 227862/2012. Relator: Nestor Baptista. Data do julgamento: 11.7.2013. DETC de 17.7.2013.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. 4ª Câmara de Direito Público. Agravo de Instrumento nº 6023285400. Relator: Des. Thales do Amaral. Data do julgamento: 18.12.2008. DJ de 11.2.2009.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. 4ª Câmara Cível. Processo nº AI 7291203 PR 0729120-3. Relatora: Des. Maria Aparecida Blanco de Lima. Data do julgamento: 22.3.2011. DJ 601.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. 5ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 0426165-4. Relator: Des. Eduardo Sarrão. Data do julgamento: 17.6.2008. DJ 7684.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. 21ª Câmara Cível. Processo nº 70043120302. Relator: Des. Francisco José Moesch. Data do julgamento: 10.10.2012. DJ de 14.11.2012.

VALLE, Vivian Cristina Lima López. *O Novo Conceito de Serviço Público*. In: GUIMARÃES, Edgar (coord.). *Cenários do Direito Administrativo: Estudos em Homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

VIOLIN, Tarso Cabral. *Peculiaridades dos Convênios Administrativos Firmados com as Entidades do Terceiro Setor*. In: GUIMARÃES, Edgar (coord.). *Cenários do Direito Administrativo: Estudos em Homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

VIOLIN, Tarso Cabral. *Terceiro setor e as parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.