Direito do Estado.com.br
O Direito Público da Cidadania

IDPB
Instituto de Direito Público da Bahia

R e RE | Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado

Número 2 – junho/julho/agosto de 2005 – Salvador – Bahia – Brasil

ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO: TERMO DE PARCERIA E LICITAÇÃO

Prof. Gustavo Henrique Justino de Oliveira

Doutor em Direito do Estado pela USP.
Professor no Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Procurador do Estado do Paraná.
Advogado e Consultor em Curitiba.

SUMÁRIO: 1. ESTADO E SOCIEDADE CIVIL: RELAÇÕES CONTEMPORÂNEAS. 2. REFORMA DO ESTADO, ESTADO SUBSIDIÁRIO E TERCEIRO SETOR NO BRASIL. 3. ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO: UM NOVO MODELO DE GESTÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS. 4. AS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO E A LEI FEDERAL N. 8.666/93. 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

1. ESTADO E SOCIEDADE CIVIL: RELAÇÕES CONTEMPORÂNEAS

Atualmente ocorrem intensos e sucessivos câmbios, não somente nas estruturas político-organizacionais e funções do Estado, mas também na própria concepção e organização da sociedade civil. Tais câmbios vêm provocando alterações no modo como são desenvolvidas as relações entre o **Estado** e a **sociedade civil**, colocando em relevo novas funções a serem desempenhadas pela Administração pública contemporânea.

Na busca pela identificação dessas novas atribuições, tema incandescente é o enfrentamento da clássica dicotomia Estado e sociedade civil, notadamente tendo em vista o ressurgimento dos estudos em torno do papel das organizações da sociedade nos dias de hoje.

De acordo com Norberto BOBBIO, isso seria esperado, pois é freqüente afirmar-se que “a solução das crises que ameaçam a sobrevivência de um

Estado deve buscar-se, antes de tudo, na Sociedade civil, onde é possível a formação de novas fontes de legitimidade e, portanto, novas áreas de consenso".[1] Consoante o autor, "nos momentos de ruptura, se exalta a volta à Sociedade civil, tal como os justanuralistas exaltavam o retorno ao Estado de natureza".[2]

Discute-se a respeito de um estreitamento dos laços entre Estado e sociedade civil, e de uma acentuada interseção entre o poder político e os centros de poder social, cada vez mais presentes e atuantes na sociedade pluriclasse. Daí o sentido com que são empregadas expressões como **sociedade policêntrica**[3] e **sociedade em rede**,[4] demandando uma urgente e necessária **rearticulação das relações entre Estado e sociedade**.

Com efeito, a intensificação das relações entre Estado e sociedade parece dominar o cenário mundial, configurando um fenômeno irreversível. Nesse sentido são as ponderações de Manuel VILLORIA MENDIETA:

A sociedade civil e o Estado são parte da mesma sociedade. O desenvolvimento da teoria da responsabilidade social no âmbito da empresa privada, a eclosão das organizações não governamentais e do denominado "terceiro setor" obrigam a Administração a abrir suas portas aos diferentes agentes críticos afetados e que afetam suas políticas. A criação de unidades de participação nas organizações públicas, com a inclusão de diversos segmentos, também torna-se imprescindível. A presença de setores radicais da sociedade civil pode ser recomendável. Tudo isso, vinculado à elaboração de planos estratégicos que explicitem missões, escolhas e visões, gera um âmbito democrático e transparente necessário para a posterior implantação honesta e

---

[1] BOBBIO, Norberto. SOCIEDADE CIVIL. In: BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de política*. 8. ed. Brasília: Editora UNB, 1995. v. 2, p. 1210-1211.

[2] Ibid., p. 1211.

[3] A expressão é empregada por Mauro LEONEL, ao constatar que diante da atual pluralidade de atores na sociedade civil, haveria uma pluralidade de centros de ação social. Nas palavras do autor "esses atores são diversos: locais, culturais, de gênero, étnicos, religiosos, filantrópicos, mediadores, representativos, prestadores de serviços, cooperativas, de autogestão, fundações, clubes, movimentos sociais, tantos outros. Para que o século 21 amplie o público e diminua o Estado, em direção ao policêntrico, deve-se aprimorar a consulta, a qualificação, oferecer oportunidades iguais a todos os atores coletivos" (LEONEL, Mauro. A sociedade policêntrica: a reforma do Estado em questão. *Folha de São Paulo,* 10 jul. 1999. Jornal de Resenhas, p. 4.).

[4] Locução utilizada por Manuel CASTELLS, cuja formulação demonstra a "primazia da morfologia social sobre a ação social" (CASTELLS, Manuel. *A era da informação*: a sociedade em rede. 5. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2001. v. 1, p. 497.), e seria característica da **era da informação**. Para o autor, as divisões sociais básicas da era da informação seriam (i) fragmentação interna da força do trabalho entre produtores informacionais e mão-de-obra genérica substituível; (ii) exclusão social de um segmento significativo da sociedade formado por indivíduos descartados cujo valor como trabalhadores/consumidores já está desgastado e cuja importância como pessoa é ignorada; e (iii) separação entre a lógica de mercado das redes globais de fluxos de capital e a experiência humana de vida dos trabalhadores (CASTELLS, Manuel. *A era da informação*: fim de milênio. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002. v. 3, p. 423.).

imparcial dessas políticas. Nesse âmbito, a tecnologia deve ocupar o papel auxiliar que lhe corresponde.[5]

Para bem desenvolver essa esperada sinergia entre Estado e sociedade civil, atuais são as orientações de Alexis de TOCQUEVILLE:

Um governo não seria capaz nem de manter sozinho e renovar a circulação dos sentimentos e das idéias num grande povo, nem de conduzir todos os empreendimentos industriais. Assim que ele tentar sair da esfera política para se lançar nessa nova via, exercerá, mesmo sem querer, uma tirania insuportável; porque um governo só sabe ditar regras precisas; ele impõe os sentimentos e as idéias que favorece, e é sempre difícil discernir seus conselhos de suas ordens. Será bem pior ainda se ele se imaginar realmente interessado em que nada se mexa. Então, manter-se-á imóvel e deixar-se-á entorpecer por um sono voluntário. **É necessário portanto que ele não aja sozinho**.[6] [sem grifo no original]

E **não agir sozinho** significa agir em harmonia, em consonânica com os anseios e necessidades da sociedade; significa agir, sempre que isso demonstrar ser mais pertinente e consentâneo com o interesse público, de modo concertado ou em parceria com as organizações da sociedade civil.

Não obstante os vários significados da expressão **sociedade civil**, BOBBIO denota que coube ao sistema das necessidades elaborado por HEGEL atestar a precedência no tratamento da sociedade civil como uma realidade anterior (e portanto distinta) da sociedade política **Estado** (onde a mudança da Sociedade civil em Estado verifica-se quando cada uma das partes da sociedade, que nascem da dissolução da família, se unificam num conjunto orgânico). De outro lado, a MARX competiu explicitar que a sociedade civil (esfera de relações econômicas intersubjetivas, contraposta à esfera das relações políticas) seria a base real (estrutura) sobre a qual elevar-se-ia a superestrutura jurídica e política denominada Estado.[7]

No entanto, deve-se a Antonio GRAMSCI a consolidação moderna da expressão sociedade civil:

Na noção geral de Estado entram elementos que devem ser remetidos à noção de sociedade civil (no sentido, seria possível dizer, de que Estado = sociedade política + sociedade civil, isto é, hegemonia couraçada de coerção). Numa doutrina do Estado que conceba este como tendencialmente capaz de esgotamento e de dissolução na sociedade regulada, o tema é fundamental. Pode-se imaginar o elemento Estado-coerção em processo de esgotamento à

---

[5] VILLORIA MENDIETA, Manuel. *La modernización de la administración como instrumento al servicio de la democracia*. Madrid: Inap, 1996. p. 384.

[6] TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na américa.* São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 134-135.

[7] BOBBIO, Norberto. SOCIEDADE CIVIL. In: BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de política*. 8. ed., 1995. v. 2, p. 1208-1209.

medida que se afirmam elementos cada vez mais conspícuos de sociedade regulada (ou Estado ético, ou sociedade civil). As expressões Estado ético ou sociedade civil significariam que esta 'imagem' de Estado sem Estado estava presente nos maiores cientistas da política e do direito ...[8]

Em sua obra, GRAMSCI emprega a expressão sociedade civil no sentido de "hegemonia política e cultural de um grupo social sobre toda a sociedade, como conteúdo ético do Estado".[9]

Entretanto, para o presente trabalho impende realçar uma definição contemporânea de sociedade civil. E a conceituação proposta por Jürgen HABERMAS parece refletir o atual significado da expressão:

Hoje em dia, o termo sociedade civil não inclui mais a economia constituída através do direito privado e dirigida através do trabalho, do capital e dos mercados de bens, como ainda acontecia na época de Marx e do marxismo. O seu núcleo institucional é formado por associações e organizações livres, não estatais e não econômicas, as quais ancoram as estruturas de comunicação da esfera pública nos componentes sociais do mundo da vida. A sociedade civil compõe-se de movimentos, organizações e associações, os quais captam os ecos dos problemas sociais que ressoam nas esferas privadas, condensam-nos e os transmitem, a seguir, para a esfera pública política. O núcleo da sociedade civil forma uma espécie de associação que institucionaliza os discursos capazes de solucionar problemas, transformando-os em questões de interesse geral no quadro de esferas públicas. Esses *designs* discursivos refletem, em suas formas de organização, abertas e igualitárias, certas características que compõem o tipo de comunicação em torno da qual cristalizam, conferindo-lhe continuidade e duração.[10]

---

[8] GRAMSCI, Antonio. *Cadernos do cárcere*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. v. 3, p. 244-245.

[9] Ibid., p. 225. Sobre a construção gramsciana, BOBBIO anota que a mesma, embora reiteradamente parta da concepção de HEGEL, não corresponde a do momento inicial, no qual explodem as contradições que o Estado irá dominar, "mas a do momento final em que, através da organização e da regulamentação dos diversos interesses (as corporações), são postas as bases para a passagem ao Estado" (BOBBIO, Norberto. *O conceito de sociedade civil*. Rio de Janeiro: Graal, 1982. p. 36). E sobre a sociedade regulada aludida por GRAMSCI (sociedade sem Estado), BOBBIO afirma que ela resultaria da "ampliação da sociedade civil e, portanto, do momento da hegemonia, até eliminar todo o espaço ocupado pela sociedade política. Os Estados que existiram até hoje são uma unidade dialética de sociedade civil e sociedade política, de hegemonia e dominação. A classe social que conseguir tornar sua hegemonia tão universal a ponto de tornar supérfluo o momento da coerção terá colocado as premissas para a passagem à sociedade regulada" (Ibid., p. 50.).

[10] HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2. p. 99. Para o autor, a sociedade civil é parte integrante da **esfera pública**, igualmente composta pelos meios de comunicação de massa, pelas grandes agências, entidades encarregadas de pesquisas de opinião e mercado, e outros entes que vêm formar a **opinião pública**. Todavia, a sociedade civil forma "o substrato organizatório do público de pessoas privadas que buscam interpretações públicas para suas experiências e

Aduz HABERMAS que a **sociedade civil** é uma esfera que se encontra "apoiada em direitos fundamentais",[11] como a liberdade de opinião, de reunião, de associação. As organizações dessa esfera conectam-se com o **sistema político** e com a **esfera pública**, interferindo na formação da opinião pública, representando interesses de grupos sociais de natureza religiosa, cultural humanitária, entre outros.

Sobre o relacionamento entre a sociedade civil e o Estado, HABERMAS pondera que "diretamente, a sociedade só pode transformar-se a si mesma; porém ela pode influir indiretamente na autotransformação do sistema político constituído como um Estado de direito. Quanto ao mais, ela também pode influenciar a programação desse sistema".[12] Se comparada às estruturas estatais, apesar de sua posição assimétrica em relação às possibilidades de intervenção e das limitadas capacidades de elaboração, registra o autor que a sociedade civil "tem a chance de mobilizar um saber alternativo e de preparar traduções próprias, apoiando-se em avaliações técnicas especializadas".[13]

Afirma HABERMAS que os grandes temas da atualidade - *v.g.* diversidade cultural, perigo nuclear, proteção e defesa do meio ambiente, empobrecimento dos países do Terceiro Mundo - são captados e identificados pelos centros nervosos da sociedade civil, muito antes de fazê-los os centros da política. Os líderes sociais e comunitários levantam tais problemas e os direcionam para as associações e demais representações da sociedade, que acabam por transformá-los em bandeiras de movimentos sociais de grande relevância, inserindo-os, assim, na agenda pública.[14]

Nesse cenário, parece ser possível identificar, de um lado, a existência de uma **esfera pública política** ou **esfera pública estatal**; de outro, a existência de uma **esfera pública não-estatal**, espaço no qual desponta no Brasil o denominado **Terceiro Setor**.

2. REFORMA DO ESTADO, ESTADO SUBSIDIÁRIO E TERCEIRO SETOR NO BRASIL

Encontra-se suficientemente consolidada a noção de que **esfera estatal** não é equiparada à **esfera pública**, sobretudo quando vem se tornando usual a distinção entre **espaço público estatal** e **espaço público não-estatal**.

Mais do que isso, tem-se por demasiadamente ultrapassada a noção de **interesse público** como coincidente ou restrita à noção de **interesse de**

---

interesses sociais, exercendo influência sobre a formação institucionalizada da opinião e da vontade" (Ibid., p. 100.).

[11] Ibid., p. 101.

[12] Ibid., p. 105.

[13] Ibid., p. 106.

[14] Ibid., p. 115-116.

Estado, pois nas palavras de Marçal JUSTEN FILHO sendo o Estado instrumento de realização de interesses públicos, constata-se que o conceito de interesse público é anterior (lógica e axiologicamente) ao conceito de Estado, e portanto anterior ao conceito de interesse de Estado.[15]

No Brasil, foi a Reforma do Aparelho do Estado iniciada em 1995 que trouxe o tema à baila.

Por meio de uma classificação proposta por Luiz Carlos BRESSER PEREIRA, emergiria em nosso país um **espaço público não-estatal**, no qual as relações entre Estado e organizações privadas sem fins lucrativos passariam a ser desenvolvidas com maior amplitude e extensão.[16]

Em face do realinhamento do papel do Estado, muitas das ações qualificadas como ações de Estado passaram a ser levadas a cabo por organizações privadas, com e sem ânimo de lucro; por tais organizações complementadas ou suplementadas. Ressurgiram institutos consagrados do direito público, como as concessões e permissões de serviços públicos, bem como emergiram termos e expressões como terceirização, parceria, gestão compartilhada e transferência, todos representativos dessas relações associativas ou colaborativas entre Estado e sociedade.

Entretanto, embora configure uma das premissas do fenômeno transformador do Estado - e que intenta explicar a forma de propriedade correspondente ao modo de prestação dos denominados serviços não-exclusivos de Estado - o espaço público não-estatal proposto pelo autor não corresponde à concepção contemporânea de sociedade civil organizada, apreciada no item precedente deste trabalho.

Nas palavras de BRESSER PEREIRA:

É pública a propriedade que é de todos e para todos. É estatal a instituição que detém o poder de legislar e tributar, é estatal a propriedade que

---

[15] JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a "personalização" do direito administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 26, p. 115-136, 1999. p. 117. O autor inclusive aponta uma tendência advinda com o desenvolvimento político e social, no sentido de que haveriam **interesses públicos não estatais**, a serem assim reconhecidos no campo das atividades exercidas pelas organizações não governamentais.

[16] Importante registrar a proposta formulada por Boaventura de Sousa SANTOS, autor que distingue nas sociedades capitalistas quatro espaços ou tempos estruturais: espaço doméstico, espaço da produção, espaço da cidadania e espaço mundial. Cada espaço identificado é integrado por cinco componentes elementares: (i) unidade de prática social, (ii) forma institucional privilegiada, (iii) mecanismo de poder, (iv) forma de direito e (v) modo de racionalidade. Embora reconheça a existência de um espaço público, Boaventura de Sousa SANTOS defende a existência de um **espaço da cidadania**, constituído pelas relações sociais da esfera pública entre cidadãos e o Estado. A unidade de prática social seria o indivíduo, a forma institucional seria o Estado, o mecanismo de poder seria a dominação, a forma de direito seria o direito oficial estatal (o único existente para a dogmática jurídica), e o modo de racionalidade seria a maximização da lealdade (SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1996. p. 125-126.).

faz parte integrante do aparelho do Estado, sendo regida pelo Direito Administrativo. É privada a propriedade que se volta para o lucro ou para o consumo dos indivíduos ou dos grupos. De acordo com essa concepção, uma fundação "de Direito Privado", embora regida pelo Direito Civil, como são, por exemplo, as universidades americanas, é uma instituição pública, à medida que está voltada para o interesse geral. Em princípio todas as organizações sem fins lucrativos são ou devem ser organizações públicas não-estatais. Sem dúvida poderíamos dizer que, afinal, continuamos apenas com as duas formas clássicas de propriedade: a pública e a privada, mas com duas importantes ressalvas: primeiro, a propriedade pública se subdivide em estatal e não-estatal ao invés de se confundir com a estatal; segundo, as instituições de Direito Privado voltadas para o interesse público e não para o consumo privado não são privadas, mas públicas não-estatais. O reconhecimento de um espaço público não-estatal tornou-se particularmente importante em um momento em que a crise do Estado aprofundou a dicotomia Estado-setor privado, levando muitos a imaginar que a única alternativa à propriedade estatal é a privada. A privatização é uma alternativa adequada quando a instituição pode gerar todas as suas receitas da venda de seus produtos e serviços, e o mercado tem condições de assumir a coordenação de suas atividades. Quando isso não acontece, está aberto o espaço para o público não-estatal. Por outro lado, no momento em que a crise do Estado exige o reexame das relações Estado-sociedade, o espaço público não-estatal pode ter um papel de intermediação ou pode facilitar o aparecimento de formas de controle social direto e de parceria, que abrem novas perspectivas para a democracia.[17]

Prosseguindo, assevera BRESSER PEREIRA:

No setor dos serviços não-exclusivos de Estado, a propriedade deverá ser em princípio pública não-estatal. Não deve ser estatal porque não envolve o uso do poder-de-Estado. E não deve ser privada porque pressupõe transferências do Estado. Deve ser pública para justificar os subsídios recebidos pelo Estado. O fato de ser pública não-estatal, por sua vez, implicará na necessidade da atividade ser controlada de forma mista pelo mercado, pelo Estado, e principalmente pela sociedade. O controle do Estado, entretanto, será necessariamente antecedido e complementado pelo controle social direto, derivado do poder dos conselhos de administração constituídos pela sociedade. E o controle do mercado se materializará na cobrança dos serviços. Desta forma a sociedade estará permanentemente atestando a validade dos serviços prestados, ao mesmo tempo que se estabelecerá um sistema de parceria ou de co-gestão entre o Estado e a sociedade civil. Na União, os serviços não-exclusivos de Estado mais relevantes são as universidades, as escolas técnicas, os centros de pesquisa, os hospitais e os museus. A reforma proposta é a de transformá-los em um tipo especial de entidade não-estatal, as organizações sociais. A idéia é transformá-los, voluntariamente, em "organizações sociais", ou seja, em entidades que celebrem um contrato de

[17] BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Uma reforma gerencial da Administração Pública no Brasil. *Revista do Serviço Público*, Brasília, a. 49, n. 1, p. 5-42, jan./mar. 1998. p. 24.

gestão com o Poder Executivo e contem com a autorização do parlamento para participar do orçamento público. Organização social não é, na verdade, um tipo de entidade pública não-estatal, mas uma qualidade dessas entidades, declarada pelo Estado.[18]

Embora contrariamente à construção proposta tenham sido levantadas diversas vozes, não há como afastar o fato de que o posicionamento adotado inaugurou uma nova temática no direito público brasileiro, atinente às formas de colaboração entre o Estado e as organizações privadas não lucrativas, com o fito de promover-se a prestação de serviços sociais à população.

Conforme sustenta Luiz Carlos BRESSER PEREIRA, "o processo de ampliação do setor público não-estatal ocorre a partir de duas origens: de um lado, a partir da sociedade, que cria continuamente entidades dessa natureza; de outro lado, a partir do Estado, que, nos processos de reforma (...) se engaja em processos de publicização de seus serviços sociais e científicos".[19]

Tais ponderações reforçam o que para alguns consiste no modelo estatal da contemporaneidade: o **Estado subsidiário**, cujo embasamento teórico remonta a abordagens eclesiásticas perpetuadas em encíclicas como a

[18] Ibid., p. 25. A qualificação federal **organizações sociais** foi instituída pela Medida Provisória n. 1.591, de 09 de outubro de 1997, posteriormente convertida na Lei federal n. 9.637, de 15 de maio de 1998, cujo art. 1° estipula que "o Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos aos requisitos previstos nesta Lei". De acordo com o art. 20 do diploma legal assinalado, haveria de ser criado, mediante decreto do Poder Executivo, o *Programa Nacional de Publicização - PNP*, com o objetivo de estabelecer diretrizes e critérios para a qualificação de organizações sociais, a fim de assegurar a absorção de atividades desenvolvidas por entidades ou órgãos públicos da União, que atuem nas atividades referidas no art. 1°, por organizações sociais, qualificadas na forma desta Lei, observadas as seguintes diretrizes: I - ênfase no atendimento do cidadão-cliente; II - ênfase nos resultados, qualitativos e quantitativos nos prazos pactuados; III - controle social das ações de forma transparente. Percebe-se que no contexto geral da Reforma do Aparelho do Estado, a concepção das organizações sociais legitimaria, de um lado, a extinção de órgãos e entidades públicas que estivessem levando a cabo atividades elencadas no art. 1° da Lei federal n. 9.637/98, sendo que tais entidades seriam recriadas, porém destituídas de vínculos orgânicos com a Administração pública de origem. E nos termos do § 1° do art. 22 da lei assinalada, "a absorção pelas organizações sociais das atividades das unidades extintas efetivar-se-á mediante a celebração de contrato de gestão, na forma dos arts. 6° e 7°". De outro lado, a configuração das organizações sociais fomentaria a atividade associativa na sociedade civil, incentivando a criação de entidades privadas não lucrativas *ad hoc*, ou seja, instituídas no formato da organização jurídica preconizada pela Lei federal n. 9.637/98 e para desenvolver tão-somente atividades relacionadas com as áreas enumeradas no art. 1° (ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde). Em ambos os casos, com base em um contrato de gestão, Estado e organizações sociais passariam a desenvolver atividades mútuas e colaborativas, especificamente nas áreas relacionadas na Lei federal n. 9.637/98. Neste trabalho, o tema das organizações sociais não será explorado.

[19] BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Reforma do Estado para a cidadania*: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional. Brasília: Enap, 1998. p. 242.

Rerum Novarum (1891), *Quadragesimo Anno* (1931),[20] *Mater et Magistra* (1961) e *Centesimus Annus* (1991).

Partindo da noção de que cumpre ao Estado a realização do bem comum, e asseverando que o **princípio da subsidiariedade**[21] tem sua sede no Direito Natural, Juan Carlos CASSAGNE nele reconhece dois sentidos. Um **sentido negativo**, segundo o qual existiria um **limite para a intervenção estatal** naqueles campos onde, por natureza das tarefas a serem realizadas, competiria aos particulares assumirem tais atividades. Por seu turno, do **sentido positivo** do princípio resultaria uma vinculação do Estado a um **dever de intervenção**, nos casos de insuficiência da iniciativa privada, "na medida que sua ingerência seja socialmente necessária e não suprima nem impeça a atividade dos particulares".[22]

No entender de CASSAGNE, o modelo de **Estado subsidiário** não implicaria a eliminação de certas funções adstritas ao Estado do Bem-Estar Social, e tampouco levaria ao retorno ao modelo estatal liberalista do séc. XIX;

---

[20] A essência do **princípio da subsidiariedade** encontra-se em passagem dessa encíclica, de autoria do Papa Pio XI: "Verdade é, e a história o demonstra abundantemente, que, devido à mudança de condições, só as grandes sociedades podem levar a efeito, o que antes podiam até mesmo as pequenas; permanece, contudo, imutável aquele solene princípio da filosofia social: assim como é injusto subtrair aos indivíduos o que eles podem efetuar com a própria iniciativa e indústria, para o confiar à coletividade, do mesmo modo passar para uma sociedade maior e mais elevada o que sociedades menores e inferiores podiam conseguir, é uma injustiça, um grave dano e perturbação da boa ordem social. O fim natural da sociedade e da sua ação é coadjuvar os seus membros, não destuí-los nem absorvê-los. Deixe, pois, a autoridade pública ao cuidado de associações inferiores aqueles negócios de menor importância, que a absroveriam demasiado; poderá então desempenhar mais livre, enérgica e eficazmente o que só a ela compete, porque só ela o pode fazer: dirigir, vigiar, urgir e reprimir, conforme os casos e a necessidade requeiram. **Persuadam-se todos os que governam: quanto mais perfeita orgem hierárquica reinar entre as várias agremiações, segundo este princípio da função 'supletiva' dos poderes públicos, tanto maior influência e autoridade terão estes, tanto mais feliz e lisonjeiro será oestado da nação"** (PIO XI, Papa. *Quadragesimo anno*: carta encíclica de sua santidade Pio XI sobre a restauração e aperfeiçoamento da ordem social em conformidade com a lei evangélica. 15 de maio de 1931. In: *ENCÍCLICAS e documentos sociais*: da *Rerum Novarum* à *Octogesima Adveniens*. São Paulo: LTr Editores, 1971. p. 77-78.). [sem grifo no original]

[21] Pondera Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO que "atende-se ao princípio da subsidiariedade sempre que a decisão do Poder Público venha a ser tomada da forma mais próxima possível dos cidadãos a que se destinem. Tal proximidade visa a garantir que o órgão administrativo considerará sempre em suas decisões: primeiro, que sejam respeitados os direitos e iniciativas dos cidadãos e das entidades privadas; segundo, que qualquer intervenção administrativa só se produza em caso de inexistência ou insuficiência da iniciativa individual ou social; terceiro, que neste caso, a intervenção só se dará na medida indispensável para atender ao interesse público legal e legitimamente definido; e, quarto, que outros entes ou órgãos administrativos menores não tenham condições de agir com eficiência" (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 231, p. 129-156, jan./mar. 2003. p. 135-136.).

[22] CASSAGNE, Juan Carlos. *La intervencion administrativa.* 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994. p. 23.

seria a síntese de ambos, "um novo modelo de Estado onde a realidade predomina sobre a ideologia".[23] E assim o autor sintetiza a noção:

Suas características predominantes o tipificam como uma organização binária, integrada por uma unidade de superior hierarquia que exerce as funções indelegáveis (justiça, defesa, segurança, relações exteriores, legislação) pertencentes ao Estado como comunidade perfeita e soberana. Essa unidade completa-se a outra, por meio de funções desenvolvidas por um conjunto de organizações menores, as quais cumprem uma missão supletória da atividade privada (educação, saúde, serviços públicos). Nesse contexto, canaliza-se a realização do bem comum, com predomínio do Direito público nas estruturas e procedimentos das funções indelegáveis, e com recurso a formas privadas ou mistas para a atividade supletiva, conforme o objeto visado em cada caso (se a atividade é industrial ou comercial a atuação da empresa aparece regulada pelo Direito privado).[24]

Por seu turno, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO revela algumas tendências advindas da aplicação do princípio da subsidiariedade no cenário do Estado em transformação: (i) diminuição do tamanho do Estado, por meio da privatização, ocorrida especialmente a partir da década de 80 do século passado, movida por fatores de ordem financeira, jurídica e política; (ii) ampliação da atividade administrativa de fomento, como meio de estimular os vários grupos sociais a realizarem seus interesses; (iii) crescimento das técnicas de fomento, com o alargamento do elenco de instrumentos de parceria entre o setor público e o privado; (iv) maior desregulamentação, com a qual busca-se maior equilíbrio entre liberdade e autoridade, e (v) transformação do conceito de interesse público, com a aplicação dos recursos humanos, materiais e financeiros de que dispõe a Administração pública para preferencialmente obter-se benefícios aos cidadãos, por meio da qualidade e eficiência dos serviços prestados.[25]

Nesse quadro em constante mutação, cumpre colocar em relevo ser primordial ao Estado permanentemente capacitar-se para evoluir em um processo de auto-renovação, por meio de ajustes e transformações, a serem concretizados de modo gradual. Em virtude disso, revela-se extremamente difícil identificar um modelo estatal específico e unificador de todas as organizações políticas desse início de século.

---

[23] Ibid., p. 110.

[24] Id. O autor coloca em relevo não ser possível ao Estado renunciar a sua função supletiva, exclusiva ou concorrente com a atuação privada, em campos como a previdência social, saúde, educação, principalmente quando tais atividades não estiverem sendo suficientemente desempenhadas pelos particulares. Registra que "embora tenham surgido movimentos e tendências destinadas a descentralização e autonomia, faz-se necessário canalizar suas forças centrífugas para que as mudanças operadas pelo processo transformador não ocasionem o desequilíbrio do conjunto e a paralização de certos setores em detrimento de outros" (Ibid., p. 111.).

[25] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública.* 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 29-33.

Sem prejuízo disso, há indícios suficientes de que a tarefa principal do Estado contemporâneo não mais é a de realizar diretamente ações tendentes à satisfação das necessidades coletivas. O Estado deve ser o **responsável primário** pelo desenvolvimento dos indivíduos, da sociedade e do país, por meio da realização de **parcerias** com a iniciativa privada e com a sociedade civil.[26]

Isso se deve em virtude de duas razões. Em **primeiro lugar**, porque se assiste atualmente a uma repartição das responsabilidades entre Estado, iniciativa privada (responsabilidade social empresarial)[27] e sociedade civil (terceiro setor) para a consecução de atividades que têm por fim gerar benefícios à coletividade. E, em **segundo lugar**, porque a universalidade na prestação direta de serviços públicos ou de benefícios de assistência social pelo Estado pode estar restrita a determinados serviços ou benefícios (não abrangendo a sua totalidade, portanto), ou ainda cingir-se a atender determinados segmentos da população (focalização de serviços e benefícios).

O crescimento do **Terceiro Setor** no Brasil é um reflexo dos câmbios assinalados.

Não há um conceito unívoco de Terceiro Setor, o qual depende da realidade sócio-cultural e institucional de um dado país. Segundo Vital MOREIRA, "trata-se de um setor intermediário entre o Estado e o mercado, entre o sector público e o privado, que compartilha de alguns traços de cada

---

[26] Importa destacar que o caráter polissêmico do termo **parceria** é manifesto. Sem embargo, concorda-se com Jean-Pierre GAUDIN, autor que alude à idéia de parceria para genericamente representar as "convenções múltiplas que ligam os poderes públicos, o setor privado e, outras vezes, o que se denomina associações da 'sociedade civil'" (GAUDIN, Jean-Pierre. *Gouverner par contrat*: l'action publique en question. Paris: Presses de Sciences Politiques, 1999. p. 14.). Marçal JUSTEN FILHO aponta uma configuração econômica e uma configuração jurídica para o vocábulo **parceria.** Em sua configuração econômica, parceria retrata "contrato por meio do qual dois ou mais agentes econômicos se associam para exploração de certo empreendimento, mantendo (em princípio) cada qual autonomia jurídica e desempenhando atividades em nome próprio. Há conjugação econômica das atividades, com previsão de partilha dos lucros, se houver" (JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público.* São Paulo: Dialética, 2003. p. 138.). Por outro lado, em sua configuração jurídica manifesta-se por meio de um contrato associativo, em que "uma pluralidade de sujeitos obriga-se a contribuir com seus recursos e (ou) esforços para a realização de um fim comum" (Id.). Para o autor, a característica fundamental da parceria é a partilha de resultados (Ibid., p. 139.).

[27] Intensifica-se mundialmente o movimento da **responsabilidade social empresarial**, compreendida como uma estratégia de sustentabilidade dos negócios privados, em que as organizações privadas lucrativas passam a contemplar em suas atividades diversos efeitos não-econômicos (social, ambiental, cultural, entre outros), agregando assim valores sociais às atividades comerciais por elas desenvolvidas. É o que a legislação brasileira prevê como **função social da empresa** ou **função social do empresário** (*v.g.* par. único do art. 116 e art. 154 da Lei das Sociedades Anônimas), vetor para a prática de atividades econômicas, que assim gerariam benefícios públicos com o emprego de recursos privados. Sobre o tema e suas implicações na conceituação do interesse público, cf. MÂNICA, Fernando; OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Empresas e investimento social. *Gazeta do Povo*, Curitiba, 06 ago. 2002, p.13.

um deles".[28] Para o autor, a expressão visa retratar "a prestação de bens e serviços por parte de organizações não estaduais e não lucrativas muito diversas - como as cooperativas, as mutualidades, as igrejas, as organizações beneficentes, as fundações de fins sociais -, muitas vezes baseadas em doações de fundos e na colaboração voluntária".[29]

Obviamente, o interesse no Terceiro Setor é uma decorrência das políticas reformistas de Estado, as quais provocaram o desmantelamento das estruturas públicas voltadas à prestação de serviços sociais à comunidade. Se é incorreto afirmar que a responsabilidade estatal foi integralmente transferida ao setor privado, certo é que ao menos foi incentivada a co-responsabilidade das entidades privadas (mormente as não-lucrativas) na execução dessas atividades socialmente relevantes.

Parece oportuno ressaltar que no Brasil o Terceiro Setor pode ser concebido como "o conjunto de atividades voluntárias, desenvolvidas por organizações privadas não-governamentais e sem ânimo de lucro (associações ou fundações), realizadas em prol da sociedade, independentemente dos demais setores (Estado e mercado), embora com eles possa firmar parcerias e deles possa receber investimentos (públicos e privados)".[30] Ou, em termos jurídicos, pode-se sustentar que fazem parte do Terceiro Setor "as pessoas jurídicas de direito privado, constituídas de acordo com a legislação civil sob a forma de associações ou fundações, as quais desenvolvam (i) atividades de defesa e promoção de quaisquer direitos previstos pela Constituição ou (ii) prestem serviços de interesse público".[31]

Eis o contexto no qual foi introduzida no ordenamento jurídico a Lei federal n. 9.790, de 23 de março de 1999, amplamente conhecida como a Lei das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, ou simplesmente, a **Lei das OSCIPs**.

3. ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO: UM NOVO MODELO DE GESTÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

A **OSCIP** é uma qualificação especial, concedida pelo Ministério da Justiça àquelas entidades da sociedade civil sem fins lucrativos que, além de

[28] MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e administração pública*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 33.

[29] Id.

[30] OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *Estado contratual, direito ao desenvolvimento e parceria público-privada*, 2005 (mimeo.).

[31] MÂNICA, Fernando Borges. *Terceiro Setor e Imunidade Tributária.* Belo Horizonte: Fórum, 2005 (no prelo).

cumprirem determinados requisitos legalmente exigidos,[32] tenham por finalidade social uma das atividades enumeradas na Lei Federal nº 9.790/99.[33]

As OSCIPs são entidades privadas sem fins lucrativos, integrantes do denominado Terceiro Setor, porém vocacionadas para serem **colaboradoras do Estado** na implementação de políticas públicas e na prestação de serviços sociais à população.

Tradicionalmente vistas como **antagonistas do Estado** (por exercerem pressão sobre o mesmo), as organizações não-governamentais passaram a desempenhar papel de **protagonistas do desenvolvimento**, tornando possível que suas atividades sejam executadas em colaboração com as atividades desempenhadas pelo Poder Público.

Nesse sentido, Nuria CUNILL GRAU salienta:

Além das ações que correspondem ao voluntariado, começa-se a promover a colaboração mútua, mediante a criação de associações que executem programas públicos, a transferência de funções do Estado a segmentos da sociedade para que as executem diretamente, o financiamento público a ações desempenhadas por organizações não-governamentais - ONG - ou mediante a descentralização nos beneficiários da administração de gastos públicos.[34]

Por seu turno, registra Carlos Antonio MORALES:

Cada vez mais, instituições que não são nem do Estado nem do setor privado prestam serviços sociais de caráter público. Em geral, são organizações sem fins lucrativos que promovem atividades relacionadas com

---

[32] Arts. 1° e 4° da Lei federal n. 9.790/99.

[33] Segundo o art. 3° da Lei federal n. 9.790/99 "a qualificação instituída por esta Lei, observado em qualquer caso, o princípio da universalização dos serviços, no respectivo âmbito de atuação das Organizações, somente será conferida às pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujos objetivos sociais tenham pelo menos uma das seguintes finalidades: I - promoção da assistência social; II - promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico; III - promoção gratuita da educação, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei; IV - promoção gratuita da saúde, observando-se a forma complementar de 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".

[34] CUNILL GRAU, Nuria. A rearticulação das relações Estado-sociedade: em busca de novos significados. *Revista do Serviço Público*, Brasília, a. 47, v. 120, n. 1, p. 113-140, jan./abr. 1996. p. 127.

os direitos sociais dos cidadãos e que expressam a vitalidade da sociedade civil ao ocupar os espaços vazios deixados pelo mercado e o Estado.[35]

Nesse viés, foi criado pelo diploma legal ora enfocado o **Termo de Parceria**, entendido como "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".[36]

Consoante o art. 10 da Lei das OSCIP, "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", sendo que sua celebração será precedida de consulta aos Conselhos de Políticas Públicas das áreas correspondentes de atuação existentes, nos respectivos níveis de governo (§ 1° do art. 10).[37]

Além disso, de acordo com o art. 11 da Lei das OSCIPs, "a execução do objeto do Termo de Parceria será acompanhada e fiscalizada por órgão do Poder Público da área de atuação correspondente à atividade fomentada, e pelos Conselhos de Políticas Públicas das áreas correspondentes de atuação existentes, em cada nível de governo", sendo que os resultados atingidos deverão ser analisados por comissão de avaliação, composta de comum acordo entre o órgão parceiro e a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (§ 1° do art. 11), encaminhando a comissão à autoridade competente

[35] MORALES. Carlos Antonio. Provisão de serviços sociais através de organizações públicas não-estatais. In: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; CUNILL GRAU, Nuria. (Orgs.). *O público não-estatal na reforma do Estado*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999. p. 51-86. p. 53.

[36] Lei 9.790/99, art. 9º.

[37] São cláusulas essenciais do Termo de Parceria, as quais se encontram arroladas no § 2° do artigo 10 da lei sob comento: 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 e 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.

relatório conclusivo sobre a avaliação procedida (§ 2° do art. 11). E consoante o § 3° do art. 11, "os Termos de Parceria destinados ao fomento de atividades nas áreas de que trata esta Lei estarão sujeitos aos mecanismos de controle social previstos na legislação".

É importante ressaltar que os termos de parceria celebrados com entidades privadas qualificadas como OSCIP são **acordos administrativos colaborativos**, ajustados entre o Poder Público e entidades privadas sem fins lucrativos. São acordos utilizados para viabilizar a **concertação administrativa,**[38] e têm por função principal instituir e disciplinar vínculos de colaboração entre o Estado e a sociedade civil, estando presente em ambos os casos a atividade de **fomento** por parte do Estado.

Cumpre ressaltar que a OSCIP deve atuar de forma distinta do Poder Público parceiro, ou seja, deve ser clara a separação entre os serviços públicos prestados pela entidade pública e as atividades desenvolvidas pela OSCIP. É importantíssimo que tal distinção fique evidenciada, impedindo-se assim a caracterização de uma forma ilegal de terceirização de serviços públicos. Afinal, o termo de parceria é instrumento criado para que entidades do terceiro setor recebam **incentivo** para atuar *ao lado* do ente público, **de maneira distinta** dele, e não para que substitua tal ente, fazendo as vezes do Poder Público.

De acordo com a Lei das OSCIPs, a entidade assim qualificada há de expressar sua dedicação às atividades enumeradas no parágrafo único do art. 3° da Lei federal n. 9.790/99 por intermédio (i) da realização de projetos, programas e planos de ações correlatas, (ii) da doação de recursos físicos, humanos e financeiros, ou ainda (iii) através da prestação de serviços intermediários de apoio a outras organizações sem fins lucrativos e a órgãos do setor público que atuem em áreas afins.[39]

Assim, é imprescindível que se saiba de antemão: (i) qual das três formas acima aludidas será adotada na parceria entre o Poder Público e a

---

[38] Consoante Vital MOREIRA, "concertação é o esquema que consiste em as decisões serem apuradas como resultado de negociações e do consenso estabelecido entre o Estado e as forças sociais interessadas, limitando-se o Governo e a Administração a dar força oficial às conclusões alcançadas" (MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e administração pública*, 1997. p. 57.). Importa destacar que na **concertação** não há uma relação de subordinação entre a Administração e as entidades parceiras, pois subjacente a ela reside um processo de negociação para a composição de eventuais dissensos entre as partes, aspecto que "pressupõe o reconhecimento de certa autonomia aos parceiros sociais" (MACHADO, João Baptista. *Participação e descentralização*: democratização e neutralidade na Constituição de 76. Coimbra: Almedina, 1982. p. 47.).

[39] O art. 23 do Decreto n. 3.100/99 esclarece o que são "serviços intermediários de apoio" passíveis de serem objeto de termos de parceria. Embora o dispositivo não faça alusão direta à expressão, tais serviços são todas as atividades desenvolvidas pela OSCIP tendo o parceiro público como destinatário direto, podendo consistir em eventos, consultorias, cooperação técnica e assessoria, ou até mesmo o fornecimento de bens e a realização de obras. O tema é polêmico, e vem gerando inúmeros posicionamentos na doutrina.

OSCIP, podendo coexistir mais de uma forma no mesmo Termo de Parceria; (ii) se essa parceria tem um caráter complementar ou suplementar aos serviços públicos e demais atividades desenvolvidas pelo parceiro público, jamais podendo caracterizar a substituição/terceirização dos serviços antes prestados pelo Poder Público; (iii) qual a programação específica do projeto a ser desenvolvido pela OSCIP e (iv) no caso de não serem projetos, mas a prestação dos denominados "serviços intermediários de apoio", quais são esses serviços, e de que forma serão prestados.

Examinando o que determina a Lei federal n. 9.790/99, é necessário estabelecer uma distinção entre o que faz parte da **programação originária** (conjunto de projetos, atividades ou ações formulado pelo parceiro público, e que consta no Plano Plurianual, na Lei de Diretrizes Orçamentárias e na Lei Orçamentária Anual) e da **programação derivada** (conjunto de projetos, atividades ou ações formuladas pela OSCIP, apresentado no termo de parceria, e que deve estar harmonizado com a programação originária da competência do Poder Público).

É importante enfatizar que **a programação derivada jamais poderá ser idêntica à programação originária do Poder Público**. A programação derivada deve estar totalmente descrita no termo de parceria (instrumento ou em anexo) e deve conter as especificações exigidas pela Lei federal n. 9.790/99, notadamente aquelas a que se referem às cláusulas essenciais dos termos de parceria (§ 2° do art. 10).

Assim, no caso da realização de parcerias com OSCIP para o cumprimento de programas públicos, o termo de parceria a ser ajustado deverá estabelecer detalhadamente em que consiste a parceria, ou seja, os termos específicos da programação derivada. E obviamente é por meio dessa parceria - estipulação de metas de desempenho e fixação negociada de resultados, os quais deverão ser atingidos a partir da execução de uma série programada de atos (programação derivada) - que o Poder Público parceiro da OSCIP visará conferir efetividade a sua programação originária.

Sustenta-se que a Lei federal n. 9.790/99 inaugurou um **novo modelo de prestação de serviços públicos,** a ser viabilizada por meio de um acordo administrativo colaborativo firmado entre o Poder Público e uma OSCIP (Termo de Parceria). Entretanto, importa esclarecer que a OSCIP não recebe delegação do Poder Público para a prestação de serviços, atuando a entidade privada sem fins lucrativos de modo complementar ou suplementar aos serviços prestados pelo Poder Público, por meio (i) da realização de projetos, programas e planos de ações correlatas, (ii) das doações de recursos físicos, humanos e financeiros, ou (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.

Contudo, devido à prática incipiente envolvendo os acordos entre o Poder Público e as OSCIPs, há diversos pontos atinentes à gestão, fiscalização

e controle dessas entidades que ainda devem ser esclarecidos. Um desses pontos envolve a aplicação ou não às OSCIPs dos dispositivos da Lei federal n. 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos), mormente às relações travadas entre o Poder Público e as OSCIPs.

4. AS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO E A LEI FEDERAL N. 8.666/93

A Lei federal 8.666, de 21 de junho de 1993, ao regulamentar o artigo 37, XXI da Constituição de 1988, definiu normas gerais de licitação e contratos da Administração pública direta e indireta da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Assim, com o objetivo de garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e de selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração pública, a Lei 8.666/93 prescreve determinados procedimentos formais a serem seguidos pelo Poder Público para a contratação, com terceiros, de obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações.

Dessa forma, a primeira questão que importa saber refere-se à necessidade ou não de procedimento licitatório para a celebração de termo de parceria entre o Poder Público e a OSCIP.

Nos termos do que foi acima delineado, os Termos de Parceria celebrados entre o Poder Público e a OSCIP consistem em acordos colaborativos que viabilizam a concertação administrativa. Nesse sentido, entende-se, portanto, lícito sustentar que tal mecanismo constitui um novo modelo de gestão de serviços públicos.

Optando, pois, o Poder Público pela parceria com a iniciativa privada para a promoção do desenvolvimento nacional, resta claro que o parceiro privado estará em uma posição distinta das situações ocupadas pelo particular enquanto mero fornecedor de bens e serviços, ou mesmo delegatário para a execução de serviços públicos nos termos e na forma em que a Administração determinar.

Além disso, o objeto do Termo de Parceria refere-se necessariamente a uma das finalidades constantes do já mencionado art. 3º. da Lei das OSCIP, cujo rol exemplifica uma série de serviços públicos sociais[40] e promoção dos

[40] Serviços públicos são as atividades executadas direta ou indiretamente pela Administração Pública visando a satisfação de necessidades coletivas. Na clássica definição de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, serviço público *"é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público"* (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo.* 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 477-481). A partir de tal conceito, verificam-se três elementos que definem a existência do serviço

direitos fundamentais. A atuação das OSCIPs, portanto, dirige-se diretamente ao atendimento do interesse público e não ao atendimento de uma necessidade da Administração pública.[41]

Assim, o Termo de Parceria configura nova forma jurídica de ajuste, a qual formaliza parcerias entre o setor público e o Terceiro Setor, visando promover o desenvolvimento dos indivíduos, da sociedade e do país.

Nesse sentido, fica evidente a inaplicabilidade da Lei de Licitações para a celebração de Termo de Parceria. Afinal, não se trata de contratação administrativa, mas de uma nova modalidade de acordo administrativo, cujo objetivo consiste em fomentar a prestação de serviços públicos sociais e a promoção de direitos fundamentais por entidades privadas não lucrativas qualificadas como OSCIP.

De outro lado, não obstante a inaplicabilidade da Lei 8.666/93 para a celebração de Termos de Parceria, o Decreto 3.100, de 30 de junho de 1999, descreve minuciosamente, em seus artigos 24 a 31, o procedimento a ser adotado pelo Poder Público para a escolha da OSCIP parceira.

---

público: (i) elemento material, referido à prestação de atividades de interesse geral, voltadas às necessidades imprescindíveis da população; (ii) elemento formal, segundo o qual o regime jurídico que regula a prestação do serviço público é o regime de direito público; e (iii) elemento subjetivo, que define o Estado como pessoa jurídica titular do serviço público. Para Maria S. Zanella DI PIETRO, quanto ao objeto, os serviços públicos classificam-se em: (i) administrativos, (ii) comerciais ou industriais e (iii) sociais. Segundo DI PIETRO, 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"* – (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo.* 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 94-97). Para Carlos Ari SUNDFELD, os serviços sociais *"*(...) *são, à semelhança dos serviços públicos, atividades cuja realização gera utilidades ou comodidades que os particulares fruem direta e individualmente. No entanto, diferenciam-se daqueles [dos serviços públicos] por não serem de titularidade estatal. Incluem os serviços de educação (CF, arts. 205 a 208, e 210 a 214), saúde (CF, arts. 196 e ss.) e assistência social (CF, arts. 203 e 204; 227, § 1º; 226, § 8º), aos deficientes, jurídicos, em caso de calamidade etc"* (SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público.* 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 83-84.) Nesse sentido, segundo Paulo MODESTO, os serviços públicos sociais são caracterizados como *serviço público* apenas quando prestados pelo Estado, pois nesses casos, sujeitam-se ao regime jurídico de direito público. Quando prestados pelos particulares, tais atividades *"não se sujeitam ao regime serviço público, mas ao regime típico das pessoas privadas, o que muitas vezes lhe confere maior agilidade ou presteza no atendimento dos seus objetivos sociais"*. Por tais motivos, prefere o autor denominar os serviços públicos sociais prestados por entes privados de *serviços de interesse público* (MODESTO, Paulo. *Reforma administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil.* In: MEREGE, Luiz Carlos (coord.) e BARBOSA, Maria Nazaré (org.). 3º Setor – Reflexões Sobre o Marco Legal. Rio de Janeiro: FGV, 2001, p. 30-32).

[41] Dessa forma, verifica-se a incompatibilidade entre os serviços prestados pela OSCIP e os serviços de que trata a Lei 8.666/93. Eis o que dispõe a referida lei ao conceituar os *serviços* objeto de licitação: "Art. 6º. Para os fins desta Lei, considera-se: I – (...); II – Serviço - toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais."

A adoção de tal procedimento possui inegável valor, pois proporciona isonomia no tratamento das OSCIPs que atuem em áreas afins e busca maior eficiência no oferecimento do serviço à sociedade.

No entanto, é importante ressaltar que o assim denominado **concurso de projetos** não é obrigatório, ficando como opção discricionária do parceiro público sua realização ou não.[42]

A propósito do tema, o Tribunal de Contas da União já teve oportunidade de se manifestar:

A utilização da palavra 'poderá' torna o texto original meramente recomendatório, deixando à discricionariedade do administrador a decisão de optar ou não pelo concurso. Considerando que o concurso exige trâmites burocráticos que podem onerar a eficiência do processo de seleção para os Termos de Parceria, infere-se que a sua mera sugestão, no corpo do Decreto, será pouco efetiva. Cabe lembrar que a realização do concurso busca a isonomia no tratamento das OSCIPs e a melhor eficiência na realização do objeto pactuado. A título de racionalização, poderia ser estabelecido um limite de valor a partir do qual seria obrigatório o concurso. Tal valor seria calculado a partir da relação custo benefício para as OSCIP participarem do certame. [43]

Em consonância com o entendimento exarado pelo TCU, é importante ressaltar a possibilidade de que cada entidade federativa crie sua legislação específica onde constem normas claras acerca do procedimento a ser adotado para a celebração de Termo de Parceria.

Outra questão a ser analisada acerca da aplicabilidade da Lei 8.666/93 às OSCIPs refere-se a sua sujeição, quando da celebração de Termo de Parceria, aos ditames da referida lei.

Antes de verificar a hipótese específica da celebração de Termo de Parceria, é importante ressaltar que tal instrumento consiste em uma nova forma de acordo administrativo, o qual pode ser adotado pela Administração

---

[42] Segundo o art. 23 do Decreto 3.100/99: "A escolha da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, para celebração do Termo de Parceria, poderá ocorrer mediante publicação de edital de concurso de projetos pelo órgão estatal parceiro para obtenção de bens e serviços e para a realização de atividades, eventos, consultorias, cooperação técnica e assessoria".

[43] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Administrativo. Estudos realizados por Grupo de Trabalho com a finalidade de examinar o alcance das disposições da Lei das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público - Lei nº 9.790/99 - nas atividades de controle a cargo do TCU. Projeto de Instrução Normativa. Alteração de dispositivos da Instrução Normativa nº 12/96. Aprovação. Determinação. Encaminhamento do estudo ao Conselho da Comunidade Solidária para o aperfeiçoamento do Decreto nº 3.100/99. Processo nº TC 014.334/1999-2. Tribunal de Contas da União. Relator: MINISTRO MARCOS VILAÇA. Decisão: 15/12/1999. Publicada no BTCU 78/1999. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=6&doc=1&dpp=20&p=0> Acesso em 23 dez. 2004.

pública ou não. Assim, é possível que determinada entidade qualificada como OSCIP celebre outras modalidades de acordo com o Poder Público e se submeta ao respectivo regime jurídico.

Dessa forma, no caso de celebração de convênio entre o Poder Público e uma entidade privada sem fins lucrativos (mesmo que qualificada como OSCIP), existe a determinação de que os recursos públicos repassados sejam aplicados mediante realização de licitação. Tal determinação encontra-se prevista no artigo 27 da Instrução Normativa da Secretaria do Tesouro Nacional n. 1/97, alterada pela IN n. 03/03, que assim dispõe:

O convenente, ainda que entidade privada, sujeita-se, quando da realização de despesas com os recursos transferidos, às disposições da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, especialmente em relação a licitação e contrato, admitida a modalidade de licitação prevista pela Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002, nos casos em que especifica.

A seu turno, a Lei das OSCIPs, firme em seu propósito de inovar o mecanismo de gestão de serviços públicos sociais, através especialmente de mecanismos de controle não burocráticos, não trouxe a exigência de que a OSCIP parceira promova licitação para o emprego de recursos públicos.

Nos termos do artigo 14 da Lei das OSCIPs:

A organização parceira fará publicar, no prazo de trinta dias, contado da assinatura do Termo de Parceria, regulamento próprio contendo os procedimentos que adotará para a contratação de obras e serviços, bem como para comprar com emprego de recursos provenientes do Poder Público, observados os princípios estabelecidos no inciso I, do art. 4º desta Lei.

Dessa forma, o procedimento a ser seguido para a realização de despesa pela OSCIP parceira é estabelecido pela própria entidade (regulamento de compras), tendo como balizamento os princípios constantes do art. 4º, I, da Lei das OSCIPs – legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e eficiência. De outro lado, nada obsta que o edital de concurso de projetos, o Termo de Parceria, ou mesmo a legislação de base editada pelo parceiro público, venham a disciplinar com balizamentos mais específicos os procedimentos para a aquisição de bens e serviços a serem obedecidos pela OSCIP parceira.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A imbricada relação entre o Estado e a sociedade civil - preponderantemente no que se refere a uma atuação compartida no campo dos serviços sociais - parece ser um dado inarredável da atualidade.

Nesse panorama, a Administração pública contemporânea configura a interface entre o Estado e a sociedade civil, desempenhando um papel fundamental no desenvolvimento das ações estatais que buscam satisfazer as demandas sociais.

Assim, a justificativa de que a ação estatal se fundamenta no interesse público deve vir acompanhada da especificação da **densidade do interesse público**, ou seja, dos resultados que efetivamente devem ser atingidos pela ação estatal.

Para promover essa densificação do interesse público, importa que o Estado compartilhe com a população a procura por soluções destinadas a aplacar os inúmeros problemas e satisfazer as diversas necessidades que afloram na sociedade. E para viabilizar essa necessária articulação, torna-se urgente a construção de consensos sociais, razão pela qual o interesse pela temática atinente aos ajustes, acordos, contratos e alianças irrompe no direito público brasileiro.

Nesse quadro, a Lei federal n. 9.790, de 23 de março de 1999, amplamente conhecida como a Lei das OSCIPs, exerce um papel essencial para a disciplina desses novos acordos colaborativos entre o Poder Público e as entidades da sociedade civil, os quais basicamente destinam-se à implementação concertada de políticas públicas.

A Lei federal n. 9.790/99 introduziu no sistema administrativo brasileiro um novo modelo de prestação de serviços públicos**,** a ser viabilizado por meio de um Termo de Parceira firmado entre o Poder Público e uma OSCIP. No entanto, cabe enfatizar que nesse novo modelo a OSCIP não recebe delegação do Poder Público para a prestação de serviços, atuando a entidade privada sem fins lucrativos de modo complementar ou suplementar aos serviços prestados pelo Poder Público, por meio (i) da realização de projetos, programas e planos de ações correlatas, (ii) das doações de recursos físicos, humanos e financeiros, ou (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.

Destarte, os objetos, as finalidades, os interesses e as partes envolvidas na celebração dos Termos de Parceria das OSCIPs são diversos daqueles presentes na celebração dos contratos administrativos em geral (Lei federal n. 8.666/93, Lei federal n. 8.987/95 e Lei federal n. 11.079/04), razão pela qual a Lei federal n. 9.790/99 e o Decreto n. 3.100/99 recomendam (mas não exigem), seja promovido o chamado concurso de projetos para a seleção da entidade mais apta a colaborar com o ente estatal na prestação de determinado serviço de interesse público.

Dessa forma, é recomendável (embora não obrigatória) a edição de leis específicas que regulamentem o procedimento de escolha das OSCIPS parceiras, disciplinando, assim, o concurso de projetos.

Por outro lado, a Lei das OSCIPs não estabeleceu a exigência de que a OSCIP parceira promova licitação para o emprego de recursos públicos a ela transferidos por meio do Termo de Parceria. O procedimento a ser seguido para a gestão privada dos recursos públicos pela OSCIP é estabelecido pela própria entidade (regulamento de compras), tendo como balizamento os princípios constantes do art. 4º, I, da Lei das OSCIPs – legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e eficiência. Contudo, nada impede que o edital de concurso de projetos, o Termo de Parceria, ou mesmo a legislação de base editada pelo parceiro público, venham a disciplinar pormenorizadamente os procedimentos para a aquisição de bens e serviços a serem obedecidos pela OSCIP parceira.

Cabe colocar em evidência o importante papel da Lei das OSCIPs na evolução e consolidação do Terceiro Setor no Brasil. Todavia, é imprescindível a criação de canais de interlocução abalizados, para o esclarecimento dessas e de diversas outras questões envolvendo a correta compreensão desse novo formato institucional de entidades da sociedade civil organizada e a adequada utilização dessa nova modalidade de acordo, denominado Termo de Parceria.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto. *O conceito de sociedade civil*. Rio de Janeiro: Graal, 1982.

_____. SOCIEDADE CIVIL. In: BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de política*. 8. ed. Brasília: Editora UNB, 1995. v. 2.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Administrativo. Estudos realizados por Grupo de Trabalho com a finalidade de examinar o alcance das disposições da Lei das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público - Lei nº 9.790/99 - nas atividades de controle a cargo do TCU. Projeto de Instrução Normativa. Alteração de dispositivos da Instrução Normativa nº 12/96. Aprovação. Determinação. Encaminhamento do estudo ao Conselho da Comunidade Solidária para o aperfeiçoamento do Decreto nº 3.100/99. Processo nº TC 014.334/1999-2. Tribunal de Contas da União. Relator: MINISTRO MARCOS VILAÇA. Decisão: 15/12/1999. Publicada no BTCU 78/1999. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=6&doc=1&dpp=20&p=0> Acesso em: 23 de abril de 2003.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Reforma do Estado para a cidadania*: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional. Brasília: Enap, 1998.

_____. Uma reforma gerencial da Administração Pública no Brasil. *Revista do Serviço Público*, Brasília, a. 49, n. 1, p. 5-42, jan./mar. 1998.

CASSAGNE, Juan Carlos. *La intervencion administrativa.* 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.

CASTELLS, Manuel. *A era da informação*: a sociedade em rede. 5. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2001. v. 1.

_____. *A era da informação*: fim de milênio. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002. v. 3.

CUNILL GRAU, Nuria. A rearticulação das relações Estado-sociedade: em busca de novos significados. *Revista do Serviço Público*, Brasília, a. 47, v. 120, n. 1, p. 113-140, jan./abr. 1996.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo.* 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. *Parcerias na administração pública.* 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GAUDIN, Jean-Pierre. *Gouverner par contrat*: l'action publique en question. Paris: Presses de Sciences Politiques, 1999.

GRAMSCI, Antonio. *Cadernos do cárcere*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. v. 3.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2.

JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a "personalização" do direito administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 26, p. 115-136, 1999.

_____. *Teoria geral das concessões de serviço público.* São Paulo: Dialética, 2003.

LEONEL, Mauro. A sociedade policêntrica: a reforma do Estado em questão. *Folha de São Paulo,* 10 jul. 1999. Jornal de Resenhas, p. 4.

MACHADO, João Baptista. *Participação e descentralização*: democratização e neutralidade na Constituição de 76. Coimbra: Almedina, 1982.

MÂNICA, Fernando; OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Empresas e investimento social. *Gazeta do Povo*, Curitiba, 06 ago. 2002, p.13.

MÂNICA, Fernando Borges. *Terceiro Setor e Imunidade Tributária.* Belo Horizonte: Fórum, 2005 (no prelo).

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo.* 11. ed. São Paulo: Malheiros , 1999.

MODESTO, Paulo. *Reforma administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil.* In: MEREGE, Luiz Carlos (coord.) e BARBOSA, Maria Nazaré (org.). 3º Setor – Reflexões Sobre o Marco Legal. Rio de Janeiro: FGV, 2001, p. 11-35.

MORALES. Carlos Antonio. Provisão de serviços sociais através de organizações públicas não-estatais. In: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; CUNILL GRAU, Nuria. (Orgs.). *O público não-estatal na reforma do Estado*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999. p. 51-86.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 231, p. 129-156, jan./mar. 2003.

MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e administração pública*. Coimbra: Almedina, 1997.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *Estado contratual, direito ao desenvolvimento e parceria público-privada*, 2005 (mimeo.).

PIO XI, Papa. *Quadragesimo anno*: carta encíclica de sua santidade Pio XI sobre a restauração e aperfeiçoamento da ordem social em conformidade com a lei evangélica. 15 de maio de 1931. In: *ENCÍCLICAS e documentos sociais*: da *Rerum Novarum* à *Octogesima Adveniens*. São Paulo: LTr Editores, 1971.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1996.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público.* 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na américa.* São Paulo: Martins Fontes, 2000.

VILLORIA MENDIETA, Manuel. *La modernización de la administración como instrumento al servicio de la democracia*. Madrid: Inap, 1996.

Referência Bibliográfica deste Trabalho (ABNT: NBR-6023/2000):

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público: termo de parceria e licitação. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 2, junho/julho/agosto, 2005. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: xx de xxxxxxxx de xxxx

Obs. Substituir x por dados da data de acesso ao site www.direitodoestado.com.br

Publicação Impressa:
Informação não disponível