Número 24 – dezembro/janeiro/fevereiro 2011 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1888

TERCEIRO SETOR NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: CONSTATAÇÕES E EXPECTATIVAS

Rita Tourinho
Promotora de Justiça, mestre em Direito Público pela UFPE, Professora de Direito Administrativo.

1. Conceito

Denomina-se terceiro setor as entidades não estatais sem fins lucrativos, que desenvolvem atividades de interesse público. Assim, o Estado seria o primeiro setor, a iniciativa privada, voltada à exploração de atividade econômica, o segundo setor e o terceiro setor seria composto por organizações privadas que se comprometem à realização de interesses coletivos.

Boaventura de Souza Santos define o Terceiro Setor como "conjunto de organizações sociais que não são nem estatais nem mercantis, ou seja, organizações sociais que, por um lado, sendo privadas não visam fins lucrativos e, por outro lado, sendo animadas por objetivos sociais, públicos ou coletivos, não são estatais"[1]. Já para José Eduardo Sabo Paes o Terceiro Setor seria "O conjunto de organismos, organizações e instituições dotados de autonomia e administração própria que apresentam como função e objetivo principal atuar voluntariamente junto à sociedade civil visando o seu aperfeiçoamento"[2].

A terminologia "terceiro setor" é de origem sociológica, não se encontrando positivada no nosso ordenamento, razão pela qual são utilizadas outras expressões como "entes de cooperação", "organizações não governamentais", "entidades de caridade", dentre outras. Segundo Andres Pablo Falconer[3], o Terceiro Setor é o termo que vem encontrando maior aceitação para designar o

[1] SANTOS, Boaventura de Souza. ***A Reinvenção Solidária e Participativa do Estado.*** **IN** Perreira, L. C. Bresser (Org.). Sociedade e Estado em Transformação. São Paulo: UNESP, 2001. p. 13.
[2] PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações Entidades de Interesse Social: Aspectos Jurídicos, Administrativos, Contábeis e Tributários.* Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 56.
[3] FALCONER, Andrés Pablo. *A Promessa do Terceiro Setor.* **IN** www.rits.org.br. Acesso em 02.01.2010.

conjunto de iniciativas privadas, voltadas à produção de bens e serviços de interesse público.

Nos países centrais surge em virtude da crise do Estado-Providência[4], capaz de cumprir melhor que o Estado a dimensão social, com a promessa de eficiência gerencial semelhante ao setor privado. Por outro lado, a ausência de fins lucrativos o aproxima do Estado, voltado a satisfazer interesses gerais de forma igualitária, assente em valores humanos e não em valores de capital.

2. O Terceiro Setor na Evolução do Estado

A primeira fase do Estado Moderno inicia-se com o Estado de Polícia, que adotou como forma de governo a monarquia absoluta. Impõem-se, nesta fase, duas idéias fundamentais: soberania e polícia. Assim, o rei somente devia explicação a Deus, prevalecendo a preocupação com o desenvolvimento e a segurança.

No final desse período, com a transferência do poder econômico para a classe burguesa, que também aparece como possuidora do saber, movimentos começam a ocorrer voltados à tomada do poder político. Na França, a revolução francesa, firmada nas idéias de Jean Jacques Rousseau, que pregava a soberania popular, e Charles de Montesquieu, baseado no princípio da separação de poderes como sistema de freios e contrapesos, leva a evolução do Estado e a introdução do Estado de Direito[5].

Consagra-se o princípio da legalidade, fruto da vontade popular[6], introduzindo-se o Estado Liberal, sustentado nos ideais de liberdade e proteção à propriedade, com intervenção mínima na órbita privada. Tem-se um estado omissivo, afastado do setor econômico e social, chegando a ser apontado por alguns autores como absenteista[7]. Há uma ampla concentração de poder na classe econômica com fraquezas e misérias no plano social, como bem esclarece Jean Rivero[8]. Não havia finalidade estatal voltada à sociedade como um todo.

O Estado Liberal não se mostrou adequado para atender às expectativas populares. A liberdade que levou a uma considerável evolução econômica, gerou também uma ampla desigualdade social e uma total carência de serviços

[4] SANTOS, Boaventura de Souza. ***A Reinvenção Solidária e Participativa do Estado.*** **IN** Pereira, L. C. Bresser (Org.). Sociedade e Estado em Transformação. São Paulo: UNESP, 2001. p. 16.
[5] Cumpre acrescentar que o Estado de Direito surge em momentos diversos na Europa Ocidental.
[6] No entanto, a democracia dava apenas seus primeiros passos já que o voto era assegurado apenas àqueles que possuíam uma renda mínima.
[7] FIORINI, Bartolome A. *Manual de Derecho Administrativo.* Buenos Aires: La Ley, 1968, p. 667.
[8] RIVERO, Jean. *Direito Administrativo.* Coimbra: Almedina, 1981, p.

essenciais ao convívio humano. Este cenário leva à necessidade de introduzir-se um novo modelo estatal. Evolui-se, então para o Estado Social. Tal evolução decorreu também de manobra utilizada pela burguesia para se manter no poder.

Instalado o Estado do Bem Estar Social, este passa a atuar como prestador de serviços e empresário, privilegiando a igualdade em detrimento da liberdade. Ocorre que, com o aumento das demandas sociais, o Estado viu-se sem recursos suficientes para responder positivamente às expectativas populares. Revela-se, ainda, a ineficiência estatal atribuída à submissão ao regime jurídico administrativo. Incrementa-se, então, a noção do Estado Regulador e a possibilidade de prestação de serviços públicos pela iniciativa privada, por meio de novos modelos.

Nesta fase, o núcleo de atividades exclusivas do Estado restringe-se àquelas que somente este pode realizar, como tributar, fiscalizar, regulamentar e fomentar. Assim, as atividades econômicas retornam à iniciativa privada e serviços públicos de natureza econômica têm a execução repassada a particulares através de contratos de permissão e concessão de serviço publico. Por outro lado, o núcleo de serviços não exclusivos é transferido para o chamado Terceiro Setor, quando o Estado atua simultaneamente com organizações públicas não-estatais e privadas. O Terceiro Setor assume atribuições sociais e educativas e, apesar de não desempenharem poderes próprios do Estado, este se faz presente na sua atuação.

Neste diapasão, cumpre distinguir atividades públicas de atividades estatais. As primeiras tratam do intercâmbio travado entre o Estado e a Sociedade. Não é estatal porque não envolve o uso de poder do Estado, mas é pública, pois recebe subsídios do Poder Público, submetendo-se a um controle misto, efetivado pelo mercado e também pelo Estado.

No caso específico do Brasil, cabe razão a Luís Roberto Barroso[9] quando afirma que o nosso país alcançou a pósmodernidade sem ter conseguido ser nem liberal nem moderno. Em verdade, a sociedade brasileira sempre gravitou em torno do oficialismo.

É inegável, no entanto, a ampliação da intervenção estatal a partir da constituição de 1937, quando o Estado passou a atuar intensamente na exploração de atividades econômicas através de empresas públicas e sociedades de econômica mista criadas para tal fim. Porém o avanço e o agigantamento do Estado Econômico brasileiro se deram a partir da década de 1960. No ano de 1981, recenseamento oficial constatou a existência de 530 (quinhentos e trinta) pessoas jurídicas públicas, apenas no âmbito federal.
Como era previsto, fomos também atingidos pelo esgotamento financeiro, ineficiência administrativa e, acrescente-se, alto índice de corrupção que levou a falência estatal, exaurindo o modelo até então adotado.

[9] BARROSO, Luís Roberto. *Agencias Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática.* ***IN*** Agências Reguladoras e Democracia. Coord. Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 62.

A Reforma Administrativa no nosso país, iniciada nos anos 90, com a alienação de empresas estatais e a transferência da execução de serviços públicos à iniciativa privada, através do regime de concessão, foi o marco da adoção de um novo modelo de Estado. De acordo com Luís Roberto Barroso[10], é possível vislumbrar-se três transformações estruturais na reforma do Estado brasileiro.

A primeira transformação substancial teria sido a extinção de determinadas restrições ao capital estrangeiro, ocorrida a partir das Emendas Constitucionais ns. 6 e 7, ambas de 15.08.95, seguida pela Emenda Constitucional de n. 36, esta de 28.05.02. A segunda transformação foi a chamada flexibilização dos monopólios estatais, quando foram abertas possibilidades de transferência da execução de serviços públicos à iniciativa privada[11], ocorrendo, também, o rompimento com o monopólio estatal em matéria de petróleo (Emenda Constitucional n. 9, de 09.11.95). A terceira linha de transformação, que contribuiu para modificar a feição do Estado brasileiro, deu-se com a instituição do Programa Nacional de Privatização, decorrente da edição da Lei n. 8.031, de 12.04.90, substituída, posteriormente, pela Lei n. 9.491, de 09.09.97.

Dentre os objetivos principais do referido programa incluiu-se a alteração da posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público. Houve a redução expressiva das estruturas públicas de intervenção direta na ordem econômica, passando o Estado a exercer função de regulação e de fiscalização dos serviços públicos transferidos à iniciativa privada e das atividades econômicas sensíveis à sociedade.

Neste novo contexto estatal, verifica-se um movimento em direção ao setor público não-estatal. Assim, a execução de serviços que não possuem conteúdo econômico e que não envolvem exercício de poder de Estado é transferida aos entes do Terceiro Setor, subsidiados pelo Estado. Implementa-se, então, o Programa Nacional de Publicização, veiculado por meio da Medida Provisória n. 1.591/97, convertida na Lei Federal n. 9.637/98, que instituiu no nosso ordenamento as Organizações Sociais. Referido programa teve por finalidade transferir serviços públicos não-exclusivos ao setor público não-estatal, financiados pelo Estado. Como vantagens, apresenta-se a atuação com maior autonomia e flexibilidade, garantindo uma maior eficiência na prestação de tais serviços, com ênfase nos resultados.

No ano de 1999, edita-se a Lei n. 9.790 com o propósito de fomentar atividade particular de interesse público, criando as Organizações de Sociedade Civil de Interesse Público. Viabiliza-se, através deste instituto legal, a cooperação pública às iniciativas particulares que satisfazem demandas sociais, sem qualquer renúncia estatal ao dever de prestar serviços públicos.

---

[10] BARROSO, Luís Roberto. *Agencias Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática.* ***IN*** Agências Reguladoras e Democracia. Coord. Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 65.

[11] Vide as Emendas Constitucionais n. 5 e 8, ambas de 15.08.95.

Intensifica-se, assim, a atividade de fomento do Estado, cujo principal destinatário é o Terceiro Setor.

3. Atividade de Fomento e o Terceiro Setor

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro[12], a Administração Pública, no sentido objetivo, caracterizada como atividade administrativa, abrange o fomento, a polícia administrativa e o serviço público. Acrescenta que alguns autores incluem como quarta modalidade a intervenção na atividade econômica privada, considerada, por muitos, como espécie de fomento. Deve-se também mencionar a regulação que se destaca como Administração Pública no sentido objetivo, de forma mais intensa, a partir da criação das agências reguladoras, envolvendo poder normativo, polícia, fomento e intervenção.

O fomento, atividade foco deste trabalho, vem do latim *fomentum,* que significa a ação de abrigar, caracterizando-se pela atuação do Estado voltada a atender interesses públicos de forma indireta e mediata, contando com a colaboração dos particulares, que prestam atividades estimuladas pela Administração Pública, através de diversos meios de incentivos[13]. Para Roberto Dromi[14] o fomento é uma ação dirigida a proteger ou promover as atividades e estabelecimentos dos particulares, que satisfaçam necessidades públicas ou que sejam consideradas de utilidade geral.

Através do fomento a Administração persegue os fins públicos, com a colaboração da iniciativa privada, sem emprego da coação, satisfazendo indiretamente interesses públicos. Assim, de acordo com Garrido Falla[15], não é um fim do Estado, mas uma técnica de atuação para atender indiretamente necessidades públicas.

Caracterizada como atividade administrativa, o fomento está subordinado à observância dos princípios administrativos. Além dos princípios da legalidade, publicidade, moralidade, impessoalidade e eficiência, constantes do *caput,* do art. 37, da Constituição Federal, o fomento deve também atentar aos princípios implicitamente constantes da Carta Constitucional como, por exemplo, o da motivação, razoabilidade e proporcionalidade.

Desta forma, não se pode pensar na realização de atividade de fomento sem suporte legal ou constitucional, nem, tampouco, sem critérios na escolha dos beneficiários, ou mesmo sem a devida motivação. Por outro lado, também viola

[12] DI PIETRO, Maria Syliva Zanella. *Direito Administrativo.* São Paulo: Atlas, 2009. p. 54.
[13] ESCOLA, Jorge Hector. *Compendio de Derecho Administrativo.* Buenos Aires: Depalma, 1990. p. 858.
[14] DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo.* Buenos Aires: Cuidad Argentina, 2001. p. 889
[15] FALLA, Garrido. *Tratado de Derecho Administrativo:* Parte General. Madri: Tecnos, 2006, p. 378.

a ordem jurídica os incentivos conferidos sem qualquer razoabilidade ou com resultados desproporcionais aos investimentos efetivados.

Pode-se, ainda, apontar princípios setoriais ã atividade de fomento. Com efeito, tem-se o princípio da repartição de riscos ou do risco compartilhado[16], que leva a obrigação do beneficiário aportar recursos próprios para a atividade fomentada. Tal princípio possui suporte legal no art. 16, da Lei n. 4.320/64, quando ao tratar das subvenções sociais reporta-se à "suplementação de recursos de origem privada". Ademais, não se pode pensar na realização de filantropia com utilização apenas de recursos públicos. Deve-se, no entanto, ressaltar que as normas que disciplinam as Organizações Sociais (Lei n. 9.637/98), parece não exigir a observância de tal princípio.

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 conseqüência, o que se verifica atualmente é um elevado índice de atos de corrupção tendo como protagonistas entidades do terceiro setor.

4. Os Meios de Fomento

Alguns autores, à exemplo de Roberto Dromi[17], classificam o fomento em *positivo* ou *negativo.* São positivos os fomentos destinados a conferir prestações, bens ou vantagens. Já os fomentos negativos visam dificultar, por meios indiretos, atividades contrárias ao interesse geral, como exemplo tem-se a criação de impostos que oneram bebidas alcoólicas.

Quanto ao tipo de vantagem outorgada, os meios de fomentos se distinguem em *honoríficos, econômicos* ou *jurídicos*[18].
O fomento honorífico visa obter a realização de atividades públicas por particulares, através de incentivos à honra, com a concessão de condecorações, troféus, diplomas. Garrido Falla[19] aduz que após a Revolução Francesa há um indiscutível receio quanto a este tipo de medida, desde quando no "antigo regime" a diferenciação de classes vinha determinada, preferencialmente, por concessão de privilégios honoríficos, transmitidos depois por seus titulares a seus descendentes.

São meios de fomento econômico todos aqueles que, direta ou indiretamente, determinam uma vantagem pecuniária para o sujeito fomentado. De acordo

[16] ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro Setor.* São Paulo: Malheiros, 2006. p. 36.
[17] DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo.* Buenos Aires: Cuidad Argentina, 2001. p. 890.
[18] FALLA, Garrido. *Tratado de Derecho Administrativo:* Parte General. Madri: Tecnos, 2006, p. 383.
[19] FALLA, Garrido. *Tratado de Derecho Administrativo:* Parte General. Madri: Tecnos, 2006. p. 385.

com Jordana de Pozas[20] pode decorrer da percepção de uma quantia ou a dispensa de um pagamento obrigatório. Segundo o referido autor, as vantagens conferidas através do fomento econômico podem ter caráter real ou financeiro. As vantagens econômicas, de caráter real, consistem no uso ou aproveitamento de uma coisa do domínio público ou de propriedade administrativa ou, ainda, pela utilização gratuita por particulares de serviços técnicos montados pela administração. Já as vantagens de caráter financeiro englobam desembolso econômico em favor dos fomentados ou a retirada de alguma obrigação de caráter fiscal. Assim, tem-se as subvenções, isenções, imunidades tributárias, redução de alíquotas, estabelecimento de linhas de crédito privilegiadas, meios alternativos de financiamento, dentre outras formas. No que concerne aos meios jurídicos de fomento, estes consistem na outorga de uma condição privilegiada a determinadas pessoas, com concessão direta de dispensa frente a leis ou regulamentações administrativas de caráter proibitivo.

Dentre os meios de fomento a concessão de títulos, que colocam o ente privado sem fins lucrativos em posição diferenciada, é bastante utilizada no nosso ordenamento. Dentre as titulações, destacam-se os títulos de utilidade pública, de organização social e de organização de sociedade civil de interesse público, que serão abordados neste trabalho.

5. Entes do Terceiro Setor no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Diversos autores, usando terminologia tradicional do direito administrativo brasileiro, incluem o terceiro setor entre as chamadas **entidades paraestatais[21].** Neste sentido, manifesta-se Maria Sylvia Zanella Di Pietro[22] e Celso Antônio Bandeira de Mello[23]. Este último define as paraestatais como "sujeito não estatais, isto é, de direito privado, que em paralelismo com o Estado, desempenham cometimentos que este poderia desempenhar por se encontrarem no âmbito de interesses seus, mas não exclusivamente seus"[24]. Maria Sylvia[25] aduz que, neste sentido, podem ser incluídas como entidades paralelas ao Estado as organizações sociais, as organizações de sociedade

[20] POZAS, Jornada de. *Ensayo de una Teoria del Fomento em el Derecho Administrativo.* Revista de Estúdios Políticos. Madri: Instituto de Estudios de Administración Local. 1961. p. 177 e segs.
[21] Cumpre ressaltar que há divergências doutrinárias quanto ao sentido conferido ao termo "paraestatal". Assim, Cretella Júnior entende que nesta categoria estariam as autarquias (*Curso de Direito Administrativo.* Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 52.). Outros colocam as empresas estatais em tal categoria (FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo.* São Paulo: Malheiros, 1995. p. 72.
[22] DI PIETRO, Maria Syliva Zanella. *Direito Administrativo.* São Paulo: Atlas, 2009. p. 490.
[23] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo.* São Paulo: Malheiros, 2009. p. 159.
[24] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo.* São Paulo: Malheiros, 2008. p. 159.
[25] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo.* São Paulo: Atlas, 2009. p. 489.

civil de interesse público, os serviços sociais autônomos e as fundações de apoio.

A **Organização social (OS),** criada pela Lei n. 9.637/98, pode ser definida como pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, instituída por iniciativa de particulares para desempenho de serviços sociais não exclusivos do Estado, que independe de concessão ou permissão de serviço público, com incentivo e fiscalização do Poder Público, mediante vínculo jurídico instituído por meio de contrato de gestão. Em verdade, trata-se de titulação conferida discricionariamente a entes privados sem fins lucrativos, que atuam em uma das áreas constantes do art. 1º, da Lei n. 9.736/98[26] e preencham os demais requisitos legais. Após a aquisição da qualificação, via decreto, a entidade poderá firmar Contrato de Gestão com órgão da Administração Pública direta, sujeitando-se a um conjunto de normas que lhe assegura certos benefícios, como, por exemplo, a possibilidade de utilização precária de bens públicos, cessão de pessoal com ônus para origem e recebimento de recursos públicos. Por outro lado, a entidade passa também a sofrer restrições como sujeição ao controle do Tribunal de Contas e do órgão público supervisor, integrante da Administração Pública[27]. Não se trata de exercício de atividade delegada, mas sim de atividade privada com incentivo do Poder Público. Ressalte-se que a Lei Federal n. 9.637/98 regulamenta a qualificação de entes privados como Organizações Sociais pela União, razão pela qual diversos estados e municípios já possuem legislações próprias sobre a matéria. Fala-se que o real objetivo da criação das organizações sociais foi a absorção de atividades desenvolvidas por órgãos públicos que atuam na mesma área de exercício da OS, ou seja, seria a transferência de competências do Estado para o setor privado, o que se depreende com a leitura do art. 20 da Lei n.9.736/98. No Estado da Bahia diversos hospitais públicos são hoje gerenciados por organizações sociais. Acrescente-se que a expectativa de maior eficiência na prestação do serviço, quando realizado por OS, não foi alcançada a contento. Analisando-se as situações fáticas, percebe-se grande deficiência no controle das obrigações assumidas pelo ente privado, constantes do Contrato de Gestão, bem como brechas presentes no referido contrato que acabam por impedir maior presteza no alcance dos objetivos.

As **Organizações de sociedade civil de interesse público (OSCIP),** estabelecidas pela Lei n. 9.790/99, é também uma qualificação jurídica dada a pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, instituídas por iniciativa privada, para desempenho de serviços sociais não exclusivos do Estado, com incentivo e fiscalização do Poder Público, mediante vínculo jurídico instituído por Termo de Parceria. Diferentemente da OS, a qualificação da entidade como OSCIP é ato vinculado. Assim, preenchidos os requisitos legais constantes dos artigos 3º e 4º, do referido diploma legal, a entidade requerente terá direito subjetivo à qualificação, que no âmbito federal é solicitada ao Ministro da Justiça, dispondo este de 30 (trinta) dias para se manifestar quanto ao pedido,

[26] As atividades devem ser dirigidas ao ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde.
[27] CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de Direito Administrativo.* Salvador: Podium, 2009. p. 929.

que uma vez deferido gera a emissão de um certificado de qualificação. Difere-se, ainda, da OS pela finalidade de sua instituição. Em verdade, o objetivo buscado com a introdução das OSCIPS no nosso ordenamento foi viabilizar o fomento da atividade particular de interesse público. Assim, a intenção do legislador foi apenas viabilizar a cooperação pública às iniciativas particulares voltadas ao atendimento de demandas sociais, sem a renúncia do dever estatal de prestar o serviço público. O Termo de Parceria firmado entre a OSCIP e a Administração Pública não difere do Contrato de Gestão, quanto ao seu conteúdo. Assim, também é instrumento destinado a estabelecer metas e programas a serem desenvolvidos pela entidade, fixar prazos para cumprimento dos objetivos traçados, definir critérios objetivos de avaliação de desempenho e apresentar as vantagens outorgadas. Apesar da lei não tratar expressamente da possibilidade de cessão de servidor com ônus para origem, esta é admitida por parte da doutrina[28]. Para qualificação de entidade privada como OSCIP no âmbito estadual ou municipal necessário se faz a criação de leis disciplinadoras da instituição desses entes. Também percebe-se na prática o desvirtuamento da utilização das OSCIPS no nosso ordenamento. Na prática, os Termos de Parceria muitas vezes 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. Como exemplo pode-se apresentar a utilização do Termo de Parceria com o simples propósito de admitir pessoal com fuga à regra do concurso público e burla ao limite de gasto de pessoal, constante da Lei de Responsabilidade Fiscal.

A **Entidades de Apoio**, que também estaria incluída no terceiro setor, seria pessoa jurídica de direito privado criada por servidores públicos para a prestação, em caráter privado, de serviços sociais não exclusivos do Estado, mantendo vínculo jurídico com entidades da Administração direta ou indireta, em regra por meio de convênio[29]. Tais entidades surgem no Brasil nos anos 70, como entes de cooperação às instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica. Surgem com o objetivo de apoiar as instituições federais na execução de projetos de ensino, pesquisa, extensão e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico, como consta do art. 1º, do Decreto Federal n. 5.202/04, que regulamenta a Lei Federal n. 8.958/94. Assim, poder-se-ia conferir maior autonomia na área de pesquisa, com mais agilidade, sem as amarras da Administração Pública. Na década de 90, no entanto, percebe-se claramente o desvirtuamento na utilização de tais entes, que passam a servir como forma de captação de recursos para a complementação da remuneração de servidores públicos ou como intermediárias em contratações realizadas para as universidades, com fuga ao regime jurídico de direito público. Desta forma, nos dias atuais, grande parte dessas "fundações" presta serviços de limpeza, conservação, vigilância, assistência técnica de equipamentos, concursos vestibulares, além de administrarem restaurantes e hospitais universitários, conforme detectou o

[28] Neste sentido manifesta-se Raquel Melo Urbano de Carvalho (*Curso de Direito Administrativo.* Salvador: Podium, 2009. p. 966.
[29] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo.* São Paulo: Atlas, 2009. p. 495.

Tribunal de Contas da União[30]. Ainda segundo a Corte de Contas as fundações de apoio são utilizadas para fraudar a gestão da coisa pública, aduzindo que

> A fraude se caracteriza melhor pela imagem de apoio ao desenvolvimento de pesquisa, extensão, gerenciamento das atividades de saúde e assistência ao estudante, funções que já se compreendem nas atribuições das Instituições de Ensino contempladas no Orçamento Federal, via de regra fazendo apelo às vantagens das flexibilidades típicas da iniciativa privada, esta participando sem seu principal contributo, que é o aporte financeiro. Numa visão de longo prazo, podem antever-se os efeitos desse processo de intervenção na gestão administrativa, estranho e não previsto em qualquer compêndio de Direito Administrativo, o qual poderá derivar para uma gradual absorção da estrutura oficial pela fundação privada, até reduzir aquela a formal unidade liberadora de recursos orçamentários, sem maior eficácia no atingimento dos seus objetivos legais [31].

Há aqueles que defendem a manutenção das entidades de apoio no nosso ordenamento, sob argumento de que produzem bons resultados, ou seja, defende-se a eficiência de tal modelo. Em verdade não existem estudos que demonstrem a maior eficiência na utilização desses entes. Em verdade, caso exista alguma vantagem finalística neste instituto, esta se encontra suplantada pelas ilegalidades que rondam a sua utilização. Maria Sylvia Zanella Di Pietro manifestando-se quanto à suposta eficiência de tais entes afirma que

> Na realidade, não está comprovada a eficiência ou, pelo menos, quais sejam os beneficiários dessa eficiência: seriam os usuários dos serviços públicos sociais 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?[32]

O que também chama atenção para as entidades de apoio é o volume de convênios firmados com a Administração Pública, muitos deles com objetos típicos de contratos, bem como o grande número de contratos firmados com

[30] Decisão publicada no Diário Oficial da União de 25.11.92, Seção I, p. 16.302 a 16.305.
[31] Decisão publicada no Diário Oficial da União de 25.11.92, Seção I, p. 16.302 a 16.305.
[32] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública.* São Paulo: Atlas, 2006. p. 284.

entes públicos por dispensa de licitação, utilizando-se o disposto no inciso XIII, do art. 24, da Lei n. 8.666/93.

Por fim, coloca-se, ainda, entre as paraestatais os **Serviços Sociais Autônomos,** conceituados por Hely Lopes Meirelles como **"**aqueles instituídos mediante autorização legislativa, com personalidade jurídica de direito privado, para ministrar assistência ou ensino a certas categorias sociais ou grupos profissionais, sem fins lucrativos, sendo mantidos por dotações orçamentárias ou contribuições parafiscais"[33]. Apesar de criadas mediante autorização legislativa, não integram a Administração Pública, porém atuam ao lado do Estado na realização de atividades que lhes são atribuídas. Logo, não prestam serviços públicos e sim realizam atividades privadas de interesse público, sendo, por tal razão, sujeitas à atividade de fomento estatal. Ressalte-se que a referida autorização legislativa permite que Confederações Nacionais criem tais entes, com o registro do estatuto no Cartório de Registro de Pessoas Jurídicas, Assim, a Confederação Nacional da Industria, por exemplo, através do Decreto-Lei n. 4.048/42, recebeu a responsabilidade de criar, organizar e dirigir o Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial. São entes aos quais se atribuem algumas normas de direito público. Logo, atos praticados por Serviços Sociais Autônomos, no exercício da sua função-fim poderão ser controlados através de mandado de segurança. Segundo José dos Santos Carvalho Filho[34] tais entidades sujeitam-se, ainda, ao controle efetivado pelo Poder Público, uma vez que arrecadam contribuições parafiscais, de recolhimento obrigatório, o que as caracterizam como dinheiro público, estando vinculado aos objetivos institucionais definidos por lei. Tal recurso é calculado sobre a folha de pagamento de todos os empregados do estabelecimento contribuinte, pertencente à categoria assistida pelo Serviço Social Autônomo respectivo. O controle exercido pelo Tribunal de Contas decorre do parágrafo único do art. 70. Por conseqüência, a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, n. 8.443/92, afirma no seu art. 5º, parágrafo 5º, a jurisdição da Corte sobre entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado que recebem contribuições parafiscais e prestam serviços de interesse público ou social. Divergências existem quanto à sujeição dos Serviços Sociais Autônomos a processo licitatório estabelecido na Lei n. 8.666/93. Apesar de entendimentos favoráveis à aplicação da Lei de Licitações a tais entes[35], o Tribunal de Contas da União vem se posicionando pela exclusão do sistema *S* da incidência da Lei n. 8.666/93, argumentando que o princípio da obrigatoriedade da licitação limita-se à Administração direta e indireta, acrescentando que a expressão **"entidades controladas",** constante do parágrafo 1º, do art. 1º, da Lei n.

[33] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro.* São Paulo: Malheiros, 2008. P. 378.
[34] CARVALHO FILHO. José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. P. 511.
[35] Neste sentido manifesta-se José dos Santos Carvalho Filho, para quem os Serviços Sociais Autônomos "estão obrigados a realizar licitação entes de suas contratações, como o exige a Lei n. 8.666/93, que, de forma clara, consigna que se subordinam a seu regime jurídico, além das pessoas da Administração Indireta ***"as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios"*** *(Manual de Direito Administrativo.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.512).

8.666/93, refere-se às empresas públicas e sociedades de economia mista[36]. Atualmente os Serviços Sociais Autônomos utilizam-se dos seus respectivos regulamentos de licitações e contratos, aprovados através de Resoluções dos seus Conselhos Nacionais. Também divergências existem quanto à aplicação da regra do concurso público, constante do art. 37, II, da Constituição Federal, aos Serviços Sociais Autônomos. Acolhemos posição no sentido da necessidade exclusiva de processo seletivo, no qual fiquem resguardados os princípios da moralidade, impessoalidade e segurança jurídica.

6. Críticas à Estrutura Atual do Terceiro Setor

Conforme já abordado neste trabalho, o crescimento de atividades públicas desempenhadas por entes do Terceiro Setor no Estado brasileiro ocorreu proporcionalmente ao aumento de atos de corrupção envolvendo tais entidades.

Questionamentos são levantados quanto aos motivos que vêm gerando o desvirtuamento nas parcerias mantidas com o Terceiro Setor. Detecta-se, com freqüência, desvios de recursos repassados, ausência de prestação de contas, utilização de vínculos como burla ao regime jurídico administrativo, dentre outras impropriedades.

Analisando-se a forma como benefícios são conferidos a tais entes, bem como a gestão de recursos públicos pelos mesmos, revelam-se uma série de deficiências que devem ser avaliadas.

a) Da Conferência de Títulos

Como já mencionado, é comum a concessão de títulos jurídicos a entes do Terceiros Setor que os coloca em regime jurídico diferenciado, possibilitando benefícios e apoios especiais previstos na legislação própria. A conferência de tais títulos permite um tratamento normativo padronizado às entidades beneficiadas, afastando o casuísmo, além de admitir o estabelecimento de um mecanismo de controle mais eficaz, uma vez que a titulação encontra-se sujeita ao cancelamento ou suspensão.

Grande problema que se vislumbra na concessão de títulos ao Terceiro Setor é o excesso de requisitos formais para o beneficiamento e a escassez de exigências materiais. Assim, no âmbito federal, a concessão de título de utilidade pública, o mais antigo do país, depende do preenchimento de requisitos, estabelecidos em consonância com a Lei n. 91/35. Desta forma, exige-se cópia do estatuto social, comprovando registro no cartório de registro de pessoas jurídicas, cartão de inscrição no CNPJ, ata de eleição da atual diretoria, qualificação dos membros da diretoria e atestado de idoneidade expedido por autoridade local, cláusula no estatuto que diga expressamente

[36] Decisão n. 907/97, confirmada pela Decisão n. 461/98.

que não remunera os cargos de diretoria, conselho fiscal, nem distribui lucros, atestado de autoridade local que a instituição esta em efetivo funcionamento há pelo menos três anos, demonstrativo de receitas e despesas dos últimos três anos e relatórios qualitativos e quantitativos desenvolvidos nos três últimos exercícios.

Mesmo os diplomas legais mais recentes que se referem à concessão de títulos a entes privados sem fins lucrativos, como a Lei n.9.637/98, que aborda a qualificação como Organização Social, e a lei n. 9.790/99, que se reporta a conferência do título de Organização de Sociedade Civil de Interesse Público, apresentam meras exigências formais para titulação. Desta forma, o art. 2º, inciso I, da Lei n. 9.637 exige dos entes que atuam em uma das áreas constantes do art. 1º da lei, para qualificação como OS, apresentação de registro do ato constitutivo da entidade dispondo sobre todos os requisitos enumerados nas alíneas *a* a *i*. Já para obtenção do título de OSCIP, além exigir a atuação em uma das áreas estabelecidas no art. 3º, da Lei n. 9.790/99 e a proibição da conferência de títulos aos entes enumerados no art. 2º, a qualificação fica também condicionada à apresentação de estatutos cujas normas disponham sobre as exigências especificadas nos incisos I a VII, do art. 4º do referido diploma legal.

Percebe-se assim que, em regra, as normas legais que abordam a certificação de entidades do Terceiro Setor não atentam para necessidade de se verificar a eficiência na efetiva atuação da entidade, através de laudos apresentados por pessoas designadas, dotadas de fé pública. Limitam-se apenas a exigir uma série de documentos, facilmente fraudáveis, sem checar a sua veracidade.

Paulo Modesto[37] reporta-se à "certificação indevida" de tais entes com a conseqüente erosão da credibilidade dos títulos deferidos. Assim, refere-se à certificação realizada sem critério, em virtude da frouxidão dos requisitos administrativos ou legais, ou em razão de fraude, com violação intencional do modelo legal estabelecido.

Por outro lado, a manutenção do título, em regra, é condicionada ao cumprimento continuado de certas exigências, verificadas através de documentos, inexistindo um controle de resultados sobre a atuação de tais entes. Mesmo a simples verificação da manutenção dos requisitos iniciais, através de análise de documentos não ocorre a contento, seja pelo elevado número de entes titulados e a escassez de agentes para realizar tal atividade, seja por pura negligência do órgão fiscalizador.

Ilustra muito bem as ponderações apresentadas, a Medida Provisória n. 446/08, conhecida como "MP das filantrópicas" que, dentre outras coisas, pretendia a renovação automática de títulos de filantropia conferidos pelo Governo Federal, beneficiando, inclusive, entes sob suspeita. Segundo a polêmica MP, pedidos de renovação de certificados que já tivessem sido negados pelo Conselho Nacional de Assistência Social, mas que estivessem

[37] MODESTO, Paulo, *Reforma do Marco Legal do Terceiro Setor no Brasil.* ***IN*** WWW.direitopublico.com.br. Pesquisa realizada em 17.02.2010, às 9:30 horas.

sendo contestados pelas entidades, seriam automaticamente considerados aprovados. Referida Medida Provisória foi rejeitada pela Câmara de Deputados, além dos seus efeitos também terem sido suspensos por liminar deferida pela 13ª Vara Federal do Distrito Federal, em Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público, atingindo cerca de sete mil entidades.

b) Inexigência de Qualificação Técnica e Patrimônio Mínimo para Formalização de Vínculos

Outro problema que compromete a credibilidade das parcerias estabelecidas com o Terceiro Setor seria a falta de exigência de demonstração de qualificação técnica e patrimônio líquido mínimo para a formalização de vínculos.

Assim, milhões vêm sendo repassados a entes sem fins lucrativos que apesar de formalmente investidos em atividades afins àquela pactuada, não apresentam qualquer prova de efetiva atuação na área. Tal fato colabora para formalização de vínculos de fachada, servindo a entidade apenas como passador de recursos, sem as amarras comuns ao regime jurídico administrativo.

Por outro lado, a falta de exigência de patrimônio líquido mínimo de tais entidades, principalmente quando o vínculo envolve o repasse e gestão de altos recursos, é outro ponto que merece atenção. Não são poucos os procedimentos que tramitam pelos Tribunais de Contas e pelos Ministérios Públicos Federal, Estaduais e Distrital envolvendo desvio de recursos públicos com a participação de ente do Terceiro Setor. Na maioria das vezes estas entidades não possuem qualquer patrimônio próprio ou, quando possuem, este não se mostra suficiente para cobrir os prejuízos causados ao erário. É certo afirmar que a partir do momento em que se exigisse patrimônio mínimo para formalização de vínculos, tais entidades sentir-se-iam mais comprometidas, inclusive pela possibilidade de serem economicamente afetadas, em caso de má gestão de recursos. Deve-se mencionar ainda a forma precária como tais entidades vêm sendo geridas. Apesar de não possuírem fins lucrativos, poderiam utilizar mecanismos adotados na gestão de sociedades mercantis. Assim, nada impediria a existência de um plano de negócio para captação de recursos ou adoção de um planejamento estratégico, visando otimizar a alocação de tais recursos, alcançando, em conseqüência, sua sustentabilidade.

c)Dificuldade em Estabelecer um Marco à Transferência de Atividades ao Terceiro Setor

Segundo afirma Maria Sylvia Zanella Di Pietro "não tem fundamento jurídico, no direito brasileiro, a terceirização que tenha por objeto determinado serviço público como um todo"[38]. A posição exposta, parte da análise na norma contida

[38] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública.* São Paulo: Atlas, 2006. p. 239.

no art. 175, da Constituição Federal, ao estabelecer que "incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos".
A partir da Reforma Administrativa e a introdução no nosso ordenamento da Lei n. 9.637/98, que disciplina as Organizações Sociais, o debate quando ao limite da transferência de gestão de atividades públicas à pessoa privada passou a abranger também o Terceiro Setor. O referido diploma legal, no seu art. 20, prevê a absorção, pelas organizações sociais, de atividades prestadas pelo ente público, abrangendo, inclusive, transferência de bens móveis e imóveis, além de servidores públicos que poderão ser cedidos, com ônus para origem.
Parece que o debate deve partir da noção de serviço público e a possibilidade ou não da execução direta pelo particular. No caso do Terceiro Setor a discussão gira em torno dos chamados serviços públicos sociais que são aqueles que o Estado executa para atender aos reclamos sociais e representam uma atividade geradora de comodidade relevante ou atividade de natureza assistencial. De acordo com José dos Santos Carvalho Filho[39] estão nesse caso os serviços de assistência médica e hospitalar, assistência educacional, assistência à criança e ao adolescente, assistência a comunidades carentes, etc.

Não é objeto deste trabalho, porém deve-se fazer menção à chamada "crise do serviço público". Alexandre Santos de Aragão[40] se reporta a duas crises envolvendo o serviço público. A primeira, em meados do século passado, decorreu do aumento da intervenção estatal na economia que ameaçou os paradigmas teóricos dos serviços públicos, quebrando definitivamente o critério formal de sua noção, segundo o qual a atividade deveria ser regida apenas pelo direito público[41]. A segunda crise, iniciada na década de 80, decorreu do aumento da atuação da iniciativa privada na economia, com a devolução ao mercado de uma série de atividades que dele foram retiradas ao longo do século passado.

Em qualquer caso, mesmo que se discuta a titularidade, o ente executor ou mesmo o regime jurídico, o serviço público sempre irá existir. Silbia Sarasola expressa bem tal pensamento ao afirmar que

> O serviço público, ainda que viva momentos de expansão ou de retração, não vai deixar de existir. Poderá variar a sua titularidade, seu objeto, seu regime jurídico e até as formas de sua prestação, dando maior protagonismo aos

[39] CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 313
[40] ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O Serviço Público e as suas Crises.* ***IN*** Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas. Coordenadores: Alexandre Santos de Aragão e Floriano de Azevedo Marques Neto. Belo Horizonte: Fórum, 2008
[41] Ora, com a expansão da noção de serviço público que passou a envolver também atividades de natureza econômica, houve a necessidade de introduzir regras de direito privado à prestação da atividade agora classificada como serviço público.

operadores privados. Todavia o substrato público do instituto sempre se manterá[42].

Muito se questionou a constitucionalidade das áreas de atuação das Organizações Sociais, logo após o grande movimento de transferência de gestão de hospitais públicos para tais entes. O Partido dos Trabalhadores e o Partido Democrático Trabalhista ingressaram com Ação Declaratória de Inconstitucionalidade[43], em relação à Lei n. 9.637/98. Dentre os questionamentos trazidos, tem-se as áreas de atuação das Organizações Sociais, constantes do art. 1º. O Plenário do STF indeferiu o pedido de concessão de medida cautelar para suspensão da Lei[44]. Gilmar Mendes em seu voto reporta-se à redefinição do papel do Estado, que passa a se concentrar na função de promotor e regulador do desenvolvimento econômico e social. Segundo o Ministro, publicizar significa permitir ao Estado compartilhar com a comunidade, as empresas e o Terceiro Setor a responsabilidade pela prestação de serviços públicos como os de saúde ou educação.

Todos esses questionamentos vêm sendo enfrentados pela doutrina e jurisprudência com posições bastantes variadas, porém é inegável que hoje são os fatos que mandam. A necessidade diária de se buscar mecanismos que promovam melhor as expectativas públicas no mundo atual vale mais que ideologias, posições políticas ou pressupostos econômicos, sociais e culturais sobre os quais a instituição do serviço público nasceu e se desenvolveu, como bem observa Gaspar Ariño Ortiz[45].

---

[42] GORRIT, Silbia Sarasola. *La Concesión de Servicios Públicos Municipales: Estudio Especial de lãs Potestades de Intervención.* Oñati: IVAP, 2003. p. 23.

[43] ADin n. 1923/DF.

[44] MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 9.637, DE 15 DE MAIO DE 1.998. QUALIFICAÇÃO DE ENTIDADES COMO ORGANIZAÇÕES SOCIAIS. INCISO XXIV DO ARTIGO 24 DA LEI N. 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1.993, COM A REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI N. 9.648, DE 27 DE MAIO DE 1.998. DISPENSA DE LICITAÇÃO. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 5º; 22; 23; 37; 40; 49; 70; 71; 74, § 1º E 2º; 129; 169, § 1º; 175, *CAPUT*; 194; 196; 197; 199, § 1º; 205; 206; 208, § 1º E 2º; 211, § 1º; 213; 215, *CAPUT*; 216; 218, §§ 1º, 2º, 3º E 5º; 225, § 1º, E 209. INDEFERIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR EM RAZÃO DE DESCARACTERIZAÇÃO DO *PERICULUM IN MORA*.
1. Organizações Sociais --- pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, direcionadas ao exercício de atividades referentes a ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde.
2. Afastamento, no caso, em sede de medida cautelar, do exame das razões atinentes ao *fumus boni iuris*. O *periculum in mora* não resulta no caso caracterizado, seja mercê do transcurso do tempo --- os atos normativos impugnados foram publicados em 1.998 --- seja porque no exame do mérito poder-se-á modular efeitos do que vier a ser decidido, inclusive com a definição de sentença aditiva.
3. Circunstâncias que não justificariam a concessão do pedido liminar.
4. Medida cautelar indeferida **(DJU de 21.09.2007)**

[45] ORTIZ, Gaspar Ariño. *Significado Actual de La Noción Del Servicio Público.* ***IN*** El Nuevo Servicio Público. Madri: Marcial Pons, 1997. p. 23.

Entende-se que a energia gasta no sentido de embalsamar a noção tradicional de serviço público, deve ser abandonada e substituída por posições mais flexíveis que garantam a maior eficiência preservando, no entanto a moralidade no seu sentido mais amplo.

Diante de toda a problemática em torno do Terceiro Setor, questiona-se a efetiva vontade política para alteração de tal quadro. A utilização indevida de tais entes passa pela aprovação da gestão pública, que muitas vezes busca caminhos tortuosos, agarrando-se no discurso da eficiência administrativa. Porém, o elevado índice de desvio de recursos públicos protagonizado por entes do Terceiro Setor, com a participação da Administração Pública, vêm mudando o foco do problema, criando movimentos no sentido de alterar tal realidade.

Nesta perspectiva, tem-se o anteprojeto de normas gerais sobre Administração pública direta e indireta, as entidades paraestatais e as de colaboração, realizado pela comissão de juristas, constituída pela Portaria n. 426, de 6 de dezembro de 2007.

7. O Terceiro Setor na Nova Proposta de Normas Gerais Sobre Administração Pública.

O Anteprojeto de Lei que estabelece normas voltadas à organização administrativa traz no seu bojo tratamento comum a ser conferido aos entes do Terceiro Setor. Assim, as pessoas jurídicas de direito privado não estatais, sem fins lucrativos, constituídas voluntariamente por particulares, que desenvolvem atividades de relevância pública, objeto de incentivo e fiscalização regular do Poder Público, são intituladas, no art. 73 do anteprojeto, de **entidades de colaboração.** Desta forma, as Organizações Sociais, as Organizações de Sociedade Civil de Interesse Público, as Filantrópicas, as Fundações de Apoio, e os demais entes congêneres passarão a ser incluídas no gênero **entidades de colaboração.** Desta forma, as legislações específicas que disciplinam muitas dessas entidades continuam em vigor, naquilo que não contrariar a norma geral.

O anteprojeto preocupou-se em apresentar as características que devem estar presentes para que a entidade seja considerada sem fins lucrativos. Os requisitos são apenas três, estabelecidos no parágrafo 1º, do referido art. 73, sem inovação quanto à matéria.
Estabelece também que o vínculo firmado por tais entes e o poder público será nominado de **contrato público de colaboração**, independente da nomenclatura prevista em legislação própria, como consta do parágrafo 2º, do art. 73.

O art. 74 do anteprojeto buscou delimitar o objeto do contrato público de colaboração. Desta forma, o vínculo de colaboração poderá ter como objeto o fomento, pela entidade estatal, de atividade de relevância pública de iniciativa da entidade não estatal, a atribuição, a entidade não estatal, da execução de

ação ou programa de iniciativa estatal, de relevância pública, mediante contrapartidas da entidade estatal e a execução conjunta, por entidade estatal e entidade não estatal, de atividade de relevância pública. O grande problema deste dispositivo revela-se quando define, em doze alíneas, os campos das atividades consideradas de "relevância pública". A amplitude das áreas de atuação poderá facilitar o desvirtuamento nos ajustes constituídos, a exemplo do que vem ocorrendo com as relações travadas entre entes públicos e as OSCIPS, muitas vezes utilizadas em atividades que, apesar de enquadradas no art. 3º, da Lei n. 9.790/99, revelam flagrante fuga ao regime jurídico de direito público, com formalização de verdadeiros contratos transvestidos de termos de parcerias.

Por outro lado, bastante salutar a atenção do anteprojeto em expressamente excluir do contrato de colaboração vínculo destinado ao simples fornecimento, pela entidade não estatal, de mão-de-obra, serviço, ou bens necessários à execução de atividade pela própria entidade estatal. Vem se mostrando uma prática comum, a formalização de parcerias com a iniciativa privada com o único propósito de adquirir mão-de-obra, com burla ao limite de gasto de pessoal, constante do art. 20, da Lei Complementar n. 101/00. Por outro lado, a aquisição de bens e serviços sem adoção do devido processo licitatório é outro objetivo fraudulento buscado nas relações travadas com o Terceiro Setor.
A exigência de chamamento público para formalização do contrato público de colaboração, prevista no art. 77, do anteprojeto, é um dos pontos altos no tratamento dispensado à matéria. É certo que o Decreto Federal n. 6.170/07, no seu art. 4º já se reporta ao chamamento público precedente à celebração de convênio, porém, além da norma ter aplicação apenas no âmbito da União, a adoção do processo seletivo passa pela análise discricionária da autoridade responsável.

Direcionamentos na formalização de vínculos com o Terceiro Setor têm levado, inclusive, à criação de entes com o único propósito de travar relações com entes públicos, já previamente pactuadas. A referida regra, que se pretende introduzir no nosso ordenamento, atenuará tal prática, garantindo a observância dos princípio da isonomia, publicidade e motivação, como bem observa Maria Sylvia Zanella Di Pietro[46]. A exigência legal de fixação dos requisitos dos projetos a serem apresentados pelas entidades, bem como dos procedimentos, prazos e critérios de decisão do processo, constantes do art. 76, garantem o tratamento isonômico dos interessados. Por outro lado, a ampla publicidade a ser conferida ao chamamento público, determinada nos parágrafos 1º e 2º, do art. 78, permite assegurar a sua transparência, confirmada pela exigência de decisões formalmente motivadas, claro que há situações reveladoras da total inviabilidade de utilização do chamamento público. Assim, o art. 77 traz as hipóteses nas quais não se exige a utilização de tal processo.

[46] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Das Entidades Paraestatais e das Entidades de Colaboração.* ***IN*** Nova Organização Administrativa Brasileira. Coord. Paulo Modesto. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 243.

O parágrafo 3º, do art. 80, do anteprojeto aduz que "a entidade não estatal deve observar procedimentos próprios que assegurem eficiência e probidade na seleção de pessoal e no dispêndio de recursos recebidos em virtude do contrato". Claro que não se poderá exigir do ente privado a realização de concurso para admissão de pessoal, porém ao determinar a observância dos princípios da eficiência e probidade na seleção, a norma impõe que o processo seletivo seja baseado em critérios objetivos, capazes de auferir a adequação do interessado à vaga, sem privilegiar vínculos pessoais. Também os gastos efetivados com recursos públicos devem ser pautados nos referidos princípios. Logo, as aquisições, serviços e obras contratados com tais recursos devem ser precedidas de cotação, com atenção especial à qualificação técnica e econômica daqueles que irão executar obras ou prestar serviços. Quanto às compras, deve-se garantir a boa qualidade do objeto adquirido.

Percebe-se, assim, que caso o referido anteprojeto sensibilize os nosso parlamentares, transformando-se em lei, com a manutenção dos dispositivos voltados a disciplinar os chamados"entes de colaboração" estaremos dando um grande passo na direção correta destinada a resgatar o verdadeiro papel do Terceiro Setor na nossa sociedade.

8. Conclusão

É certo que o Terceiro Setor possui hoje um relevante papel na efetivação de interesses públicos, principalmente no campo social, atuando ao lado do Estado como destinatário de sua atividade de fomento. Apesar do crescimento dos vínculos estabelecidos com entes sem fins lucrativos, voltados à realização de expectativas públicas, muito se tem questionado quanto à regularidade de tais ajustes. Estas questões decorrem do elevado número de casos nos quais se observa a utilização destes entes como instrumentos destinados à fuga do regime jurídico administrativo.

Apesar do anteprojeto de lei de normas gerais sobre administração pública ter dispensado tratamento especial aos vínculos estabelecidos com entes do Terceiro Setor, buscando maior eficiência e transparência na sua atuação, não é capaz, por si só, de alcançar a raiz dos problemas que envolvem tais entes nas suas relações com o poder público.

A questão é bastante complexa e passa pela deficiência da atividade de controle, que atinge todos os tipos de vínculos estabelecidos por entes estatais. Tal deficiência percorre um longo caminho, que vai desde a limitação da atividade de controle a aspectos formais até a falta de estrutura dos órgãos públicos encarregados desta atividade.

Por outro lado, é essencial que os entes do Terceiro Setor assumam seu compromisso de solidariedade social, atuando com transparência na sua gestão, cumprindo as prioridades anunciadas. Deve-se combater o auto-interesse que vem se consolidando em certas entidades e que acaba por contaminar tantas outras que ainda lutam na busca dos ideais prometidos.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

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: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A RERE - Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Numbe*r), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: ISSN 1981-1888
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rere@direitodoestado.com.br
4) A RERE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público, economistas e administradores. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.
5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323
6) Assine o feed da RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDaReformaDoEstado

Publicação Impressa / Informações adicionais:

Nenhuma informação disponível.