

UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA - UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS - PPGCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO EM DIREITO ECONÔMICO

RONNY CHARLES LOPES DE TORRES

TERCEIRO SETOR E TERMOS DE PARCERIA: Entre a liberdade de escolha da entidade
parceira e a necessidade de licitação

JOÃO PESSOA, PB, BRASIL

2009

Ronny Charles Lopes de Torres

TERCEIRO SETOR E TERMOS DE PARCERIA: Entre a liberdade de escolha da entidade
parceira e a necessidade de licitação

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, na área de concentração em Direito Econômico, como requisito parcial para obtenção do grau de mestre.

Orientadora: Prof.^a Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer Feitosa

JOÃO PESSOA
2009

RONNY CHARLES LOPES DE TORRES

TERCEIRO SETOR E TERMOS DE PARCERIA: Entre a liberdade de escolha da entidade
parceira e a necessidade de licitação

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-
Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade
Federal da Paraíba, na área de concentração em
Direito Econômico, como requisito parcial para
obtenção do grau de mestre.

Banca Examinadora:

Data de aprovação: _____

Prof^ª. Dra. Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer Feitosa

Examinador externo

Examinador interno

JOÃO PESSOA, 10 de abril de 2009

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho monográfico ao Senhor Deus, mais fiel dos amigos, e à minha querida família. Jamais conseguirei agradecê-los suficientemente pelo amor e carinho dedicado, pelos incentivos e pelas palavras de apoio que sempre me ajudaram a prosseguir.

Também dedico este trabalho a Arthur, meu filho amado, desculpando-me pelos dias em que abdiquei de sua presença, para continuar com as pesquisas que deram fundamento a esta dissertação.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à Professora Maria Luiza, atenciosa orientadora que encaminhou com paciência e carinho os caminhos trilhados nesta pesquisa. Em nossos contatos, sempre agreguei conhecimento, indispensável para a produção deste trabalho e para meu aperfeiçoamento, enquanto acadêmico.

Agradeço também aos amigos e professores do mestrado, pessoas que direta ou indiretamente ajudaram na confecção deste trabalho. As boas lembranças de nossa convivência estarão sempre registradas em minha memória.

RESUMO

As mudanças econômicas e políticas ocorridas, com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, levaram a máquina estatal a atuar em diversas áreas sociais, ampliando a utilização de recursos financeiros. Com a crise fiscal que abateu o Estado, renovou-se o fôlego dos críticos à intervenção estatal, que passaram a defender sua retração como meio de recuperação econômica, pela redução de gastos públicos e aumento da eficiência na prestação de serviços.

Esse quadro gerou uma rediscussão sobre o papel do Estado, que não se limita ao seu tamanho, envolvendo a qualidade de Estado que é necessária para, sem abdicar das conquistas sociais obtidas, conduzir a sociedade ao desenvolvimento econômico e à democrática participação dos cidadãos no trato da coisa pública. Nesse ambiente, apresentam-se, no seio da sociedade civil, entidades privadas, sem fins lucrativos, que atuam na prestação de serviços de interesse público e passaram a ser denominadas de Terceiro Setor.

No Brasil, com a reforma administrativa, ganhou forças o raciocínio de que os serviços públicos não-exclusivos podem ser realizados por essas entidades da sociedade civil, através de fomento estatal. Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) foi um dos títulos jurídicos produzidos, que se apresenta como novo marco para o Terceiro Setor, reformulando esse importante segmento da sociedade civil, para adequá-lo à necessidade de parcerias intentadas pelo Estado.

Contudo, têm-se verificado desvios de recursos públicos, pela indevida utilização dessas entidades em favor de grupo políticos ou econômicos, com finalidades não altruísticas, beneficiados pela escolha discricionária das entidades que recebem recursos públicos para a realização dessas parcerias.

Esse trabalho será desenvolvido com o objetivo de enfrentar os questionamentos relacionados à possibilidade de se impor a seleção licitatória para a escolha dessas entidades parceiras e os limites para a incidência do regime público em tal seleção, apresentando uma solução identificada a partir do nosso ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Estado – Fomento - Terceiro Setor – Recursos públicos - Transferência – Termo de parceria - Licitação.

ABSTRACT

The occurred economic and politics changes, with the transition from the Liberal State to the Welfare State, led the state machine to act in several social areas, extending the use of financial resources. With the fiscal crisis that reached the State, the critics of the state intervention started to defend its retraction as a means of economic recovery through the reduction of public expenses and increase of the efficiency in the service rendering.

This scenery created a rediscussion about the role played by the State, which is not limited to its size, involving the quality of State that is necessary to, without abdicating the social conquests, lead the society to the economic development and to the democratic participation of the citizens in the treatment of the public thing. In this environment, it is presented, in the core of the civil society, private entities, without lucrative ends, that act in the services rendering of public interest and are now called as Third Sector.

In Brazil, after the administrative reform, the not-exclusive public services can be accomplished by these entities of the civil society through state fomentation. Civil Society Organization of Public Interest was one of the legal headings produced, which presents itself as a new landmark for the third sector, reformulating this important segment of the civil society, to adjust it to the necessity of partnerships intended by the State.

However, diversion of public resources have been verified, by the improper use of these entities in favor of economics or politics group, with not altruistic purposes, benefited by the discretionary choice of the entities that receive public resources for the accomplishment of these partnerships.

This paper will be developed with the objective of facing the questionings related to the possibility of imposing the licitatory procedure for the choice of these entities-partners and the limits for the incidence of the public regimen in this selection, presenting a solution identified from our legal system.

Key-word: State - Fomentation - Third Sector - Public Resources - Transference - Partnership Term - Licitation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
Cap. 1. O ESTADO E A SOCIEDADE CIVIL	13
1.1. Breve histórico sobre o Estado – do modelo liberal aos tempos atuais	13
1.2. A sociedade civil e os novos atores sociais	20
1.3. O princípio da subsidiariedade e a atividade de fomento	29
Cap. 2. O TERCEIRO SETOR NO BRASIL	36
2.1. Considerações gerais	36
2.2. A reforma administrativa brasileira e o Terceiro Setor	42
2.3. A crise de titulação e a necessidade de um novo marco legal do Terceiro Setor no Brasil	50
Cap. 3. A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS E AS OSCIP'S	62
3.1. Do conceito de serviço público	62
3.2. Serviços exclusivos e serviços não-exclusivos	68
3.3. As Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público	73
3.3.1. Definição legal de um novo marco legal do Terceiro Setor parceiro	75
3.3.2. Da incidência de regras publicísticas para a qualificação	79
3.3.3. Participação de servidores no quadro da OSCIP	82
3.3.4. Outorga e perda de qualificação	84
Cap. 4. O TERMO DE PARCERIA E A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS NÃO-EXCLUSIVOS	89
4.1. O termo de parceria	89
4.1.1. Aspectos técnicos	91
4.1.2. Natureza jurídica	93
4.1.3. Do período de vigência do termo de parceria	98
4.1.3.1. Da vigência do termo de parceria além do exercício financeiro	101
4.1.3.2. Da prorrogação do termo de parceria	106
4.2. A prestação de serviços não-exclusivos através de termos de parceria	109

Cap. 5. A ESCOLHA DA ENTIDADE PARCEIRA E A NECESSIDADE DE LICITAÇÃO	115
5.1. Análise do aparente paradoxo: necessidade de seleção x incompatibilidade do procedimento licitatório tradicional	117
5.2. Hipóteses de desnecessidade ou inviabilidade da seleção por certame	127
5.3. Da utilização do concurso de projetos: análise e sugestões ao regramento geral.	131
Cap. 6. CONCLUSÃO	137
Cap. 7. REFERÊNCIAS	144

INTRODUÇÃO

No início do século XX, a reação contra a concepção estatal liberal fortaleceu a afirmação de Estados com conceitos estruturais diferentes. Surgiu o Estado Social, em que a proteção absoluta da liberdade e a presunção da igualdade entre os homens perderam a primazia em detrimento da obstinação pelo bem comum. Para tal desiderato, o Estado teve que ampliar suas atribuições e deveres diante da sociedade, do que resultou o crescimento de sua máquina administrativa.

Próximo ao final do Século XX, diante da crise de governabilidade que atingiu o *Welfare State*, restou fortalecido o pensamento de que a estrutura estatal não seria suficiente para servir como mantenedora única dos diversos setores sociais e econômicos abraçados pelo Estado Social. Por outro lado, com a extensão da crise para a esfera da democracia representativa, tomou forma uma nova concepção da figura estatal que, embora preservando características do Estado Social, protetor do bem comum, fosse igualmente capaz de resguardar as liberdades individuais, prestigiando a participação popular no controle do Governo e da Administração Pública. Um modelo que, sem abdicar das garantias preconizadas pelo Estado do Bem-Estar, se apresenta como o resultado da síntese dialética da evolução dos paradigmas de Estado.¹ O novo formato reúne os conceitos de Estado de Direito, adaptando-os a um perfil regulador,² que deve se fundar na soberania popular e no movimento de participação democrática na gestão da coisa pública. Por determinação constitucional, o Estado brasileiro, que é democrático e de direito, possui obrigações sociais perante os membros que formam sua sociedade, exigindo-se a sua atuação, direta ou indireta, na realização ou no fomento de determinadas ações de interesse da coletividade, compatíveis com seus próprios fundamentos, como a cidadania e a dignidade da pessoa humana.

Diante das responsabilidades sociais que lhe foram imputadas pelo constituinte, o setor público brasileiro tem buscado parcerias com a iniciativa privada para realização de investimentos de interesse social e para a prestação de serviços de interesse da coletividade. Nesse novo ambiente, a sociedade civil pode se apresentar como setor de reação crítica às omissões estatais ou como um setor parceiro na realização de atividades relacionadas à prestação de alguns serviços de interesse público. Esse âmbito de atuação da sociedade civil,

¹ DIAS, Maria Tereza Fonseca. Terceiro setor e Estado: legitimidade e regulação: por um novo marco jurídico. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 38.

² FEITOSA, Maria Luíza P. A. Mayer. Paradigmas inconclusos: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados. Coimbra: Coimbra, 2007. p. 169.

como parceira na prestação de serviços de interesse público, gerou discussões sobre um novo segmento, denominado Terceiro Setor, que se encontra em um ambiente intermediário entre o Estado e o Mercado.³

A expressão Terceiro Setor foi traduzida do inglês *Third Sector* e difundida a partir da década de setenta do século passado.⁴ Ela englobaria as entidades formadas pela sociedade civil que não possuem interesse de lucro e buscam a satisfação dos interesses sociais. Esse conceito, ainda em construção, engloba a sociedade civil em sua atuação como parceira do Estado, estimulando discussões sobre os seus reais contornos.

De qualquer forma, têm sido realizadas parcerias entre o Estado e o Terceiro Setor para a prestação de serviços de interesse público. Com relação a essas prestações, é importante diferenciar os serviços públicos propriamente ditos, atribuídos exclusivamente ao Estado, daqueles serviços de interesse público para os quais a Constituição Federal permite a titularidade também pelo setor privado, como no caso da saúde (Art. 197 e 199) e da educação (Art. 209). Naqueles de atribuição exclusiva, a realização dessas atividades deve ser feita diretamente pelo Estado ou indiretamente, sob o regime de concessão ou permissão, em que o particular atua como delegado do Poder Público. Já nos serviços não-exclusivos, a titularidade compete tanto ao Estado como ao setor privado. Pelo princípio da subsidiariedade, a atuação particular deve ser incentivada pelo Poder Público, através da atividade de fomento.

É nesse campo que se concentra importante problema. Essas atividades, denominadas pelos reformistas de serviços não-exclusivos, e pela doutrina, de serviços públicos sociais,⁵ não privativos do Estado⁶ ou serviços públicos impróprios,⁷ são realizadas pela iniciativa privada despida de finalidade lucrativa, o chamado Terceiro Setor, através de fomento estatal. O sentido de se permitir e até incentivar a atuação privada nessas atividades deriva do raciocínio de que o regime público e seus entraves burocráticos tornam difícil o atendimento dos interesses coletivos designados pela Constituição. Contudo, muitas vezes, o fomento a tais atividades se materializa através da cessão de bens públicos ou pela transferência de recursos orçamentários, mediante convênios, termos de parcerias ou contratos

³ MOREIRA, Vital. Auto-regulação profissional e administração pública. Coimbra: Almedina, 1997. p. 33.

⁴ MÂNICA, Fernando Borges. Panorama Histórico-Legislativo do Terceiro Setor no Brasil: Do Conceito de Terceiro Setor à Lei das OSCIP. In OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. (org.). Direito do Terceiro Setor: Atualidades e perspectivas. Curitiba: OAB - Seção do Paraná, 2006. pag. 17.

⁵ FRANÇA. Wladimir da Rocha, Reflexões sobre a prestação de serviços públicos por entidades do terceiro setor. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Nº 06. 2006.

⁶ MELLO. Celso Antonio Bandeira de, Curso de Direito Administrativo. 19ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005. Pág. 648.

⁷ DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella, Parcerias na administração Pública: Concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. São Paulo: Atlas. 2005.

de gestão. Nesse caso, devem tais relações de parceria trilhar caminho imune à incidência das prescrições atinentes ao regime jurídico de direito administrativo? Havendo transferência de recursos, a seleção da entidade parceira deve restar adstrita à livre discricionariedade do gestor público? É cabível a realização de licitação para a seleção da entidade parceira?

As indagações ganham maior relevo com a criação do título jurídico Organização da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIP, criado pela Lei Federal nº 9.790, de 23 de março de 1999. Este título qualifica as pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, que atendam aos requisitos estabelecidos pela referida Lei. Essa norma representou um grande avanço no estabelecimento de corretas diretrizes em relação ao delineamento subjetivo e objetivo das parcerias realizadas com o Terceiro Setor, motivo pelo qual foi anunciada, por muitos autores, como seu novo marco legal.⁸ Contudo, não obstante sua elogiável intenção de transpor a concepção burocrática dos sistemas anteriores e democratizar o acesso à qualificação, a norma não parece ter avaliado corretamente que as OSCIP's poderiam ser usadas ilegitimamente por agrupamentos movidos por interesses políticos, corporativos ou criminosos.

Em vista de determinadas concepções permissivas, como a livre indicação da entidade conveniente e a desnecessidade de submissão ao regime licitatório para as contratações com recursos públicos, nos últimos tempos, parece comum encontrar manchetes nos noticiários, informando fraudes e desvios financeiros relacionados às parcerias com essas entidades.

Para tratar sobre o tema apresentado, este trabalho divide-se em cinco partes: no primeiro capítulo, inicialmente, será feita uma breve exposição sobre o Estado e a sociedade civil. Tendo em vista que esses segmentos envolvem os personagens que protagonizam as relações de cooperação em análise, compreendê-los, com suas evoluções, é uma condição imprescindível para o correto desenvolvimento desta pesquisa. Ao final do capítulo, são tecidas considerações acerca do princípio da subsidiariedade e da atividade de fomento, elementos que consolidam os reais contornos que alicerçam tais parcerias, identificados com o incentivo estatal ao exercício das atividades privadas.

O segundo capítulo tratará sobre o Terceiro Setor, examinando seu conceito doutrinário e sua concepção mais restrita, na forma defendida neste trabalho, por entender-se que o objetivo público é essencial para caracterizar esse segmento da sociedade civil.

⁸ MODESTO, Paulo. Reforma do marco legal do terceiro setor no Brasil., Revista Interesse Público, ano 1 de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 210, out./dez., pp.195-212; Revista do Serviço Público, Brasília, ano 48, n. 2, maio/ago., pp. 27-57.

Também será descrito o movimento, iniciado com a reforma administrativa brasileira, de redução da ação do Estado às funções que lhe seriam próprias, com a transferência dos serviços não-exclusivos para o Terceiro Setor (denominado pelos reformistas de “setor público não-estatal”), através de um programa de “publicização”. Ao término do capítulo, será feito um histórico sobre os títulos existentes e a crise que gerou a formação de um novo marco do Terceiro Setor brasileiro.

Adiante, no terceiro capítulo, será analisado o conceito de serviço público, evidenciando as atividades realizadas pelo Terceiro Setor e os efeitos em relação à incidência do regime jurídico específico. Também será abordado o novo título jurídico, denominado Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), identificando-o como uma tentativa de balizamento das relações de parceria do Estado com a sociedade civil, pela construção de uma definição legal adequada para o Terceiro Setor. Nesse ponto, o trabalho esquadrinhará, com minúcias, a configuração disposta pela legislação para o novo título, demonstrando sua identidade com o conceito de Terceiro Setor e com o pensamento gerencial adotado pelos reformistas. São assinaladas as regras publicísticas incidentes sobre a qualificação e sobre o funcionamento da entidade, com breve avaliação crítica do disciplinamento relacionado à outorga e à perda da qualificação.

No quarto capítulo, são enfrentados aspectos técnicos e jurídicos do “termo de parceria”. O trabalho não se furtará ao encargo de fazer a abordagem de aspectos técnicos, esmiuçando a configuração jurídica dada pela Lei nº 9.790/99 ao instrumento, por perceber-se que ela indica a influência do pensamento gerencial em sua formatação. Far-se-á, também, análise crítica relacionada ao período de vigência do termo de parceria, contestando o ilegal regramento gerado pelo Decreto nº 3.100, de 30 de junho de 1999, face ao ordenamento jurídico pátrio. Essas exposições antecedem a análise dos contornos jurídicos do ambiente que envolve tais relações de parceria, para as prestações de serviços não-exclusivos objetivadas pelos acordos de cooperação entre a Administração e as OSCIP’s. Ao concluir o quarto capítulo, a pesquisa faz uma análise crítica desse ambiente, buscando resgatar sua fundamentação no princípio da subsidiariedade e na mudança gerada pela reforma administrativa brasileira. Por fim, aduz-se a necessidade de incidência do regime jurídico administrativo na seleção das entidades parceiras, para a realização desses serviços não-exclusivos, através de fomento estatal.

Apresentados aspectos técnicos e jurídicos que envolvem as OSCIP’s, os termos de parceria e os serviços não exclusivos prestados através desses instrumentos, o quinto capítulo enfrenta o debate sobre a necessidade ou não de licitação para a escolha da organização

parceira. São identificadas as correntes doutrinárias existentes e analisado, sob uma perspectiva dogmática, o aparente paradoxo entre a necessidade de seleção das entidades parceiras e a incompatibilidade da submissão integral ao regime licitatório tradicional. Ao final, são sugeridas propostas que podem ser utilizadas como subsídio para um regramento geral sobre as seleções das OSCIP's, impedindo desvios, sem conspurcar a natureza das entidades e a eficiência dessas relações de cooperação.

Os serviços não-exclusivos realizados pelas organizações do Terceiro Setor devem ser fomentados pelo Estado, não através do financiamento que causa dependência e dirigismo, mas pela atuação subsidiária que incentiva o desenvolvimento autônomo das organizações parceiras.

No Brasil, o relacionamento do Estado com as entidades do Terceiro Setor vem assumindo uma conotação assistencial e paternalista que causa dependência e restringe o desenvolvimento de atividades não induzidas pelo aparelho estatal. Essa tendência gera, pelo menos, dois problemas: em primeiro lugar, com a delimitação excessiva dos serviços “fomentados” (através da vinculação direta a programas estatais que permitem a transferência de recursos), tolhe-se a independência dessas entidades da sociedade civil; em segundo, com a falta de incentivo para a atuação filantrópica no ambiente “além dos recursos públicos”, perde-se o efeito multiplicador dessas parcerias. Esses desvirtuamentos fragilizam dois elementos que historicamente fundamentaram a defesa do estímulo estatal à atuação do Terceiro Setor: a legitimidade das entidades e a eficiência dessas parcerias.

Por outro lado, a atividade de fomento pela Administração demanda a incidência do respectivo regime jurídico, coibindo desvios de recursos públicos, induzidos por intenções que se distanciam das finalidades filantrópicas imaginadas para o Terceiro Setor. Tal incidência não admite que a escolha das entidades parceiras seja livremente discricionária, determinando a obediência aos ditames previstos em nosso ordenamento.

A fixação de um raciocínio jurídico que sistematize adequadamente o regramento para a seleção dessas entidades, é imprescindível para que seja democratizado o acesso ao fomento estatal. Tal regramento auxilia na resposta ao problema identificado na eficiência dessas parcerias. Em primeiro, em razão do incremento na busca pela melhor proposta, objetivo central do certame; em segundo, porque a democratização do acesso aos recursos públicos, somada à exigência habilitatória que torne necessária a demonstração de experiência em prestações de serviços não-exclusivos, geram um efeito multiplicador, estimulando a realização de atividades por centenas de organizações, mesmo fora do ambiente formal das parcerias.

Esta pesquisa é inspirada pela convicção de que deve ser construído um raciocínio jurídico para a seleção das entidades, nas relações de parcerias entre as OSCIP's e o Estado, resguardando o interesse público, sem criar empecilhos burocráticos excessivos ou dirigismo estatal, que tolham a eficiência pretendida com essas prestações de serviço ou conspurquem a natureza das organizações parceiras.

1. O ESTADO E A SOCIEDADE CIVIL

De início, cabe abordar as relações entre a sociedade civil e o Estado, eixo temático do presente trabalho, em recorte temporal que envolve a configuração intervencionista do Estado, especialmente, a partir de meados do Século XX.

Diante de um Estado que avocou para si a tarefa de atender parte importante das aspirações sociais, a atuação do Terceiro Setor invariavelmente se apresenta vinculada às ações ou omissões do aparelho Estatal. Essa constatação acaba por demandar uma análise preliminar do Estado, o Primeiro Setor, retratando sua evolução, da afirmação do modelo liberal até a sua configuração atual.

Posteriormente, será examinada a sociedade civil e sua concepção, por pensadores como Hegel, Marx e Gramsci, para depois chegar-se às conclusões que conduziram o conceito a sua compleição moderna, através de pensadores como Bobbio e Habermas. Compreendida a sociedade civil, em seu conceito, tratar-se-á sobre a importância de sua atuação, no ambiente nacional ou transnacional, diante da chamada crise do Estado e das fragilidades na legitimidade da democracia representativa tradicional.

Por fim, este capítulo abordará o princípio da subsidiariedade, como fundamento que orienta a composição entre o Estado e as entidades da sociedade civil, e a atividade de fomento, como atuação estatal que deve respeitar as nuances relacionadas à atividade administrativa, sua natureza meramente incentivadora e a autonomia da sociedade civil.

1.1. BREVE HISTÓRICO SOBRE O ESTADO – DO MODELO LIBERAL AOS TEMPOS ATUAIS

Com o Estado Moderno, foi erigido um ordenamento legal fundado, inicialmente, no poder unitário, totalitário e absoluto, concentrado na pessoa do príncipe, em período que ficou marcado pelo absolutismo monárquico. Nessa época, restou afirmado o princípio da impessoalidade do comando político, mediante a produção de normas jurídicas abstratas e universais, não existindo qualquer direito acima ou fora do Estado.

A passagem do Estado Absolutista para o Estado Liberal representou a mudança de um modelo baseado na autoridade do príncipe e sua infalibilidade, para uma realidade que tratava com primazia a autonomia da pessoa humana e a liberdade civil e econômica do indivíduo, aspirações seculares da classe burguesa.

Consolidou-se uma concepção de Estado com poderes limitados, controlado pelo direito. Ele devia obediência às normas jurídicas, estabelecidas por parlamentares, que estipulavam os âmbitos de atuação estatal, permitindo, em consequência, o controle do poder pelos seus destinatários.⁹ É o fenômeno da limitação do poder estatal. Para alguns, o Estado Liberal, de origem burguesa, teria adotado a mesma retórica do Estado Absolutista, diferenciando-se, apenas, pela fundamentação da soberania não em Deus e no poder divino do monarca, mas no povo.¹⁰ O fato é que, nos termos da nova concepção teórica de Estado, percebe-se uma dupla vinculação com o Direito, verificada na atribuição de gerador e cumpridor de normas jurídicas.

Sob o prisma político, o Estado Liberal invocava elementos democráticos, consagrando a democracia representativa como forma de Governo adequada para que o Estado atendesse aos interesses da coletividade. A concepção liberal clássica de Estado de Direito abrangeu um ordenamento jurídico constitucional fundado, conforme esclarece FEITOSA,¹¹ sobre “o pilar institucional do sistema constitucional de freios e contrapesos (*checks and balances*) e sobre as noções de soberania nacional, de poderes públicos, de contrato social e de democracia.”

Em relação à economia, o Estado Liberal projetava uma intervenção mínima, tendo como premissa a proteção do mercado e o resguardo de sua atuação livre. Esta atuação eqüidistante, mesmo que tenha fomentado os investimentos e o crescimento econômico, permitiu, em contrapartida, o incremento de problemas endêmicos, não resolvidos pela insuficiente autorregulação do sistema mercadológico, o que acabou por comprometer o dogma liberal de que o mercado possui capacidade de se corrigir automaticamente.

Os problemas causados pela atuação desregrada do mercado, aliados ao paradigma do socialismo soviético, que defendia a estatização dos meios de produção e a intervenção total do Estado na economia como remédio para a correção das desigualdades produzidas pelo

⁹ SUNDEFELD, Carlos Ari. Fundamentos do Direito Público. São Paulo: Malheiros, 1992, Pág.. 35.

¹⁰ MORAIS, José Luis Bolzan de. As crises do Estado. In MORAIS, José Luis Bolzan de (Organizador). O Estado e suas crises. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005. p.09-28.

¹¹ FEITOSA, Maria Luíza P. A. Mayer. Paradigmas inconclusos: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados. Coimbra: Coimbra, 2007. p. 152/153.

capitalismo, demonstravam a exaustão do modelo liberal e a necessidade de uma reformulação no papel do Estado na conjuntura social.

Diante dessa promessa de solução estatizante para os problemas sociais e da grande depressão vivida pelo capitalismo do início do século XX, que culminou com a quebra da Bolsa de Nova Iorque, em 1929, o modelo de Estado liberal foi pressionado a se renovar, passando a invocar maior presença estatal na economia e abraçando aspirações sociais. Esse conjunto de fatores exigiu uma reciclagem do capitalismo, alterando o modelo de Estado no ocidente. O novo modelo, conhecido como Estado do Bem-Estar Social, agregou outros objetivos à atuação/intervenção estatal, passando a ter como meta o atendimento das necessidades assistenciais da coletividade.

TAVARES¹² explica que, a partir do final da I Guerra Mundial, o liberalismo começou a ser verdadeiramente criticado e combatido, tendo resultado daí a intervenção estatal nas áreas anteriormente exploradas apenas pela iniciativa privada ou naquelas para as quais ela não demonstrava interesse efetivo. O Estado Social surgiu com a incumbência de dar resposta a questões sociais que clamavam por uma intervenção estatal, de modo a assegurar condições mínimas para aqueles incapazes de prover o seu próprio sustento. Nesse contexto, a proteção da liberdade e a presunção da igualdade entre os homens deixaram de ser o foco único, crescendo a importância da atuação pública na proteção de condições sociais e na busca pela amenização das desigualdades flagrantemente verificadas na realidade social.

Diante do novo paradigma, o Estado teve de ampliar suas atribuições e deveres perante a sociedade, buscando suprir anseios coletivos como saúde, assistência e educação. Canotilho¹³ lembra que, se o Estado, em sua configuração moderna, foi concebido em razão de um Estado de Direito, justificado pela necessidade de oferecer proteção contra violências públicas e privadas, garantindo liberdade e segurança; da mesma forma, o Estado Social surgiu para dar solução a outro tipo de violência, a pobreza.

Recorde-se que o Estado, na sua configuração moderna, contribuiu para a edificação de um Estado de direito, garantidor de direitos, liberdades e garantias contra as violências públicas e privadas através do monopólio da coação física legítima. Numa palavra: o Estado serviu para dar resposta a uma tarefa pública central e incontornável de qualquer juridicidade estatal: resolver o problema da violência, garantindo a liberdade e a segurança dos cidadãos. De igual modo, o Estado assumiu como fim e tarefa de qualquer estatalidade legítima o dever de dar resposta a outra forma de violência – a pobreza. (...) O combate à pobreza foi um dos fins e deve continuar a sê-lo, do Estado social.

¹² TAVARES, André Ramos. Direito Constitucional econômico. 2006. São Paulo. Método. Pág. 58.

¹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Direito Constitucional Passa, o Direito Administrativo Passa Também. In Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. Págs 705/722.

Numa palavra: a socialidade é, ainda hoje, uma dimensão intrínseca da estatalidade.

No novo ambiente, impôs-se a necessidade de realização de determinadas prestações públicas, agora entendidas como ônus para o Estado. Cabia-lhe não apenas a preservação de liberdades individuais e garantias à livre iniciativa, mas a melhoria efetiva nas condições sociais, através da prestação de serviços públicos em diversos setores, de maneira a intensificar a intervenção e assumir a dupla função de suprir as deficiências do sistema de mercado e implementar objetivos definidos de políticas públicas.¹⁴

Tal mudança já vinha sendo gradualmente positivada nos ordenamentos nacionais, com a inclusão, nas Constituições, dos chamados direitos econômicos e sociais, havendo uma clara substituição do pensamento liberal clássico por uma disposição intervencionista do Estado. São exemplos dessas alterações as Constituições do México, de 1917, e a de Weimar, de 1919, apontadas como as primeiras Constituições Econômicas do mundo.^{15 16}

Explica DIAS¹⁷ que, no paradigma do Estado Social, os direitos fundamentais deixam de ser vistos como simples *status negativus*, garantidos por um direito à defesa do cidadão em relação à autoridade, e passam a ser concebidos como *status positivus*, que garantem direito à prestação por parte do Estado. Conforme a autora:

A mudança de paradigma visou conciliar, portanto, dois elementos principais: a) o capitalismo e b) a consecução do bem-estar social geral, que deram origem ao denominado Estado de bem-estar social (*Welfare State*). Esse modelo de direito e de Estado passou a se preocupar com a realização dos direitos fundamentais de caráter social, na tentativa de criar uma situação de bem-estar geral que garantisse o desenvolvimento da pessoa humana, razão pela qual as funções da Administração Pública foram, aos poucos, alargadas.¹⁸

O Estado Social passou a atuar em diversas áreas, como saúde, previdência, educação, habitação e cultura, tornando necessária a expansão da máquina administrativa e o acúmulo de encargos que exigiam, cada vez mais, a utilização de recursos financeiros para tal desiderato.

Em um ambiente de necessidade da ampliação de sua atuação e de dificuldades práticas relacionadas à atividade burocrática, houve uma inserção, cada vez maior, do Estado

¹⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Econômico. São Paulo. Celso Bastos. 2004. Pág. 84.

¹⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 4 edição. Almedina. Pág. 51.

¹⁶ Canotilho, na obra acima citada, aponta ainda, na senda da Constituição de Weimar, a Constituição de 1933 como a primeira formalização de uma Constituição Econômica, na Terra Lusitana.

¹⁷ DIAS, Maria Tereza Fonseca. Terceiro setor e Estado: legitimidade e regulação: por um novo marco jurídico. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 36.

¹⁸ DIAS, Maria Tereza Fonseca. Terceiro setor e Estado: legitimidade e regulação: por um novo marco jurídico. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 36.

em áreas econômicas e sociais. Esse processo exigiu a criação de novos órgãos, atribuições e competências até então inexistentes e, obviamente, o aumento da arrecadação tributária, com espectro suficiente para satisfazer a necessidade financeira do novo panorama.

Diante da sobrecarga das prestações sociais, falta de autonomia e complexidade das instituições políticas, crises administrativas e carência de apoio pelos cidadãos, configurou-se um quadro de ingovernabilidade que levou à crise do Estado de Bem-Estar.¹⁹

À medida que o Estado do Bem-Estar era aprofundado, evidenciavam-se os problemas relativos à sua estrutura. A ampliação de responsabilidades suscitou o aparecimento de novos riscos sociais, uma vez que o Estado deixou de ter apenas a obrigação de cobrir riscos clássicos – doença, violência e velhice – e passou a assumir a cobertura de novas demandas sociais,²⁰ entre elas, o desemprego, a proteção ao meio ambiente e o desenvolvimento de políticas públicas.

No centro de todas essas questões, encontra-se o debate sobre a crise da própria democracia representativa. Em razão das expectativas sociais e da dificuldade de assimilação de políticas complexas pela grande massa, decisões gerenciais que causem ônus social, mesmo que intencionem a correção do sistema ou benefícios sociais em longo prazo, são tidas como impopulares e possuem grandes chances de levar ao insucesso eleitoral, fato que serve como elemento de pressão contra o gestor.

Noutro prumo, forças políticas descompromissadas com uma gestão austera encontravam campo fértil para apresentação de promessas assistenciais ou de ampliação dos serviços públicos gratuitos, além de promoverem uma defesa radical de bandeiras contrárias a decisões administrativas que causassem ônus imediato para a população ou suprimissem benefícios, angariando fácil simpatia de boa parte dos eleitores. Tais elementos inibiram o planejamento adequado e a adoção de ações administrativas responsáveis, mas impopulares.

O fato é que o crescimento desmesurado do Estado, que passou a ser prestador de serviços públicos, investidor e empresário, além de impor um crescente aumento da dívida pública, permitiu um fortalecimento exagerado do Poder Executivo e a ampliação da burocratização. Esse quadro se agravou mais ainda diante da verificação de uma certa ineficiência estatal para o exercício de algumas dessas atividades.²¹

¹⁹ FEITOSA, Maria Luíza P. A. Mayer. Paradigmas inconclusos: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados. Coimbra: Coimbra, 2007. Pág. 165.

²⁰ BUFFON, Marciano. A crise do estado contemporâneo: a falência da neotributação e a reconstrução do fundamento da solidariedade. In MORAIS, José Luis Bolzan de (Organizador). O Estado e suas crises. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005. Págs.73-124.

²¹ DI PIETRO, Maria Silvy Zanella. Parcerias na Administração Pública. 5ª Edição. São Paulo. 2005. Atlas. Pág. 29/31.

Do outro lado, no mundo socialista, o modelo soviético também demonstrava fragilidades, externadas pela estafa financeira causada pelo excesso de burocracia administrativa e seus vícios, como a ineficiente condução exclusiva do Estado no ambiente econômico e social.

Na verdade, a chamada crise do Estado de Bem-Estar parecia estar relacionada, grosso modo, a fatores como as dificuldades de fomento do desenvolvimento e manutenção da estabilidade econômica, através da intervenção maciça do Estado; à crise de legitimidade dos representantes políticos; ao excesso de demandas e ao conseqüente aumento da carga fiscal para dar conta de seu custeio. Todos esses elementos foram potencializados por variáveis externas ou exógenas,²² como o fim do desenvolvimento pós-guerra, o rompimento do sistema de equilíbrio cambial firmado pelo acordo de *Bretton-Woods*, as crises do petróleo, a nova realidade globalizada e a instabilidade do mercado financeiro internacional.

Esse conjunto de fatores permitiu o fortalecimento da concepção que aponta para uma mudança de parâmetros na atuação do Estado, com a retomada de algumas teorias que permeavam o raciocínio liberal, notadamente da primazia da iniciativa privada e da necessidade da retração estatal em sua atuação interventiva. O Estado, outrora apontado como o único capaz de resolver as injustiças e desequilíbrios causados pelo apetite capitalista da doutrina liberal, passou a ser considerado, por alguns radicais, ávidos pelo retorno do Estado mínimo, como o grande problema da crise econômica enfrentada pela maioria dos Estados que adotaram o postulado do *welfare state*.

Nesse sentido, diagnosticou BOBBIO:²³

O que agora excita o espírito agressivo dos novos liberais é o efeito, considerado desastroso, das políticas keynesianas adotadas pelos estados economicamente e politicamente mais avançados, especialmente sob o impulso dos partidos social-democráticos ou trabalhistas. Os vícios que habitualmente eram atribuídos aos Estados absolutos – burocratização, perda das liberdades pessoais, desperdício de recursos, má condução econômica – passam a ser agora pontualmente atribuídos aos governos que adotaram políticas de tipo social-democrático ou trabalhista.

A esse movimento de retomada de alguns princípios liberais, costumou-se chamar de neoliberalismo, que buscava, em apertada síntese, acentuar a atuação das forças do mercado e a configuração de um Estado menor. Para alguns, o neoliberalismo não se confunde simplesmente com o retorno das criticadas práticas liberais, mas derivaria de uma reação espontânea das forças econômicas, diante do agigantamento do Estado e dos prejuízos

²² MARTINS, Humberto Falcão. Em busca de uma teoria da burocracia pública não-estatal: Política e administração no terceiro setor. Revista de administração contemporânea, v.2, nº 3, set/dez, 1998, pág. 109-128.

²³ BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia. 10ª edição. São Paulo: Paz e terra, 2000. Pág. 132.

financeiros que seu aumento teria causado aos objetivos de satisfação dos interesses coletivos apregoados pelo *welfare state*.²⁴

De qualquer forma, a história provou os malefícios que podem ser causados pela atuação libertina (não exatamente libertária) do Mercado, cristalizando a lição de que ela gera modelos antagônicos, desinteressantes para o próprio capital. Tal fato conduz à reflexão de que a atuação/intervenção do Estado é necessária não apenas para a proteção e inclusão da parcela mais necessitada da sociedade, como também para o próprio Mercado, impedindo sua autofagia.

Mais recentemente, a crise do sistema financeiro mundial, abalado pelo excesso de desregulação, fortaleceu o raciocínio que coloca o Estado como ator relevante no cenário econômico, pela compreensão de que sua atuação disciplinadora é necessária, para manter o equilíbrio do sistema. Noutra diapasão, continua em vigor a tese de que o Estado deve centrar seus esforços nas suas atividades precípuas, redimensionando a sua atuação na busca por eficiência e pela legitimidade de suas ações.

Diante desses dilemas, com a visão voltada para o desenvolvimento, descortina-se um novo paradigma e discute-se uma nova via para a concepção de existência e de atuação da figura estatal, potencializando seu papel regulador. No novo cenário mundial, marcado pela globalização, as possibilidades tecnológicas ampliaram o poder de outros atores, fomentando o desenvolvimento de novas formas de organização, como as empresas transnacionais, os blocos econômicos e a ampliação do papel da sociedade civil, como um agente importante na nova conjuntura social.²⁵

A discussão real impõe a necessidade de rediscussão do papel do Estado, dilema que, conforme ensina SANTOS, não se resolve pela redução da quantidade de Estado, mas sim pela construção de uma outra qualidade de Estado.²⁶ Impõe-se a revisão de suas atribuições no ambiente globalizado e a formulação de um novo paradigma que permita o desenvolvimento em sua plenitude, não apenas visto sobre o prisma do crescimento econômico, mas como instrumento de liberdades, sem olvidar o atendimento às necessidades sociais, de forma eficiente e efetiva.

²⁴ EVANS, Peter B. Análise do Estado no mundo neoliberal: uma abordagem institucional comparativa. Revista de Economia Contemporânea. Nº 4. jul/dez. 1998. Págs. 51/85.

²⁵ MATIAS, Eduardo Felipe P. A Humanidade e suas Fronteiras: Do Estado Soberano à Sociedade Global. São Paulo. Paz e Terra, 2005. Pág. 103.

²⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma reinvenção solidária e participativa do Estado. In Sociedade e Estado em transformação. Bresser-Pereira, Luiz Carlos; WILHEIM, Jorge e SOLA, Lourdes (orgs.). Sociedade e Estado em Transformação. UNESP/ENAP, 1999.

Inserida nessa discussão, encontra-se a sociedade civil. Com o seu âmbito de atuação ampliado, ela se apresenta como setor de reação crítica às omissões estatais ou como um setor parceiro na realização de atividades relacionadas à prestação de alguns serviços de interesse público, podendo proporcionar um atendimento mais eficiente e menos custoso em alguns serviços de interesse da coletividade, além de conferir legitimidade à atuação estatal.

Ganha realce uma nova faceta do Estado Democrático de Direito. Uma dimensão que reúne os conceitos de Estado de Direito, concebidos, inicialmente, pela doutrina liberal do século XVIII e XIX, sob a égide dos princípios de submissão ao império da lei, divisão de poderes e enunciação da garantia dos direitos individuais, somados a uma natureza de Estado Democrático que se fundamenta na soberania popular, acentuada, após a crise do Estado Social, pelos movimentos de participação popular na coisa pública.

Essa configuração do Estado Democrático de Direito²⁷ é resultado da síntese dialética dos momentos anteriores da evolução dos paradigmas de Estado, constituindo-se em novo conceito, que une preceitos do paradigma do direito formal burguês e do direito materializado do Estado Social. Nesse novo paradigma, agregam-se as demandas de participação democrática e popular, engendrando um aspecto da soberania popular que não se exaure com a “simples formação das instituições representativas”.²⁸

O prestígio da atuação popular no controle do Governo e da Administração Pública, além da ampliação do papel da sociedade civil na realização de serviços públicos, repercutem diretamente nas parcerias entre o Estado e o Terceiro Setor, apresentando relação direta com o objeto de estudo deste trabalho.

1.2. A SOCIEDADE CIVIL E OS NOVOS ATORES SOCIAIS

O conceito de Sociedade Civil teve dois modelos precedentes: o aristotélico, que se baseou “na dicotomia família/Estado (*societas domestica/societas civilis*, onde *civilis* de *civitas* corresponde a *politikós* de *pólis*), e o jusnaturalista, baseado na dicotomia estado de natureza/estado civil”.²⁹

²⁷ DI PIETRO, Maria Silvy Zanella. Parcerias na Administração Pública. 5ª Edição. São Paulo. 2005. Atlas. Pág. 32.

²⁸ DIAS, Maria Tereza Fonseca. Terceiro setor e Estado: legitimidade e regulação: por um novo marco jurídico. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 38.

²⁹ GONÇALVES, Vânia Maria Nascimento. Estado, Sociedade Civil e Princípio da Subsidiariedade na era da Globalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 136.

Inicialmente, utilizou-se o termo sociedade civil como expressão da tradução, para o latim, do conceito aristotélico de *Politike Koinonia*. Ainda no período medieval, o conceito de *societas civilis* não diferenciava a sociedade do Estado, separação que passou a ser utilizada nos escritos de Montesquieu, Paine e Ferguson.³⁰

AVRITZER³¹ explica que foi Hegel o primeiro autor moderno em cuja obra a ideia de sociedade civil cumpre um papel fundamental. Segundo Hegel, a família e o Estado não eram capazes de estabelecer o conjunto de determinações para a vida dos indivíduos das sociedades modernas, motivo pelo qual surgiria, entre a família e o Estado, um conjunto de instituições, o sistema das necessidades, a administração da justiça e as corporações. ARATO aduz que Hegel concebeu um nível intermediário de poder entre o indivíduo e o Estado. “Ele temia a falta de poder dos indivíduos atomizados e procurava controlar a arbitrariedade potencial da burocracia de Estado”.³²

Visão diferente traçou GRAMSCI,³³ para quem a sociedade civil representa o ambiente de disputas ideológicas da superestrutura social, em que se manifestam as organizações que representam os interesses dos diferentes grupos sociais, buscando hegemonia política e cultural sobre toda a sociedade. Enquanto Marx concebia a sociedade civil como parte da infraestrutura econômica, Gramsci visualizava a sociedade civil como parte da superestrutura, que seria composta pela sociedade política (que seria o Estado, em sentido estrito) e pela sociedade civil. Enquanto o Estado representaria o domínio da coerção e da força, seria na sociedade civil que as organizações sociais realizariam a disputa ideológica que lhes conduziria à hegemonia.³⁴

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 medida que se afirmam elementos cada vez mais conspícuos de sociedade regulada (ou Estado ético, ou sociedade civil). As expressões

³⁰ AVRITZER, Leonardo. Sociedade civil: além da dicotomia Estado-Mercado. In: Sociedade Civil e democratização, Leonardo Avritzer (Org.). Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 1994. Pág. 32.

³¹ AVRITZER, Leonardo. Sociedade civil: além da dicotomia Estado-Mercado. In: Sociedade Civil e democratização, Leonardo Avritzer (Org.). Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 1994. Pág. 32.-33

³² ARATO, Andrew. Uma reconstrução da teoria hegeliana da sociedade civil. In: Sociedade Civil e democratização, Leonardo Avritzer (Org.). Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 1994. Pág. 67.

³³ GRAMSCI, Antonio. Cadernos do cárcere, v.1. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1999. Apud ALMEIDA, Érica T. Vieira de. (2004.) Crítica da metamorfose do conceito de sociedade civil em “terceiro setor”. In: *Serviço Social & Sociedade*. Ano XXV, n. 80, nov. p. 94-110.

³⁴ ALMEIDA, Érica T. Vieira de. (2004.) Crítica da metamorfose do conceito de sociedade civil em “terceiro setor”. In: *Serviço Social & Sociedade*. Ano XXV, n. 80, nov. p. 94-110. (106)

Estado ético ou sociedade civil significariam que esta `imagem de Estado sem Estado estava presente nos maiores cientistas da política e do direito...³⁵

BOBBIO observa que o sistema de necessidades elaborado por Hegel apresenta a sociedade civil como uma realidade anterior à sociedade política (Estado), enquanto Marx apontou que a sociedade civil se apresentaria como esfera de relações econômicas intersubjetivas, contraposta à esfera das relações políticas, sendo base real (estrutura) sobre a qual seria elevada a superestrutura jurídica e política denominada Estado.³⁶ Já para Gramsci, a sociedade civil não se apresenta como um setor opositor ao Estado, na verdade, a concepção gramsciana de Estado (superestrutura) engloba a sociedade política (Estado, em sentido estrito) e a sociedade civil.

Se Marx identifica a sociedade civil como infraestrutura econômica,³⁷ para Gramsci, ela pertence ao momento da superestrutura e se refere aos aparelhos privados de hegemonia, que envolvem os organismos de participação política responsáveis pela representação dos interesses de variados grupos sociais. Explica ALMEIDA:

Cabe ressaltar, desde já, que a sociedade civil gramsciana não corresponde ao conceito de sociedade civil cunhado por Marx para designar as relações econômicas capitalistas ou a estrutura econômica. Em Gramsci, a sociedade civil diz respeito ao conjunto dos “aparelhos privados de hegemonia”; portanto, refere-se a uma esfera da superestrutura político-ideológica, mais precisamente, aos organismos de participação política aos quais se adere voluntariamente e que são responsáveis pela representação dos interesses dos diferentes grupos sociais. Compreende, desse modo, as escolas, os sindicatos, a Igreja, os partidos políticos, as organizações profissionais, os meios de comunicação, as instituições de caráter científico e artístico etc.³⁸

Em sua obra, BOBBIO apresenta um conceito de sociedade civil elogiado por PEREIRA,³⁹ pela objetividade e abrangência, sem reducionismos:

Sociedade civil é o lugar onde surgem e se desenvolvem os conflitos econômicos, sociais, ideológicos, religiosos, que as instituições estatais têm a tarefa de resolver ou mediando-os, ou evitando-os, ou reprimindo-os. Sujeitos desses conflitos e, portanto, da sociedade civil enquanto contraposta ao Estado são as classes sociais, ou, mais amplamente, os grupos,

³⁵ GRAMSCI, Antonio. *Cadernos do Cárcere*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. v. 3, p. 244-245. Apud. OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de; MÂNICA, Fernando Borges. Organizações da sociedade civil de interesse público: termo de parceria e licitação. Fórum Administrativo, n. 49, p. 5225-5237, mar. 2005.

³⁶ BOBBIO, Norberto. Sociedade Civil. In: BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de Política*. 8. ed. Brasília: Ed. UnB, 1995, v. 2, p. 1208-1209.

³⁷ DURIGUETTO, Maria Lúcia. (2005.) Sociedade civil, esfera pública, terceiro setor: a dança dos conceitos. Revista Serviço Social & Sociedade, Brasil, v.1, n. 81. p. 82-101, 2005.

³⁸ ALMEIDA, Érica T. Vieira de. (2004.) Crítica da metamorfose do conceito de sociedade civil em “terceiro setor”. Revista Serviço Social & Sociedade. Ano XXV, n. 80, São Paulo: Ed. Cortez. nov. p. 94-110. (104)

³⁹ PEREIRA, Luis Carlos Bresser. Sociedade civil: sua democratização para a reforma do Estado. In Sociedade e Estado em transformação. Bresser-Pereira, Luiz Carlos; WILHEIM, Jorge e SOLA, Lourdes (orgs.). Sociedade e Estado em Transformação. UNESP/ENAP, 1999. 67-116.

movimentos, associações, ou organizações que as representam ou se declaram seus representantes; ao lado das organizações de classe, os grupos de interesse, as associações de vários gêneros com fins sociais e indiretamente políticos, os movimentos de emancipação de grupos étnicos, de defesa de direitos civis, de liberação da mulher, os movimentos de jovens, etc.⁴⁰

Contudo, as modernas bases teóricas do conceito de sociedade civil começaram a ser estabelecidas ainda nos anos oitenta, do século XX, por autores como Habermas, J. Keane, Cohen e Boaventura Santos. Ocorre o ressurgimento de um conceito que deriva do esgotamento das formas de organização política baseadas na tradição marxista, do fortalecimento da crítica ao Estado de Bem-Estar Social, dos chamados novos movimentos sociais e da redemocratização da América Latina e Europa Oriental.⁴¹

Para HABERMAS,⁴² o significado atual da expressão sociedade civil não coincide com o significado do termo sociedade burguesa, de tradição liberal, empregado por Hegel, nem mesmo com a percepção de Marx, que a mesclava a aspectos econômicos, assimilando-a ao mercado:

(...). O atual significado da expressão “sociedade civil” não coincide com o da “sociedade burguesa”, da tradição liberal, que Hegel chegara a tematizar como “sistemas de necessidades”, isto é, como sistema do trabalho social e do comércio de mercadorias numa economia de mercado. 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.⁴³

Fator preponderante para o crescimento da sociedade civil, em sua compleição atual, foi o vácuo gerado pela incapacidade de o Estado e o mercado de darem soluções para as questões que afligem a sociedade contemporânea. Se tanto o mercado livre do Estado Liberal

⁴⁰ BOBBIO, Norberto. Sociedade Civil. In: BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de Política*. 8. ed. Brasília: Ed. UnB, 1995, v. 2, p. 1208-1209.

⁴¹ FEITOSA, Maria Luíza P. A. Mayer. Paradigmas inconclusos: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados. Coimbra: Coimbra, 2007. p. 130/131.

⁴² HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Volume II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 99.

⁴³ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Volume II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 99.

como a estrutura protetora do *Welfare State* não atenderam adequadamente às demandas sociais, a sociedade civil se apresentou como uma vertente de equilíbrio, capaz de coibir abusos do mercado e do Estado, conferindo legitimidade às ações públicas e servindo como canalizador dos interesses coletivos, sem o aspecto contaminador da política, ao atuar como parceira na realização de prestações de interesse público.

Nesse ponto, ganham relevo as orientações de Alexis de TOCQUEVILLE,⁴⁴ ao defender que o Governo não consegue refletir, sozinho, a renovação dos sentimentos e das ideias de um grande povo, papel para o qual a sociedade civil possui especial vocação, por ser o repositório natural das disputas ideológicas e políticas do conjunto social. Segundo o autor:

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.⁴⁵

Quando se volta o olhar para o ambiente globalizado, caracterizado pela redução nos custos de transporte, de comunicação e cercado por um ambiente tecnológico totalmente diferente do vivenciado até a metade do século XX, pode-se identificar uma atuação da sociedade civil, que ganha contornos transnacionais.

Potencializadas pela facilidade de comunicação através da internet e da televisão, organizações da sociedade civil começam a se apresentar como defensoras de interesses de toda a coletividade, desenvolvendo expertise sobre determinados assuntos e se tornando interlocutoras privilegiadas no cenário global. MATIAS⁴⁶ ressalta, por exemplo, a importância de alguns órgãos da sociedade civil que vem municiando os Estados e o mundo com relatórios sobre a corrupção, a deterioração ambiental ou as práticas de atos de violência aos direitos humanos no mundo. Essas ações geram discursos globais sobre esses temas e permitem a formação de uma consciência mundial para o combate a problemas que são comuns à humanidade.

⁴⁴ TOCQUEVILLE, Alexis de. A democracia na América. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 134-135.

⁴⁵ TOCQUEVILLE, Alexis de. A democracia na América. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 134-135.

⁴⁶ MATIAS, Eduardo Felipe P. A Humanidade e suas Fronteiras: Do Estado Soberano à Sociedade Global. São Paulo: Paz e Terra, 2005. Pág. 446/450

As mudanças ocorridas no novo quadro mundial, profundamente afetado pelo conjunto de fenômenos relacionados com aquilo que se costumou chamar de globalização, levaram à configuração de um novo nível de relacionamento entre personagens estatais e não estatais. Nesse contexto, com a crescente participação e influência de atores não governamentais, sejam entidades transnacionais ou supranacionais, relativizou-se a concepção tradicional de soberania estatal e o papel do Estado na sociedade internacional.

A formação de uma sociedade civil transnacional, constituída por organizações não-governamentais, indivíduos e instituições que são independentes dos Estados e das fronteiras estatais, mas que estão, ao mesmo tempo, preocupados com os assuntos públicos, reflete um papel essencial na construção de uma consciência global no combate a determinados problemas comuns à humanidade. Verifica-se, então, uma faceta interessante dessa nova configuração global, um aspecto plural potencializado pela revolução tecnológica e pela evolução dos meios de comunicação e de transporte.

Nesse novo ambiente, tanto a sociedade civil transnacional, como os grupos econômicos transnacionais, graças a instrumentos como a Internet, passam a agir em todos os territórios mundiais, sem controle rígido pelos Estados, que buscam, em tais personagens, parceiros na condução do objetivo de desenvolvimento e correção de mazelas sociais relacionadas à omissão estatal ou geradas por todas as transformações reais que acompanham o fenômeno globalizado.

Vislumbra-se a configuração de uma sociedade globalizada, em que as figuras estatais dividem parte de seu poder com outros atores, num sistema de cooperação denominado de governança global, comparado a um novo contrato social, que dilui o poder do Estado e afeta a sociedade internacional tradicional, baseada, principalmente, na ideia de soberania.⁴⁷

Sobre esse aspecto, a sociedade civil, com contornos transnacionais, incentiva os prognósticos que a colocam como elemento fundamental da construção de uma governança global. No âmbito interno, ela passa a ser uma parceira fundamental na efetivação de políticas públicas, pensamento fortalecido tanto pela constatação de exaustão do modelo de democracia representativa, como pela campanha daqueles que defendem a crise do Estado Social e a necessidade de atuação deste, em parceria com a sociedade civil e com o mercado, para a consecução dos fins de interesse público.

⁴⁷ MATIAS, Eduardo Felipe P. A Humanidade e suas Fronteiras: Do Estado Soberano à Sociedade Global. São Paulo: Paz e Terra, 2005. Pág. 454.

O modelo de democracia representativa tradicional, concebido pela doutrina liberal, não atende mais à realidade social contemporânea, em que o jogo político produz efeitos cada vez mais intrincados, sobre um número quase incontável de pessoas e relações jurídicas. Nessa nova realidade, a gestão do Estado envolve assuntos variados e tecnicamente complexos, que impedem a utópica tomada de decisões através das assembleias de cidadãos e exigem uma profissionalização da gestão pública, excluindo o cidadão normal do jogo político.⁴⁸ Somem-se, a tudo isso, as debilidades no sistema educacional da maioria dos países e a alienação cultural e política capitaneada pelos meios de comunicação em massa.

As fragilidades da compreensão democrática tradicional têm permitido a fermentação de elementos transformadores, como a adoção de mecanismos de intervenção decisória direta e a construção de um novo modelo de participação popular, em que a atuação dos cidadãos se dá de maneiras diversas, resultando em parcerias que fortalecem a legitimidade democrática do Estado.

MORAIS assevera que, além da adoção de mecanismos internos de intervenção decisória direta, a democracia moderna tem sido revigorada pela construção de modelos alternativos que, embora não se afastem totalmente das fórmulas semidiretas, permitem a formação de novos lugares de tomada decisão, em face de uma cidadania que se rearticula em espaços públicos reduzidos ou, até mesmo, constitui-se de estruturas coletivas de caráter público, embora não necessariamente vinculados ao Estado.⁴⁹

A atuação da sociedade civil na esfera pública se apresenta como contraponto e alternativa às falhas do sistema representativo,⁵⁰ permitindo a rearticulação de espaços públicos e a constituição de fontes de autoridade “Cuja legitimidade ultrapasse os esquemas procedimentais de legitimadoras característicos da democracia representativa”.⁵¹ O fato é que o fortalecimento da sociedade civil produz um revigoramento da pluralidade, tornando evidente a insustentabilidade da legitimação exclusiva da atuação estatal pela representação democrática clássica, fazendo com que o primeiro setor busque revigoramento, em um ambiente de democracia participativa.

⁴⁸ MORAIS, José Luis Bolzan de. As crises do Estado. In MORAIS, José Luis Bolzan de (Organizador). O Estado e suas crises. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005. Págs.09-28.

⁴⁹ MORAIS, José Luis Bolzan de. As crises do Estado. In MORAIS, José Luis Bolzan de (Organizador). O Estado e suas crises. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005. Págs.09-28.

⁵⁰ BELO, Manoel Alexandre. Estruturas sociais e políticas: problemas de mudança, comunicação e participação nos sistemas transicionais. Verba Juris. Ano 4, n. 4, jan/dez.2005. Pág. 50.

⁵¹ MORAIS, José Luis Bolzan de. As crises do Estado. In MORAIS, José Luis Bolzan de (Organizador). O Estado e suas crises. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005. Págs.09-28.

Nesse sentido, explica FEITOSA:⁵²

(...) é preciso exercitar uma compreensão de democracia que extrapole os limites da democracia representativa tradicional, hoje incapaz de conferir padrões confiáveis de legitimidade a grande parte dos procedimentos que ocorrem no interior dos processos plurais e diferenciados, surgidos das transformações estruturais da sociedade contemporânea. A ampliação de base democrática dos novos processos reguladores do Estado decorre, para lembrar Bobbio, tanto da “participação” e da “liberdade de dissenso” quanto de uma dinâmica de “expansão do poder ascendente” (controle que ocorre de baixo para cima), em suas mais variadas articulações, desde a família até a escola, passando pela empresa e pelos serviços públicos.

(...)

A democracia representativa liberal, típica do Estado mínimo, embora não possa ser vista como um “mero expediente tático a descartar”, ante o alargamento da ação política e das novas formas de poder, considerado também o pluralismo das fontes jurídicas, deve ser rearticulada com a democracia participativa, não podendo mais servir como exclusiva ou prevalente base legitimatória ao Estado regulador.

Essa participação tem sido realizada, de forma relevante, pelas entidades da sociedade civil, tanto na denúncia de ações e omissões do Estado e do Mercado, como na concretização de parcerias voltadas para o atendimento de interesses da coletividade. Nesse diapasão, MOREIRA NETO insere a sociedade civil organizada em uma categoria denominada “entes intermédios”. O autor coloca-a como centro de vida e de ação sociais, registrando o claro processo de delegação social, pela transferência de serviços de interesses públicos em favor de entes criados pela própria sociedade.⁵³

PIOVESAN, citando Rubem César Fernandes, traça os nomes historicamente dados às entidades da sociedade civil, chamando a atenção para a importância da construção desses conceitos:

Rubem César Fernandes esclarece que as expressões “comunidade” e “movimentos sociais”, nos anos 70, eram utilizados sob a pressão dos regimes autoritários; “cidadania” e “sociedade civil”, com os processos de democratização da década de 80; “sem fins lucrativos” e “não-governamental”, com suas múltiplas e inúmeras expressões, nos últimos anos. São palavras articuladoras, mais do que conceitos objetivos. Dizer “sociedade civil” supõe uma cultura democrática que ainda está por ser estabelecida. Pensar “terceiro setor” significa reunir sob uma mesma classe conceitual atividades tão distintas que, no passado, costumavam ser vistas como contraditórias ou mesmo antagônicas. Perceber a relevância desta

⁵² FEITOSA, Maria Luíza P. A. Mayer. Paradigmas inconclusos: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados. Coimbra: Coimbra, 2007. Pág. 217/218.

⁵³ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. Mutações do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, Págs. 129-130.

possibilidade de agrupamento ideal implica dar um passo no sentido de torná-lo eficaz e, neste sentido, acenar para a passagem do possível ao real.⁵⁴

A autora⁵⁵ lembra que o conceito de sociedade civil recuperou importância nos anos setenta, quando da luta contra o autoritarismo na América Latina e contra o estatismo comunista no Leste Europeu. Naquele período, o conceito representava uma aliança democrática entre os movimentos sociais e as organizações não-governamentais. Já em um segundo momento, após os anos oitenta, passou-se a perceber uma restrição do conceito, identificando-o com os movimentos sociais e com as organizações não-governamentais que atuavam na busca pelo bem-estar social, voltadas para questões de interesse público.

Contudo, as características de busca pelo bem-estar social e o caráter democrático nem sempre são encontrados nas entidades não-governamentais, o que exige especial atenção, no sentido de preservar o respeito à pluralidade e evitar sua utilização indevida, pelo Estado, por grupos políticos ou econômicos. NÉDER⁵⁶ ressalta que, historicamente, após as mudanças verificadas na sociedade civil e nos movimentos sociais, entre os anos sessenta e oitenta, alguns setores da sociedade⁵⁷ passaram a reivindicar “o direito a ser tratados como diferentes – ou únicos – e iguais a um só tempo”, lançando mão do termo “sociedade civil” ou cidadania para defender seus direitos particulares, a ponto de haver um desgaste ou um esgarçamento do significado da expressão.⁵⁸

Na verdade, essas desigualdades e defesas de interesses têm total relação com o conceito gramsciano de sociedade civil, como campo de disputa da hegemonia social, refletindo uma tentativa de transformação da sociedade em um ambiente de disputa de poder. Contudo, para fins das relações de parceria entre as organizações privadas e o Estado, interesses coletivos, mas não-públicos, podem trazer vícios que repercutam em desvios do erário e captação indevida de recursos públicos, para fins não altruístas.

Esse raciocínio serve também à atuação do Terceiro Setor no âmbito nacional, através da prestação dos serviços sociais. Desvirtuando as finalidades estabelecidas nesse

⁵⁴ PIOVESAN, Flavia; BARBIERI, Carla Bertucci. Terceiro setor e Direitos Humanos. In: CARVALHO, Cristiano; PEIXOTO, Marcelo Magalhães. (Orgs.). Aspectos Jurídicos do Terceiro Setor. São Paulo: Thomson / IOB, 2005. p. 75-98. (76/77)

⁵⁵ PIOVESAN, Flavia; BARBIERI, Carla Bertucci. Terceiro setor e Direitos Humanos. In: CARVALHO, Cristiano; PEIXOTO, Marcelo Magalhães. (Orgs.). Aspectos Jurídicos do Terceiro Setor. São Paulo: Thomson / IOB, 2005. p. 75-98.

⁵⁶ NEDER, Ricardo Toledo. Figuras do Espaço Público Contemporâneo - Associações Civis, Fundações e ONGs no Brasil. Primeira Versão. nº 70. Campinas: UNICAMP – IFHC, 1997. V. 01. p. 53.

⁵⁷ O autor utiliza como exemplos: funcionários públicos, movimentos dos sem-terra, ecologistas, feministas, homossexuais, crianças e adolescentes, negros e povos indígenas, os deserdados da cidade e a classe média aturdida, entre outros.

⁵⁸ NEDER, Ricardo Toledo. Figuras do Espaço Público Contemporâneo - Associações Civis, Fundações e ONGs no Brasil. Primeira Versão. nº 70. Campinas: UNICAMP – IFHC, 1997. V. 01. p. 53.

segmento, de busca pelo bem-estar social, tem-se identificado absurdos em algumas parcerias com o Poder Público. Isso acende um alerta sobre os perigos da utilização indevida de entidades parceiras, com objetivos muitas vezes inconfessáveis, patrocinados irregularmente pelo erário.

Por outro lado, a atuação estatal no financiamento do Terceiro Setor e no estabelecimento de suas matrizes de atuação importa na “publicização” de um importante segmento da sociedade civil, com riscos de cooptação ou arrefecimento da autonomia que se lhe deseja, o que pode gerar a tirania estatal avisada por Tocqueville.⁵⁹

1.3. O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE E A ATIVIDADE DE FOMENTO

Analisados o Estado e a sociedade civil, é preciso perceber os fundamentos que justificam a composição entre esses dois setores, consolidando prestações de serviços de interesse da coletividade por pessoas jurídicas que não participam do aparelho estatal, embora sejam incentivadas à realização dessas atividades.

O vocábulo subsidiariedade deriva da palavra subsídio, cujo significado primitivo tinha relação com a utilização de recursos para ajudar ou assegurar algo. Vigorava a ideia de que os subsídios constituíam um complemento ao financiamento principal, destinados excepcionalmente, pelos súditos, ao rei, para completar seus recursos em situações extraordinárias, como a de uma guerra.⁶⁰

A doutrina aponta o princípio da subsidiariedade como elemento que busca o equilíbrio entre a forte atuação estatal e a primazia da iniciativa privada, concebendo-o como forma de proteção da esfera de autonomia individual e da coletividade contra a intervenção pública injustificada.⁶¹

Para MEDINA,⁶² o princípio da subsidiariedade tem suas origens mais remotas no pensamento aristotélico, que apresentava uma sociedade composta por diversos grupos com

⁵⁹ TOCQUEVILLE, Alexis de. A democracia na América. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 134-135.

⁶⁰ CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. Curso de Direito Administrativo. Volume I. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 201.

⁶¹ TORRES, Silvia Faber. O princípio da subsidiariedade no Direito Público contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. Pág. 7.

⁶² MEDINA, Paulo. O Princípio da subsidiariedade. In: As vertentes do direito constitucional contemporâneo. MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.). Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 243-252.

tarefas específicas, realizando suas próprias necessidades. Contudo, aponta-se que foi com a doutrina social da Igreja Católica que nasceu a concepção moderna do referido princípio.⁶³

TORRES⁶⁴ explica que o princípio da subsidiariedade se encontraria implícito na Encíclica *Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII, escrita em 1891, coincidindo historicamente com um período em que o pensamento liberal já se encontrava em crise e ganhava força o discurso socialista de intervenção estatal. O objetivo, então, foi apontar a necessidade de equilíbrio entre a liberdade da iniciativa privada e a necessidade de intervenção estatal. Nessa esteira, exigia-se uma atuação ativa do Estado, para resolução dos problemas causados pelo liberalismo, ao mesmo tempo em que se contrapunha às ideias socialistas mais radicais como solução adequada para o quadro de crise.

Sobre esse enfoque, o texto religioso, usando o raciocínio de elevação da dignidade da pessoa humana como a peça chave de toda a doutrina social da Igreja, defendia a propriedade privada da revolução socialista e o operário da exploração do liberalismo econômico.⁶⁵

Outras manifestações da Igreja Católica adotaram o princípio da subsidiariedade, como a Encíclica *Quadragesimo Anno*, do Papa Pio XI, em 1931, que o citava explicitamente.⁶⁶ O texto indicava, como conteúdo do princípio, a lógica de que uma entidade superior não deve realizar os interesses da coletividade inferior quando esta puder supri-los, competindo ao ente maior atuar apenas nas matérias que não possam ser assumidas adequadamente pelos grupos sociais menores ou apoiá-los para o exercício de tais atribuições.⁶⁷

O fundamento do princípio da subsidiariedade é a própria natureza humana, tendo como referência o valor ético e o direito de autodeterminação do indivíduo, cuja primazia tem por base o reconhecimento de que a dignidade da pessoa humana se sobrepõe ao Estado.⁶⁸ De acordo com esse princípio, a gestão estatal deve evitar a intromissão nas competências passíveis de exercício pelos indivíduos e pelas sociedades intermediárias, seja em relação aos seus direitos, seja em relação aos seus deveres, a menos que tal intervenção seja necessária ao atendimento do interesse público. “Visa-se com isso ao desenvolvimento das potencialidades

⁶³ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Terceiro Setor. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006. Pág. 17.

⁶⁴ Idem. *Ibidem*.

⁶⁵ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Terceiro Setor. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006. Pág. 17.

⁶⁶ VIOLIN, Tarso Cabral. Peculiaridades dos convênios administrativos firmados com as entidades do terceiro setor. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 4, n. 48, p. 6466-6475. Dez.2005.

⁶⁷ TORRES, Silvia Faber. O princípio da subsidiariedade no Direito Público contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. Pág. 32.

⁶⁸ TORRES, Silvia Faber. O princípio da subsidiariedade no Direito Público contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. Pág. XX.

e do exercício efetivo da liberdade, com a assunção das correspondentes responsabilidades, por parte das sociedades menores e dos indivíduos”.⁶⁹

Se, sob esse enfoque de resguardo da iniciativa privada, o princípio da subsidiariedade parece contrariar a visão socialista, deve-se observar que ele exige também a atuação do Estado nas áreas em que a iniciativa privada ou os agrupamentos menores não consigam atuar adequadamente, momento em que seu raciocínio afronta o pensamento liberal. Nesse sentido, VIOLIN⁷⁰ pondera que o princípio da subsidiariedade, embora se posicione contrariamente ao Estado planejado, quando defende a primazia da atuação do indivíduo, de forma alguma é um princípio a ser aplicado em dissonância ao Estado Social Democrático de Direito.

Esse também é o raciocínio que se extrai das lições de OLIVEIRA e MÂNICA,⁷¹ que reconhecem no referido princípio um sentido negativo, pela estipulação de limites para a intervenção estatal nas competências que puderem ser assumidas pelos particulares; mas, também, um sentido positivo, pela imposição ao Estado de um dever de intervenção, nos casos de insuficiência da iniciativa privada.

CARVALHO⁷² sintetiza que a diferença entre o *Welfare State* e o Estado Subsidiário repousa exatamente na participação popular. Para a autora, participando o cidadão do destino que lhe compete, estaria ocorrendo a recepção dos valores da sociedade pelo Governo e pela Administração Pública, “forjando o verdadeiro Estado Democrático de Direito, expressão que, não obstante críticas de parte da doutrina, caracteriza a participação do povo na coisa pública”.⁷³ Em outras palavras, o Estado tanto deve se abster de atuar em funções que possam ser exercidas por agrupamentos menores da própria sociedade, como deve auxiliar e fomentar o exercício de tais funções, quando esses agrupamentos não consigam realizá-las adequadamente, atitude que não poderia ser efetivada pelo raciocínio liberal de um Estado mínimo.

De qualquer forma, a aceitação do princípio da subsidiariedade implica uma limitação à intervenção estatal, já que a ação do Estado acaba restrita às funções que apenas

⁶⁹ MEDINA, Paulo. O Princípio da subsidiariedade. In: As vertentes do direito constitucional contemporâneo. MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.). Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 243-252.

⁷⁰ VIOLIN, Tarso Cabral. Peculiaridades dos convênios administrativos firmados com as entidades do terceiro setor. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 4, n. 48, p. 6466-6475. Dez.2005.

⁷¹ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de; MÂNICA, Fernando Borges. Organizações da sociedade civil de interesse público: termo de parceria e licitação. Fórum Administrativo, n. 49, p. 5225-5237, mar. 2005.

⁷² CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. Curso de Direito Administrativo. Volume I.Salvador: JusPodivm, 2008. Pág. 206.

⁷³ CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. Curso de Direito Administrativo. Volume I.Salvador: JusPodivm, 2008. Pág. 206.

ele pode desempenhar, cabendo-lhe, nos demais casos, fomentar, estimular e coordenar a atuação dos agrupamentos menores, adequando-os ao interesse da coletividade. Assim, na prestação de serviços públicos, o “Estado só presta as atividades que o particular não pode desenvolver ou ajuda o particular quando a iniciativa privada seja insuficiente”.⁷⁴

É justamente nessas funções, em que a iniciativa privada parece insuficiente, como ocorre na prestação de serviços de interesse da coletividade, que se apresenta a necessidade de fomento pelo Estado. Segundo SOUTO,⁷⁵ o fomento seria a conseqüência natural do planejamento econômico relativo a um regime que privilegia a livre iniciativa, permitindo ao administrado a livre adesão a objetivos de interesse público, fixados pela legislação, em troca da concretização dos incentivos relacionados a essa parceria com o Estado.

ESCOLA⁷⁶ define o fomento como a atividade administrativa que se dispõe a, de forma indireta e mediata, promover a satisfação de necessidades coletivas e o alcance de fins do Estado, mediante a participação voluntária de membros da sociedade que desenvolvem atividades de interesse coletivo, estimuladas pela Administração por diversos meios.

Não se trata do privilégio à livre iniciativa tido pelos regimes liberais do passado, mas da concepção atinente ao Estado Democrático de Direito que, sem perder qualidades do Estado Social, deve preocupar-se com a proteção das liberdades individuais e com a participação do cidadão na própria ação estatal. O fomento teria a vantagem de não expandir a máquina estatal e, ao mesmo tempo, revigorar a atuação dos particulares, incentivando o desenvolvimento de atividades de interesse da coletividade.⁷⁷

Hodiernamente, encontra-se consolidada a compreensão de que o Estado não possui condições de atuar sozinho em toda a gama de atividades sociais e econômicas. Em relação à seara social, os críticos defendem que a pretensão de usar unicamente a estrutura estatal para a resolução dos problemas sociais gera gastos desproporcionais, alimentando questionamentos sobre a eficiência de seu aparelho, fulcradas nas disfunções burocráticas ou na crise do modo de implementação estatal de serviços públicos.⁷⁸

Desse raciocínio, decorre a conclusão de que o Estado, por uma questão de eficiência, economicidade e cidadania, deve permitir que a prestação de serviços de interesse

⁷⁴ DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella, *Parcerias na administração Pública: Concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. São Paulo: Atlas, 2005. Pág. 249.

⁷⁵ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo das parcerias*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. Pág. 3.

⁷⁶ ESCOLA, Hector Jorge. *Compendio de Derecho Administrativo*. Vol. II. Buenos Aires: Depalma, 1990. Pág. 859. *apud* ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro Setor*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006. Pág. 24/25.

⁷⁷ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro Setor*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006. Pág. 26.

⁷⁸ MARTINS, Humberto Falcão. *Em busca de uma teoria da burocracia pública não-estatal: Política e administração no terceiro setor*. *Revista de administração contemporânea*, v.2, nº 3, set/dez, 1998, pág. 109-128.

público seja realizada pela sociedade civil. Tal atividade deve ser fomentada através de parcerias com o Poder Público, com base na convicção de que é mais eficiente e econômico incentivar a prestação indireta do que efetivamente prestar os serviços necessários.

Por determinação constitucional, o Estado brasileiro, que é democrático e de direito, conforme estatui o artigo 1º da Constituição Federal, possui obrigações sociais perante os membros que formam sua sociedade, o que exige sua atuação direta ou indireta, seja pela intervenção, seja pelo fomento de determinadas ações de interesse da coletividade.

De acordo com DI PIETRO,⁷⁹ esse fomento pode se dar através de meios honoríficos (prêmios, recompensas, títulos e menções honrosas), meios jurídicos (outorga de privilégios próprios do Poder Público) e meios econômicos (auxílios, subvenções, financiamentos, isenções, entre outros).

O fomento honorífico consiste no estímulo que atua sobre o sentimento de honra dos particulares, através de distinções, recompensas ou menções honrosas. ESCOLA⁸⁰ explica que o uso de distinções honoríficas era comum no passado, representando a obtenção de certos privilégios, como títulos de nobreza.

Com a Revolução Francesa e a adoção do princípio da igualdade, tais privilégios passaram a ser vistos com desconfiança, sendo fortemente combatidos. Contudo, o autor observa que essas distinções honoríficas, quando não se caracterizem como privilégios, são compatíveis com a existência de regimes democráticos, estando sujeitas à regulamentação que assegure a finalidade pública que se pretende alcançar com o fomento.⁸¹

Os meios jurídicos de fomento significam a outorga de condição privilegiada a determinadas pessoas, indiretamente criando vantagens econômicas e podendo resultar do emprego de alguns dos poderes e prerrogativas da Administração Pública ou da outorga de determinadas posições jurídicas, quase sempre consistentes na dispensa, isenção ou suspensão de proibições estabelecidas pelas leis ou regulamentos.⁸²

Os meios econômicos de fomento, que interessam em maior grau a este trabalho, visam proteger ou incentivar o exercício de certas atividades de interesse público, pelos particulares, mediante vantagens patrimoniais. Tais vantagens podem ser materializadas através de: (i) prestação ou dação de bens ou utilização de serviços públicos (fomento

⁷⁹ DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella, *Parcerias na administração Pública: Concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. São Paulo: Atlas, 2005. Pág. 28.

⁸⁰ ESCOLA, Hector Jorge, *Compendio de Derecho Administrativo*. Vol. II. Buenos Aires: Depalma, 1990. Pág. 862. *apud* ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro Setor*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006. Pág. 35-36.

⁸¹ ESCOLA, Hector Jorge, *Compendio de Derecho Administrativo*. Vol. II. Buenos Aires: Depalma, 1990. Pág. 862. *apud* ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro Setor*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006. Pág. 35-36.

⁸² ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro Setor*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006. Pág. 37/38.

econômico real); (ii) estabelecimento de benefícios fiscais, como isenções tributárias, imunidades tributárias, redução de alíquotas, remissão, anistia, condições excepcionais para recolhimento de tributos (fomento econômico fiscal); (iii) estabelecimento de linhas privilegiadas de crédito ou meios alternativos de financiamento (fomento econômico creditício); e (iv) através de vantagens financeiras dadas pela Administração aos particulares beneficiados pela atividade de fomento, designadas por subvenções ou auxílios (fomento econômico em sentido estrito).⁸³

Cumpra ainda fazer algumas considerações, relacionadas à aplicação do princípio da subsidiariedade e à realização do fomento, em parcerias com o Terceiro Setor, como elementos importantes para o raciocínio que se pretende avançar neste trabalho.

Reitere-se, por oportuno, que, pelo princípio da subsidiariedade, o Estado deve resguardar e até incentivar a atuação da sociedade civil na prestação de serviços sociais, mas, sempre, respeitando suas iniciativas e competências. Através dessa assertiva, verifica-se que é inadequada a utilização do incentivo como instrumento de dirigismo estatal sobre a sociedade civil ou mesmo planificação desta, conspurcando, através do financiamento público, a autonomia e o caráter plural de sua atuação.

HABERMAS já avisava que a quebra da iniciativa e da independência, comum em domínios caracterizados pela “super-regulação” e pela insegurança jurídica, podem implicar o aniquilamento dos grupos sociais e a dissolução de identidades sociais, através da doutrinação, tornando fácil a formação de uma massa de atores isolados e alienados entre si.⁸⁴

No mesmo sentido, ARATO e COHEN⁸⁵ advertem sobre diversos problemas que podem ser causados pela excessiva burocratização das ações da sociedade civil, como o perigo de dependência.

A monetização e a burocratização das relações sociais na sociedade civil são processos altamente ambivalentes: ao mesmo tempo em que criam um conjunto de direitos e seguranças sociais, eles o fazem ao custo de: a) criar um novo limiar de dependência; e b) destruir solidariedades existentes e capacidades para a auto-ajuda, assim como para a resolução comunicativa dos problemas pelos próprios atores.⁸⁶

⁸³ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Terceiro Setor. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006. Pág. 36.

⁸⁴ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Volume II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Pág. 102.

⁸⁵ ARATO, Andrew. COHEN, Jean. Sociedade civil e teoria social. In: Sociedade Civil e democratização, Leonardo Avritzer (Org.). Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 1994. Pág. 164.

⁸⁶ ARATO, Andrew. COHEN, Jean. Sociedade civil e teoria social. In: Sociedade Civil e democratização, Leonardo Avritzer (Org.). Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 1994. Pág. 164.

Essa discussão é importante, sobretudo, quando compreendida a importância da sociedade civil em sua relação orgânica com a sociedade política e com a infraestrutura econômica, de forma dialética e contraditória, interferindo politicamente, tanto no mercado como na sociedade política, em virtude de sua relativa autonomia.⁸⁷

Noutro prumo, o fomento se apresenta como atividade administrativa e, como tal, deve respeito ao respectivo regime jurídico. Este, por estabelecer sujeições e benefícios em face da Administração e daqueles que com ela mantém vínculos jurídicos, não permite liberalidades que atentem contra a supremacia do interesse público. A atuação fomentadora do Estado deve homenagem a princípios constitucionais como a legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade, eficiência, além da indisponibilidade do interesse público.

O desrespeito a essas considerações descaracteriza o princípio da subsidiariedade e o escorrido fomento estatal, subvertendo a ação pública em privilégio injustificado para alguns grupos sociais ou servindo ao propósito de manter a sociedade civil sob a dependência constante do Poder Público, tolhendo seu desenvolvimento espontâneo. A atividade de fomento legítima pressupõe uma disciplina precisa dos critérios de escolha dos possíveis beneficiários, tendo como base o interesse público perseguido com a ajuda econômica.⁸⁸

⁸⁷ ALMEIDA, Erica T. Vieira. (2004.) Crítica da metamorfose do conceito de sociedade civil em “terceiro setor”. Revista Serviço Social & Sociedade. Ano XXV, n. 80, nov. p. 94-110.

⁸⁸ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Terceiro Setor. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006. Pág. 32.

2. O TERCEIRO SETOR NO BRASIL

As teorias contratuais que buscam explicar a associação de indivíduos para a formação do Estado Moderno têm como base a compreensão humana de que é necessária a união de esforços para o alcance de objetivos comuns. Assim, para resguardar sua própria existência, diziam os contratualistas, como Rosseau,⁸⁹ o homem se tornou um ser social, abdicando de parte de suas liberdades e direitos em favor de um ser fictício que seria responsável pela manutenção do equilíbrio da coletividade.

Na primazia do pensamento liberal, entendeu-se que bastaria, para tal desiderato, o resguardo das liberdades individuais e a garantia formal de igualdade, podendo omitir-se o Estado nas demais áreas. Com o advento do Estado Social, firmou-se que a figura estatal precisaria atuar ativamente para resguardar o equilíbrio social, protegendo parte da sociedade ou interesses da coletividade como um todo, resguardando direitos básicos e fundamentais, através da prestação de serviços públicos, ou intervindo para impedir excessos praticados por elementos do conjunto social, como o Mercado.

Nesse ambiente, em que há uma maior atuação estatal e a coletividade lhe entrega o encargo de resolução de problemas sociais, é comum que a coletividade (ou fragmentos dela) se organize para exigir condutas do Estado ou mesmo para substituí-lo, quando for omissa sua atuação. Hegel já afirmava que o desenvolvimento da sociedade civil burguesa tem relação direta com a existência do Estado, porque, como diferença, pressupõe o Estado; tem de tê-lo diante de si, como condição para sua existência autônoma.⁹⁰

2.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

No cerne da sociedade civil, surgem associações de pessoas que não participam da roupagem estatal, nem têm interesses privados que as identifiquem com o Mercado ou agrupamentos corporativos. São organizações que, sem fins lucrativos e sem a perspectiva

⁸⁹ Vale transcrever trecho da obra “o contrato social”, do grande pensador: “...como os homens não podem engendrar novas forças, mas apenas unir e dirigir as existentes, não possuem nenhum outro meio de se preservar a não ser a formação, por agregação, de uma soma de forças grande o bastante para superar a resistência...” (MORRIS, Clarence. (Org.) Os grande filósofos do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Pág. 216.

⁹⁰ HEGEL, G. W. F. A sociedade civil burguesa. Lisboa: Editorial Estampa, 1979. Pág.62.

estatal, buscam o atendimento de interesses coletivos, configurando aquilo que se cunhou chamar de *Terceiro Setor*.

Nesse quadro, além do Primeiro Setor, personalizado pelo Estado, e o Segundo Setor, na figura do Mercado, apresenta-se esse novo segmento do conjunto societário, que se manifesta através de organizações de origem privada e autônomas, despidas de finalidade lucrativa e com o objetivo de promoção de bem-estar coletivo.

Convém perscrutar os elementos que diferenciam o Terceiro Setor⁹¹ dos outros grupos não-governamentais ou elementos da sociedade civil. Segundo MÂNICA,⁹² a expressão *Terceiro Setor*, traduzida do inglês *Third Sector*, foi difundida a partir da década de setenta, sendo utilizada como referência às entidades formadas pela sociedade civil que não possuem interesse de lucro e buscam a satisfação dos interesses sociais.

MOREIRA observa que o Terceiro Setor se encontra em um ambiente intermediário entre o Estado e o Mercado, possuindo características híbridas, compartilhando traços de ambos.⁹³ Partindo do pressuposto de que o Terceiro Setor não pertence ao Estado, pode-se concebê-lo como elemento privado e, reconhecendo que ele institucionalmente se diferencia das pessoas naturais, restringir sua análise às organizações personalizadas e detentoras de direitos e deveres jurídicos, dotadas, portanto, de personalidade jurídica, do que resulta que o Terceiro Setor é representado por pessoas jurídicas de direito privado.

SANTOS fez crítica à utilização generalizada da expressão Terceiro Setor, pelo conteúdo vago e residual comumente apresentado:

“Terceiro sector” é uma designação residual e vaga com que se pretende dar conta de um vastíssimo 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 objectivos sociais, públicos ou colectivos, não são estatais. Entre tais organizações podem mencionar-se cooperativas, associações mutualistas, associações não lucrativas, organizações não governamentais, organizações quase-não governamentais, organizações de voluntariado, organizações comunitárias ou de base, etc. As designações vernáculas do terceiro sector variam de país para país e as variações, longe de serem meramente terminológicas, reflectem histórias e tradições diferentes, diferentes culturas e contextos políticos.

⁹¹ Em inglês, é comum a utilização de nomenclaturas como *Third sector*, *voluntary organizations*, *non-governmental organizations*, *independent sector*, *charities* e *philantropy*.

⁹² MÂNICA, Fernando Borges. *Panorama Histórico-Legislativo do Terceiro Setor no Brasil: Do Conceito de Terceiro Setor à Lei das OSCIP*. In OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. (org.). *Direito do Terceiro Setor: Atualidades e perspectivas*. Curitiba: OAB - Seção do Paraná, 2006. pag. 17.

⁹³ MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e administração pública*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 33.

São utilizadas diversas expressões para denominar os agrupamentos de pessoas que objetivam atender interesses coletivos, tendo alcançado maior popularização, no Brasil, a expressão Organizações Não-Governamentais (ONG's). Contudo, deve-se observar que o mero aspecto de “não-governamental” é insuficiente para identificar a natureza dessas entidades, uma vez que o Mercado, a família e muitas associações corporativas também não fazem parte do Governo.

O que diferencia este segmento das sociedades pertencentes ao mercado ou mesmo dos agrupamentos corporativos institucionalizados, como os sindicatos, são os interesses altruísticos defendidos. Enquanto as sociedades pertencentes ao mercado desenvolvem suas atividades movidas pelo interesse lucrativo e os agrupamentos corporativos realizam suas atividades em prol de interesses internos da categoria, o Terceiro Setor atua objetivando a consecução de finalidades públicas, não restritas a determinados setores da coletividade, mas de interesse difuso, que direta ou indiretamente representam anseios de toda a sociedade.

Com correção, NUNES⁹⁴ esclarece que o objetivo, na verdade, é a promoção do bem-estar social, apresentando o Terceiro Setor como um conjunto de organizações de origem privada, dotadas de autonomia, administração própria e finalidade não-lucrativa, cujo objetivo é promover o bem-estar social. Assim, os elementos essenciais para a caracterização do conceito do referido setor residiriam nos seus objetivos e ações, que devem envolver atividades de interesse público.

Em outro momento, a autora defende que mesmo entidades fechadas, cuja atuação vislumbre apenas o interesse de um grupo seletivo de pessoas, como associações de moradores, poderiam ser incluídas na definição de integrantes do terceiro setor:

E mesmo quando se tratar de entidades fechadas, como associações de moradores, quando se verificar que se trata de moradores com alto nível de exclusão social, e que a ação da entidade permitiu-lhes melhorar a sua qualidade de vida, por exemplo, reduzindo o nível de marginalidade, pode-se dizer que essa entidade, embora cuidando de um grupo seletivo de pessoas, beneficiou a sociedade como um todo, e assim pode ser considerada como integrante do terceiro setor.⁹⁵

Diverge-se desse raciocínio, pela constatação de que os fenômenos da vida social e sua interação tornam natural que determinadas atitudes, embora imbuídas de finalidades egoísticas, reservadas a determinados grupos, possam ter efeitos favoráveis à coletividade. Mesmo o Mercado ou as entidades totalmente corporativas podem, através de algumas atividades subsidiárias, gerar benefícios à coletividade como um todo ou promover ações

⁹⁴ NUNES, Andrea. Terceiro setor: controle e fiscalização. 2ª edição. São Paulo: Editora Método, 2006. Pág. 25.

⁹⁵ NUNES, Andrea. Terceiro setor: controle e fiscalização. 2ª edição. São Paulo: Editora Método, 2006. Pág. 29.

isoladas de interesse público, o que não justificaria sua inclusão na definição de Terceiro Setor.

Não basta a ação isolada ou mesmo o resultado de benefício à coletividade para a respectiva caracterização do ente. O objetivo de praticar atividade de interesse público sem fins lucrativos tem que representar o cerne da atuação da pessoa jurídica, sua finalidade precípua, levando-a a adotar essa índole altruística para que detenha a natureza específica que se pretende verificar em uma entidade do Terceiro Setor, caracterizado não apenas pelos efeitos que gera, mas pela finalidade que fundamenta sua existência.

Assentado que essas entidades não pertencem ao Estado, mas possuem finalidade pública como requisito essencial, PEREIRA e GRAU⁹⁶ preferem, para determinar esse segmento da sociedade, utilizar a expressão público não-estatal a Terceiro Setor.⁹⁷ Os autores fazem a distinção entre público, privado e corporativo nos seguintes termos:

O público, entendido como o que é de todos e para todos, se opõe tanto ao privado, que está voltado para o lucro ou para o consumo, como ao corporativo, que está orientado para a defesa política de interesses setoriais ou grupais (sindicatos ou associações de classe ou de região) e para o consumo coletivo (clubes).⁹⁸

De acordo com esse raciocínio, o Terceiro Setor seria identificado como a parte do setor privado que atua para a consecução de objetivos públicos, atendendo às aspirações da coletividade, não em proveito próprio, mas com o objetivo de colaborar com o interesse geral da sociedade.

Vê-se que o interesse público não apenas deve ser resguardado pelos efeitos da ação da entidade, como deve ser seu objetivo. Diante dessa premissa, não parece possível adicionar as entidades fechadas ao conceito de Terceiro Setor. Elas, a despeito de atender a necessidades coletivas através do resultado de suas ações, objetivam, ao realizá-las, prioritariamente, interesses específicos de um grupo determinado.

É preciso ponderar que o uso indiscriminado da expressão dificultaria uma maior delimitação do Terceiro Setor, dando azo à ideia de que nele caberiam todas as entidades não identificadas, claramente, como pertencentes ao Mercado ou ao Estado. Esse pensamento se revela equivocado, pois tal critério de exclusão não possibilita uma correta caracterização,

⁹⁶ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Entre o Estado e o Mercado: o Público Não-estatal. In: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; CUNILL GRAU, Nuria (orgs.). In: O Público não Estatal na Reforma do Estado. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999. p. 16-17.

⁹⁷ A expressão público não-estatal foi utilizada, no Brasil, no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado.

⁹⁸ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Entre o Estado e o Mercado: o Público Não-estatal. In: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; CUNILL GRAU, Nuria (orgs.). In: O Público não Estatal na Reforma do Estado. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999. p. 21.

condizente com o importante papel a ser exercido pelo terceiro setor no conjunto da sociedade.

NUNES observa que a ausência de critérios mais claros prejudica uma aferição apurada desse ambiente, ressaltando que, nos Estados Unidos, por tal falta, a divulgação dos números de investimento no Terceiro Setor acaba não retratando a realidade, incluindo, por exemplo, as cifras milionárias movimentadas pela liga de basquete norte-americano.⁹⁹No caso brasileiro, a falta de diferenciação entre entidades de favorecimento mútuo e entidades de fins comunitários, além da deficiência na definição adequada das entidades aptas a serem consideradas como pertencentes ao terceiro setor, facilitaram a ocorrência de dois fenômenos: A proliferação de entidades inautênticas e o estímulo a processo de corrupção no poder público.¹⁰⁰Adverte MÂNICA que:

...interesse corporativo é interesse privado. Dessa forma, o requisito da finalidade não lucrativa não basta para a categorização do Terceiro Setor. Além da vedação à distribuição de lucro, a entidade deve ter finalidade pública, o que implica ausência de atuação em proveito próprio.¹⁰¹

Partindo da dicotomia público-privado, parece correto o raciocínio de que as entidades de fins coletivos restritos aos seus integrantes não fazem parte do Terceiro Setor, pois sua atividade não é voltada para o público, mas para o privado.PAES¹⁰² define o Terceiro Setor como 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 ao seu aperfeiçoamento.

Pelos critérios estabelecidos no *Handbook on Nonprofit Institutions in the System of National Accounts*¹⁰³ (Manual sobre as Instituições sem Fins Lucrativos no Sistema de Contas Nacionais),¹⁰⁴ editado pela Organização das Nações Unidas, em conjunto com a Universidade John Hopkins, fariam parte do Terceiro Setor as entidades que, cumulativamente, apresentem as seguintes características: (i) natureza privada; (ii) ausência de finalidade lucrativa; (iii)

⁹⁹ Idem. Ibidem. Pág. 30.

¹⁰⁰ MODESTO, Paulo. Reforma Administrativa e Marco Legal das Organizações Sociais no Brasil. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro. Ed. Renovar. n. 214, Págs. 55-68, out.dez., 1998.

¹⁰¹ MÂNICA, Fernando Borges. Panorama Histórico-Legislativo do Terceiro Setor no Brasil: Do Conceito de Terceiro Setor à Lei das OSCIP. In OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. (org.). Direito do Terceiro Setor: Atualidades e perspectivas. Curitiba:OAB - Seção do Paraná, 2006. Pág. 22.

¹⁰² PAES, José Eduardo Sabo. Fundações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários. 2ª Ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. Pág.56.

¹⁰³ Versão em inglês disponível no endereço: <<http://www.jhu.edu/ccss/unhandbook/docs/Front&Chapters.pdf>>. Acesso em: 31, maio de 2008.

¹⁰⁴ Versão traduzida para o português, disponível no endereço: <http://www.mapa.org.br/adm/download/manual_onu.zip>. Acesso em: 31 maio 2008, 17:01:00.

sejam institucionalizadas, com regular constituição e personalidade jurídica; (iv) sejam auto-administradas; e (v) exerçam atividades voluntárias.

De acordo com o citado documento, esse setor é formado por organizações sem fins lucrativos, não havendo distribuição de excedentes gerados entre seus donos ou controladores. Essas entidades seriam, ainda, institucionalmente separadas do governo; auto-geridas, devendo ter a capacidade de controlar suas atividades; e não-compulsórias, pois a participação e a filiação devem ser voluntárias.

Tais elementos ainda parecem incompletos, pois o conceito de atividade voluntária é impreciso. Ademais, a ausência de finalidade lucrativa não é suficiente a caracterizar o intuito que se entende pertinente na adequação de uma entidade ao conceito de Terceiro Setor. Resta confirmada a tendência de dar importância aos objetivos públicos e à prática de atividades sociais para o enquadramento de uma entidade a esse importante segmento da sociedade civil, de finalidades altruísticas.

Essa foi a compreensão externada por PIOVESAN, que ressalta a importância de verificação da finalidade pública:

...não devem ser consideradas como organizações do Terceiro Setor com fins públicos as entidades corporativas, representativas de interesse (como é o caso dos sindicatos e das associações de classe) e as organizações religiosas (ou seja, aquelas instituições precipuamente voltadas para a disseminação de credos, práticas e visões devocionais e confessionais) e partidárias, enquanto tais. Com mais evidência, excluem-se dessa categoria as entidades de benefício mútuo, destinadas a proporcionar bens ou serviços a um círculo restrito de sócio (como é o caso dos clubes, das instituições de previdência privada e dos fundos de pensão). Finalmente, excluem-se dessa categoria as entidades reconhecidas como filantrópicas pelo marco regulatório atual, que, embora prestem relevantes serviços à sociedade, têm, na verdade, fins (disfarçadamente) lucrativos, ou cujo comportamento é presidido, predominantemente, por uma racionalidade mercantil (tais como os planos de saúde e os hospitais privados, as escolas e as universidades particulares).¹⁰⁵

Diante de tais ponderações, pode-se compreender o Terceiro Setor como o segmento da sociedade civil que abrange pessoas jurídicas de Direito privado, sem finalidade lucrativa e com objetivos públicos que orientem o desenvolvimento de atividades de interesse público. Esse conceito estabelece um espaço de participação e experimentação de novos modelos de pensar e agir sobre a realidade social. Sua afirmação tem o grande mérito de romper com a

¹⁰⁵ PIOVESAN, Flavia; BARBIERI, Carla Bertucci. Terceiro setor e Direitos Humanos. In: CARVALHO, Cristiano; PEIXOTO, Marcelo Magalhães. (Orgs.). Aspectos Jurídicos do Terceiro Setor. São Paulo: Thomson / IOB, 2005. p. 75-98. (86/87)

dicotomia entre o público e o privado, segundo a qual o público era sinônimo de estatal e o privado de empresarial.¹⁰⁶

Consagra-se a importância de um segmento social que, embora de natureza jurídica privada, atua entre o Estado e o Mercado, tendo seus objetivos voltados para a consecução de interesses de toda a coletividade, finalidades públicas identificadas a partir de ações questionáveis do Mercado e do Estado ou mesmo da omissão deste. Como sintetiza BARBOSA, o Terceiro Setor corresponde ao espaço institucional das organizações privadas, sem fins lucrativos, voltadas para finalidades públicas ou sociais.¹⁰⁷

2.2. A REFORMA ADMINISTRATIVA BRASILEIRA E O TERCEIRO SETOR

As alterações sociais, econômicas e políticas que, no final do século XX, afetaram toda a sociedade e causaram transformações nos modelos estatais, culminando com aquilo que se costumou chamar de crise do Estado Social, repercutiram também no Brasil e em seu modelo de Administração Pública.

Se a grande depressão de 1929 e a existência do socialismo soviético foram importantes para a transformação do Estado, que abandonou a sua configuração mínima, proposta pela máxima *laissez faire, laissez passer*, para adotar uma postura intervencionista, característica do *welfare state*, também os problemas econômicos e fiscais vividos após a década de 70, como a crise do petróleo, o endividamento fiscal dos Estados, as dificuldades de satisfação (*outputs*) das exigências sociais e dos grupos de interesse organizados (*inputs*) e a própria crise de legitimidade estatal, levaram ao fortalecimento dos pensamentos contrários à ampliação da estrutura administrativa. Tais pensamentos, desde a 2ª Guerra, eram apresentados por economistas neoliberais, como Friedrich Hayek e Milton Friedman.

Essas vozes, que até a década de 70 não conseguiam eco, diante de uma maioria que enaltecia as qualidades do Estado interventor, passaram a ampliar suas forças, ressoando

¹⁰⁶ CARDOSO, Ruth. Fortalecimento da sociedade civil. In: IOSCHPE, E. B. (Org). Terceiro Setor: Desenvolvimento Social Sustentado. 2ª Edição. São Paulo: Paz e Terra, 2000. Pág. 08.

¹⁰⁷ BARBOSA, Maria Nazaré L. A Experiência dos Termos de Parceria entre o Poder Público e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). Parcerias Público-Privadas. São Paulo: Malheiros, 2005, Pág. 489.

vigorosamente após a crise iniciada na década de 70, com o fim do período de desenvolvimento mundial que HOBBSAWN chamou de “era de ouro”.¹⁰⁸

O discurso do abandono do Estado como agente do desenvolvimento foi contaminado por um pessimismo com relação à atuação pública e uma fé exagerada no Mercado. Desprovidas de crítica, essas proposições misturaram a doutrina ideológica popularmente conhecida por neoliberalismo com uma série de políticas elaboradas para dar plena autonomia às forças do Mercado.¹⁰⁹ Nesse sentido, BRESSER-PEREIRA¹¹⁰ resume o dilema vivido nesse fim de século XX:

Enquanto os regimes democráticos tendiam a se tornar universalmente dominantes e a globalização impunha novos desafios aos Estados nacionais, o Estado, enquanto organização e ordem definida legalmente, entra em crise nos anos 70. Depois de um período de exacerbação ideológica, em que se pretendeu reduzir o Estado ao mínimo, o projeto de reformar ou reconstruir o Estado tornou-se um tema central em todo o mundo nos anos 90. Tornou-se claro que a crise do Estado Social-Burocrático, nas suas três formas principais (o Estado do Bem-Estar, o Estado Desenvolvimentista, e o Estado Comunista) era endógena, não podendo ser ignorada, como queria a velha esquerda burocrática, nem servir para se voltar a soluções do século dezenove, como pretendeu a nova direita neoconservadora ou neoliberal. Diante da crise do Estado e do desafio representado pela globalização, a sociedade civil de cada país democrático demonstrou que desejava redefinir o papel do Estado, mas não reduzi-lo ao mínimo, e sim fortalecê-lo, para que os respectivos governos pudessem garantir, internamente, ordem, eficiência produtiva e justiça social, de forma a tornar viável, no plano internacional, a afirmação dos seus interesses nacionais.

As discussões sobre a redefinição do papel estatal ganharam contorno de questão de ordem. Assim, de acordo com o novo pensamento majoritário, influenciado pelo raciocínio neoliberal, deveria o Estado reduzir sua intervenção no Mercado e equacionar seus gastos, inclusive aqueles destinados às prestações de serviços públicos, ampliados na vigência do *Welfare State*. Essa redefinição do papel estatal exigia uma revisão do papel exercido pela Administração Pública que a sintonizasse às alterações sofridas pelo mundo, decorrentes da mudança de paradigmas que acompanhava o movimento da globalização.

¹⁰⁸ HOBBSAWN, Eric J. Era dos extremos: O breve século XX – 1914-1991. 2ª edição. São Paulo: Companhia das letras, 2006. Pág. 393.

¹⁰⁹ EVANS, Peter B. Análise do Estado no mundo neoliberal: uma abordagem institucional comparativa. Revista de economia contemporânea. Nº 4. Jul-Dez. 1998. Pág. 54.

¹¹⁰ PEREIRA, Luis Carlos Bresser. Sociedade civil: sua democratização para a reforma do Estado. In Sociedade e Estado em transformação. Bresser-Pereira, Luiz Carlos; WILHEIM, Jorge e SOLA, Lourdes (orgs.). Sociedade e Estado em Transformação. UNESP/ENAP, 1999. 67-116.

Segundo a doutrina,¹¹¹ antes da reforma, os governantes brasileiros se deparavam com pelo menos duas realidades no âmbito da Administração Pública. A primeira se relacionava à situação de crise, sobretudo no âmbito financeiro, já que o Poder Público não conseguia cumprir adequadamente as competências atribuídas pela Constituição. A segunda se relacionava à procura de soluções que permitissem a efetivação das aspirações constitucionais de um Estado que, entre seus objetivos, deve buscar a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento, erradicar a pobreza e promover o bem-estar de todos.

Esses desafios se colocavam diante de uma realidade globalizada, sem fronteiras, na qual ocorrem grandes transferências de recursos, com uma extraordinária facilidade. Nesse ambiente, os gastos públicos são apontados pelo mercado como fonte de inflação, desequilíbrio financeiro e obstáculo ao desenvolvimento, pensamento diametralmente oposto ao que outrora fora apregoado por Keynes.

A verificação, no Estado Brasileiro, da revisão do modelo administrativo, começou com a reforma da gestão pública realizada entre os anos de 1995 a 1998, pela qual o Brasil acompanhou, tardiamente, a segunda grande reforma do Estado Moderno.¹¹² BRESSER-PEREIRA observa que essa reforma na gestão pública já era identificada, desde 1980, em países mais desenvolvidos, como a Inglaterra.¹¹³

O pensamento de defesa da redução da atuação estatal, somado à crise de confiança nas políticas públicas e ao aumento da importância econômica das forças capitalistas globalizadas, fomentou a realização de reformas administrativas que impuseram mudanças estruturais no funcionamento do setor público. Foi iniciada, também, uma mudança ideológica no conteúdo da burocracia administrativa, migrando-a de um modelo weberiano para um modelo gerencialista.¹¹⁴

Isso porque, a mudança de paradigmas exigiu adaptação do modelo jurídico administrativo aos novos desafios abraçados pelo Estado. Os pilares da racionalidade que

¹¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública : concessão, permissão, franquia, terceirização, parceira público-privada e outras formas*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005. Pág. 46-47.

¹¹² BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Reforma da gestão e avanço social em uma economia semi-estagnada. Semi-Estagnada*. Revista Brasileira de Administração Pública, Rio de Janeiro, v. 38, n. 4, p. 543-560, 2004.

¹¹³ Conforme o autor, a primeira grande reforma foi a burocrática, que ocorreu nos países europeus desenvolvidos no final do século XIX, nos EUA no início do século XX, e no Brasil a partir de 1936-38, consolidando-se como a reforma que substituiu a burocracia patrimonialista por uma burocracia e um estilo de administração weberianos. (BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Reforma da gestão e avanço social em uma economia semi-estagnada. Semi-Estagnada*. Revista Brasileira de Administração Pública, Rio de Janeiro, v. 38, n. 4, p. 543-560, 2004.)

¹¹⁴ CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de Direito Administrativo*. Volume I. Salvador: JusPodivm, 2008. Pág. 779.

fundaram o modelo liberal de Estado de Direito, segundo uma perspectiva weberiana, exigiram revisão, sob a perspectiva atualmente vivenciada, uma vez que “a questão do aporte democrático e participativo da administração pública coloca mais uma vez o Direito Administrativo em busca de seu fundamento de legitimidade”.¹¹⁵

DI PIETRO explica que a administração pública burocrática foi concebida na segunda metade do século XIX, ainda no período liberal, como forma de combater a corrupção e o assistencialismo, tendo como princípios fundamentais a profissionalização dos agentes, sua organização em carreira, hierarquia funcional, impessoalidade e controle formal e *a priori*, partindo de uma desconfiança prévia em relação aos administradores. Já a administração pública gerencial teria surgido na segunda metade do século XX, como resposta à expansão da atuação estatal, ao desenvolvimento tecnológico e à globalização, que expuseram problemas relacionados à eficiência administrativa, fortalecendo a concepção de que é necessária a redução de custos, pelo gerenciamento da atividade administrativa, que prioriza o resultado, ao invés da lógica burocrática que prioriza a forma.¹¹⁶

A mudança de desafios impôs nova configuração. À nova Administração Pública não basta ser efetiva em evitar o nepotismo e a corrupção, ela precisa buscar eficiência ao prover bens públicos e semipúblicos que cabe ao Estado diretamente produzir ou, indiretamente, financiar.¹¹⁷

No caso do Brasil, permanece a crítica de que essa mudança no modelo administrativo induziu governos recentes à importação de modelos internacionais que não tinham a necessária relação de simetria jurídica com nosso ordenamento. Dessas adaptações resultaram dificuldades constitucionais na compreensão e aceitação de alguns elementos dessas reformas, inspirados no modelo norte-americano, vinculado ao sistema *common law* anglo-saxão, que é diverso do direito administrativo brasileiro, que se inspirou no sistema europeu-continental. Cite-se, como exemplo, a estrutura de agências reguladoras e o instrumento administrativo denominado contrato de gestão, cujas disposições normativas exigiram, para garantia de sua validade, posterior adaptação constitucional.

BUCCI¹¹⁸ trabalha essa crítica sobre outro enfoque, lembrando que a diversidade de realidades, as variedades de experiências e as variedades de arranjos institucionais são

¹¹⁵ DIAS, Maria Tereza Fonseca. Terceiro setor e Estado: legitimidade e regulação: por um novo marco jurídico. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 88/89.

¹¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na administração pública : concessão, permissão, franquia, terceirização, parceira público-privada e outras formas. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005. Pág. 49-50.

¹¹⁷ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Estratégia e estrutura para um novo estado. In: Revista de Economia Política. Vol. 17, n. 3(67), jul/set. 1997, p. 24-38.

¹¹⁸ BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito administrativo e políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 27.

essenciais para a escolha de um modelo de reforma administrativa, sendo equivocada a mera importação inspirada em instituições supostamente mais modernas.

A autora cita, por exemplo, que embora a reforma administrativa inglesa tenha seguido o mesmo roteiro neoliberal que inspirou a nossa reforma administrativa, possui um significado diferente da reforma brasileira. Esse raciocínio decorre do fato de que lá, assim como na França, as reformas ocorreram “de dentro para fora”, como instrumento de resguardo em relação à competição econômica; conquanto, aqui, no Brasil, a reforma ocorreu de fora para dentro, atendendo a uma posição subalterna do país, submissa aos interesses econômicos transnacionais e aos parâmetros apresentados por organismos internacionais, como o Fundo Monetário Internacional, o Banco Mundial e a Organização Mundial do Comércio.¹¹⁹

De qualquer maneira, a reforma do aparelho estatal brasileiro foi fortemente influenciada pelas mudanças do final do século XX, que atingiram tanto o modelo estatal como o próprio capitalismo. Nesse raciocínio, COUTINHO assevera que a reforma administrativa foi desenvolvida com base na experiência da administração privada e nos ensinamentos dos doutrinadores americanos Osborne e Gaebler, abordando, principalmente, temas como redução de custos e eliminação do déficit público, busca pela eficiência administrativa, transparência e participação popular.¹²⁰

Buscou-se reorganizar a administração pública brasileira, sob o argumento de que, embora a implementação de um regime administrativo baseado no princípio racional-burocrático tenha sido necessária para se contrapor ao patrimonialismo, ao clientelismo, ao nepotismo e a outros vícios existentes em nossa máquina administrativa, o fato é que, hoje, pela primazia dada aos padrões hierárquicos rígidos e ao controle dos processos, ela era insuficiente para dar soluções aos desafios enfrentados em um ambiente de globalização econômica.

Os reformistas alegavam a necessidade de dar um salto adiante, no sentido de uma administração pública gerencial, baseada em conceitos atuais de gestão e de eficiência, descentralizada e voltada para o controle dos resultados e para a participação popular. Isso não significa o abandono generalizado da administração burocrática, uma vez que, conforme admite o próprio Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado,¹²¹ a administração pública gerencial está apoiada na anterior, conservando seus princípios fundamentais.

¹¹⁹ BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito administrativo e políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 28-30.

¹²⁰ COUTINHO, Ana Luísa Celino. Servidor público: reforma administrativa, estabilidade, emprego público, direito adquirido. Curitiba: Juruá, 2003. p. 37-39.

¹²¹ BRASIL, Presidente. PLANO DIRETOR DA REFORMA DO APARELHO DO ESTADO: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado, Ministério da Administração e Reforma do Estado, 1995. Disponível

Defende-se que a diferença fundamental estaria na forma de controle, que deixa de se basear nos processos para se concentrar nos resultados. BRESSER-PEREIRA apresenta, sinteticamente, características que diferenciam a administração pública burocrática da administração pública gerencial:

Algumas características básicas definem a administração pública gerencial. É orientada para o cidadão e para a obtenção de resultados; pressupõe que os políticos e os funcionários públicos são merecedores de um grau limitado de confiança; como estratégia, serve-se da descentralização e do incentivo à criatividade e à inovação; o instrumento mediante o qual se faz o controle sobre os gestores públicos é o contrato de gestão.

Enquanto a administração pública burocrática se concentra no processo, em definir procedimentos para contratação de pessoal; para compra de bens e serviços; e em satisfazer as demandas dos cidadãos, a administração pública gerencial orienta-se para resultados. A burocracia concentra-se nos processos, sem considerar a alta ineficiência envolvida, porque acredita que este seja o modo mais seguro de evitar o nepotismo e a corrupção. Os controles são preventivos, vêm a priori. Entende, além disto, que punir os desvios é sempre difícil, se não impossível; prefere, pois, prevenir. A rigor, uma vez que sua ação não tem objetivos claros - definir indicadores de desempenho para as agências estatais é tarefa extremamente difícil - não tem alternativa senão controlar os procedimentos.¹²²

Em relação aos serviços públicos, a reforma propõe sua “publicização”, que seria a descentralização, para o “setor público não-estatal”, daquelas prestações que não envolvam o exercício do poder de estado, como os serviços de educação, saúde e cultura. No entanto, essa “publicização” não pode significar abandono do Estado com relação a tais atividades. O respeito ao princípio da subsidiariedade atesta a atribuição do Poder Público de regular e fomentar tais prestações de interesse da coletividade, forjando instrumentos de controle social e participação da sociedade.

Nesses termos, o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado traz como seus objetivos globais:

- aumentar a governança do Estado, ou seja, sua capacidade administrativa de governar com efetividade e eficiência, voltando a ação dos serviços do Estado para o atendimento dos cidadãos;
- limitar a ação do Estado àquelas funções que lhe são próprias, reservando, em princípio, os serviços não-exclusivos para a propriedade pública não-estatal, e a produção de bens e serviços para o mercado para a iniciativa privada;
- transferir da União para os estados e municípios as ações de caráter local: só em casos de emergência cabe a ação direta da União;

em: <http://www.planalto.gov.br/publi_04/COLECAO/PLANDI.HTM> Acesso em: 08, agosto 2008, às 17:04:45.

¹²² BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Estratégia e estrutura para um novo estado. In: Revista de Economia Política. Vol. 17, n. 3(67), jul/set. 1997, p. 24-38.

- transferir parcialmente da União para os estados as ações de caráter regional, de forma a permitir uma maior parceria entre os estados e a União.

No âmbito do Plano, concebeu-se que no aparelho estatal podem ser identificados quatro setores: o núcleo estratégico, o setor de atividades exclusivas, os serviços não-exclusivos, e a produção de bens e serviços para o mercado.

O núcleo estratégico corresponde ao Governo em sentido lato, sendo o responsável pela definição das leis e das políticas públicas, tomando as decisões estratégicas para gestão do Estado. O setor de atividades exclusivas abarca as atividades que só o Estado pode prestar, diante da imposição constitucional ou da necessidade do exercício de seu poder extroverso, são aquelas “que garantem diretamente que as leis e as políticas públicas sejam cumpridas e financiadas”.¹²³ O setor de serviços não-exclusivos corresponde ao setor em que o Estado atua simultaneamente com outras organizações públicas não-estatais e privadas. Essas organizações públicas não possuem o poder de Estado, embora este exerça um papel de parceria, em função dos interesses fundamentais envolvidos pela prestação desses serviços, como educação e saúde. O setor de produção de bens e serviços para o mercado, que corresponde à área de atuação das empresas estatais, caracterizando-se pelas atividades econômicas voltadas para o lucro que ainda permanecem no aparelho do Estado.

Diante dessa concepção do aparelho estatal, em relação aos serviços públicos, há a disposição dos reformistas de limitar a ação direta do Poder Público àquelas funções tidas como propriamente estatais, transferindo para o setor público não-estatal a prestação dos serviços não exclusivos, movimento chamado de “publicização”. Nesse contexto, os serviços não-exclusivos foram apresentados como correspondentes a um setor onde o Estado atua simultaneamente com outras organizações públicas não-estatais e privadas, como a saúde, educação e cultura. Para tais atividades são estipulados alguns objetivos específicos, a saber:

Objetivos para os Serviços Não-Exclusivos:

- transferir para o setor público não-estatal esses serviços, através de um programa de "publicização", transformando as atuais fundações públicas em organizações sociais, ou seja, em entidades de direito privado, sem fins lucrativos, que tenham autorização específica do Poder Legislativo para celebrar contrato de gestão com o Poder Executivo e assim ter direito a dotação orçamentária;
- lograr, assim, uma maior autonomia e uma conseqüente maior responsabilidade para os dirigentes desses serviços;
- lograr adicionalmente um controle social direto desses serviços por parte da sociedade através dos seus conselhos de administração. Mais

¹²³ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Estratégia e estrutura para um novo Estado. Revista de Economia Política. vol. 17, nº 3 (67), julho-setembro/997. p. 28.

amplamente, fortalecer práticas de adoção de mecanismos que privilegiem a participação da sociedade tanto na formulação quanto na avaliação do desempenho da organização social, viabilizando o controle social;

- lograr, finalmente, uma maior parceria entre o Estado, que continuará a financiar a instituição, a própria organização social, e a sociedade a que serve e que deverá também participar minoritariamente de seu financiamento via compra de serviços e doações;
- aumentar, assim, a eficiência e a qualidade dos serviços, atendendo melhor o cidadão-cliente a um custo menor.

Para os defensores da lógica de “transferência”¹²⁴ da execução dos serviços públicos não-exclusivos para as entidades do Terceiro Setor, é fundamental a absorção do princípio da subsidiariedade, devendo o Estado se abster de prestá-los diretamente, quando os mesmos puderem ser fornecidos satisfatoriamente pelos particulares, sob regime de fomento, sem abdicar da competência de incentivo ao setor privado.¹²⁵ Como explica GUERRA,¹²⁶ pela análise dos objetivos específicos estipulados, absorvido o princípio da subsidiariedade e tendo em vista a premissa de que a máquina estatal não tem condições de monopolizar a prestação direta de todos os serviços públicos, adota-se a estratégia de “publicização” daqueles não exclusivos do Estado. Disso decorre a absorção dessas atividades pelo setor público não-estatal, com o fomento do Estado, materializado pela transmissão de infraestrutura, bens públicos, valores e direitos, através de instrumentos denominados contratos de gestão.

Deve-se atentar, contudo, que a lógica do Plano, para a transferência dos serviços públicos não-exclusivos, envolveu o raciocínio de parceria com as Organizações Sociais (OS), entidades privadas sem fins lucrativos que envolvem algumas nuances específicas, entre elas a participação de representantes do Poder Público em sua composição.

Se a utilização de Organizações Sociais para a prestação de serviços públicos já foi apontada pela doutrina como forma de instituir mecanismos de fuga ao regime jurídico de direito público,¹²⁷ parece pior uma transferência discricionária da prestação desses serviços públicos não-exclusivos para as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), entidades também privadas e sem fins lucrativos, mas que dispensam a participação direta de membros do Poder Público.

¹²⁴ Embora o Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado use a expressão transferência, parece-nos tecnicamente mais adequada a utilização do termo fomento.

¹²⁵ FRANÇA, Vladimir da Rocha. Reflexões sobre a prestação de serviços públicos por entidades do terceiro setor. Revista de direito administrativo, Rio de Janeiro: Renovar, n. 238, p. 345-362, Out/Dez/2004.

¹²⁶ GUERRA, Glauco Martins. Apontamento sobre o terceiro setor no Brasil – breve análise jurídica. Fórum Administrativo. Rio de Janeiro: Editora Fórum, Vol. 23. Ano 2. Jan.2003. Págs. 1723-1746.

¹²⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na administração pública : concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005. Pág. 269.

Diante de uma pluralidade de entidades interessadas no fomento estatal, quais critérios servem à legítima formação dessas relações de parcerias, sem que seja conspurcada a eficiência e o tratamento isonômico e impessoal, natural ao regime jurídico administrativo? A escolha discricionária da entidade parceira não produz o risco de cooptação do Terceiro Setor, pelo Estado, ou o beneficiamento indevido, fulcrado em interesses nada públicos?

Os reformistas não se posicionaram sobre tal questão, que não foi tratada adequadamente pela legislação específica¹²⁸ ou pelo respectivo Decreto regulamentador.¹²⁹ Essa preocupação, quando confrontada com a realidade atual, em que se denuncia o uso de entidades do Terceiro Setor para o desvio de recursos públicos, transferidos para fomentar a prestação desses serviços não-exclusivos, exige uma análise profunda sobre o modelo de administração apto a reger o controle de tais relações de parcerias.

Coloca-se de um lado o modelo burocrático-formal e de outro o modelo gerencial apresentado pelos reformistas. Tais moldes não se apresentam como opções incompatíveis, uma vez que o modelo gerencial incorpora alguns dos principais fundamentos do primeiro, mas como sistemas de atuação com sintonias e finalidades diferenciadas, que não apontaram, até então, mecanismos para evitar que o público não-estatal fosse acometido dos mesmos vícios apontados nos modelos de administração patrimonialista.

2.3. A CRISE DE TITULAÇÃO E A NECESSIDADE DE UM NOVO MARCO LEGAL DO TERCEIRO SETOR NO BRASIL

Até o início do século XX, é pequena ou praticamente nula a movimentação da sociedade civil brasileira na prestação de serviços de interesse da coletividade. Essa parca atuação pode ter sido forjada, desde o início, pelo modelo de colonização de exploração português, que priorizou a formação do Estado, em detrimento da organização da sociedade, diferentemente do que ocorreu, por exemplo, com a sociedade americana.¹³⁰

¹²⁸ Lei Federal nº 9.790, de 23 de março de 1999. Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências.

¹²⁹ Decreto Federal nº 3.100, de 30 de junho de 1999. Regulamenta a Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999, que dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências.

¹³⁰ MÂNICA, Fernando Borges. Panorama Histórico-Legislativo do Terceiro Setor no Brasil: Do Conceito de Terceiro Setor à Lei das OSCIP. In OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. (org.). Direito do Terceiro Setor: Atualidades e perspectivas. Curitiba: OAB - Seção do Paraná, 2006. Págs. 26-27.

As entidades prestadoras de serviços de interesse público começaram a receber benefícios estatais, a partir do século XX, obtidos através de pedidos dirigidos ao Presidente da República, sendo a concessão baseada em critérios pouco definidos. Somente na década de trinta é que veio a ser criada a Caixa de subvenções, pela qual o Ministério da Justiça passou a desempenhar a função de análise e fiscalização dos pedidos de subvenção social, utilizando critérios previamente definidos.¹³¹

Até então, não fora estabelecido qualquer marco para as entidades do Terceiro Setor, inexistindo diferenciação entre elas e a sociedade civil em geral, inclusive para fins de beneficiamentos ou parcerias com o Estado. A solução, historicamente adotada pelo direito brasileiro, foi a utilização de titulações jurídicas que, após a comprovação de cumprimento dos requisitos formais exigidos, serviriam como chancela às atitudes de incentivo. Para GUERRA,¹³² os marcos deste setor corresponderiam às entidades privadas, sem fins lucrativos, que exercitam atividades de interesse público ou coletivo, podendo ser privilegiadas pelo Estado, mediante títulos jurídicos estabelecidos por lei.

No Brasil, apontam-se quatro títulos jurídicos, que podem ser conferidos às organizações da sociedade civil e permitem beneficiamentos estatais como fomento ao desenvolvimento de suas atividades de interesse coletivo. São: (i) o título de utilidade pública; (ii) a certificação de entidade de fins filantrópicos; (iii) o título de Organização Social - OS; e (iv) o título de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIP.

Vale observar a não inclusão, nesse elenco, das Organizações Não Governamentais (ONG's). Isso decorre do fato de que o caráter não-estatal reproduz um conceito genérico, não servindo ao específico balizamento das entidades do Terceiro Setor dado pela legislação federal em relação às parcerias fomentadas pelo Estado para a prestação de serviços públicos, com transferência de recursos. Isso não significa que as ONG's deixem de atuar em tais prestações de interesse da coletividade, apenas, deve-se observar que o recebimento de recursos públicos federais exige que a entidade busque a certificação relacionada a algum dos títulos previstos pela legislação.

Também não foram incluídas as cooperativas sociais, previstas pela Lei nº 9.867, de 10 de novembro de 1999. Essa norma contém, apenas, seis artigos, trazendo regras esparsas sobre essas pessoas jurídicas, sem apresentar claro balizamento sobre sua natureza. Isso, além

¹³¹ MÂNICA, Fernando Borges. Panorama Histórico-Legislativo do Terceiro Setor no Brasil: Do Conceito de Terceiro Setor à Lei das OSCIP. In OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. (org.). Direito do Terceiro Setor: Atualidades e perspectivas. Curitiba: OAB - Seção do Paraná, 2006. Pág. 28.

¹³² GUERRA, Glauco Martins. Apontamento sobre o terceiro setor no Brasil – breve análise jurídica. Fórum Administrativo. Rio de Janeiro: Editora Fórum, Vol. 23. Ano 2. Jan.2003. Págs. 1723-1746.

gerar pouca repercussão e interesse,¹³³ não as qualifica como entidades do Terceiro Setor,¹³⁴ no sentido restrito aqui defendido.¹³⁵

Em relação aos títulos jurídicos apontados, ainda na década de trinta, foi publicada a Lei Federal nº 91, de 28 de agosto de 1935, que determinava as regras pelas quais as sociedades civis, as associações e as fundações constituídas no país, com o fim exclusivo de servir desinteressadamente à coletividade, poderiam ser declaradas de utilidade pública. Foi, então, estabelecida uma titulação que permitia certa diferenciação entre entidades da sociedade civil.

Inicialmente, o título de utilidade pública não permitia qualquer favorecimento ou parceria entre o Estado e a entidade privada, tanto que o artigo 3º da Lei Federal nº 91/35 estabelece expressamente que nenhum favor estatal decorrerá daquela titulação, ressaltando a garantia do uso de emblemas, flâmulas, bandeiras ou distintivos próprios, devidamente registrados no Ministério da Justiça, além da menção ao certificado concedido.

A titulação não garante, por si só, benefícios estatais à entidade declarada de utilidade pública. Contudo, com o tempo, o caráter da Lei foi indiretamente modificado por novas disposições normativas, que transformaram o título em um requisito para a concessão de benefícios fiscais não previstos em sua legislação original. Por exemplo, embora a Lei nº 11.768, de 14 de agosto de 2008, Lei de Diretrizes Orçamentárias, para a elaboração da lei orçamentária de 2009, não contenha previsão sobre qualquer subvenção ou beneficiamento estatal para as detentoras do título de utilidade pública, de acordo com a Lei nº 9.249, de 26 de novembro de 1995, para que uma empresa possa realizar, em seu imposto de renda, dedução de doações feitas a entidades civis, estas devem possuir tal certificação.

Outrossim, a declaração de utilidade pública é um dos requisitos para a concessão de isenção,¹³⁶ no caso de recolhimento de contribuições previdenciárias previsto no artigo 55 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. Nesse ponto, há a miscelânea com outro título, o Certificado de Entidade de Fins Filantrópicos, atualmente denominado “Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social”, que é outorgado pelo Conselho Nacional de

¹³³ SOUZA, Leandro Marins de. Terceiro setor e cooperativas sociais. In: SZAZI, Eduardo (Org.). Terceiro setor: temas polêmicos 1. São Paulo: Peirópolis, 2004. p. 25

¹³⁴ No mesmo sentido, DIAS, Maria Tereza Fonseca. Terceiro setor e Estado: legitimidade e regulação: por um novo marco jurídico. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 208.

¹³⁵ Registre-se, de qualquer forma, a posição em contrário de Tarso Cabral Violin, que, de acordo com o conceito amplo adotado (envolvendo todas as entidades privadas sem fins lucrativos), entende que as cooperativas sociais pertencem ao Terceiro Setor. (VIOLIN, Tarso Cabral. O “Terceiro Setor” e as cooperativas sociais. Raízes Jurídicas. Raízes Jurídicas (UNICENP), v. 2, p. 195-206, 2006.

¹³⁶ Embora o dispositivo legal fale em isenções, parte da doutrina tributarista utiliza a expressão imunidade, já que existe fundamento constitucional para tal regra de não-tributação, no § 7º do artigo 195 da Constituição Federal de 1988.

Assistência Social – CNAS¹³⁷ e, conforme estabelecido pelo inciso IV do art. 18 da Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, exigido para fins da concessão da isenção tratada pela Lei, mas que impõe, como um de seus requisitos, a titulação de utilidade pública federal.

Vale observar que, quando da aprovação da Lei nº 91/35, pela inexistência de quaisquer ônus para o poder Público, permitiu-se certa liberalidade na concessão do título de utilidade pública. Eram dispensadas maiores exigências, constando como requisitos: a existência de personalidade jurídica; a não-remuneração dos cargos de diretoria e dos conselhos; o efetivo funcionamento e o serviço desinteressado à comunidade. No entanto, pela simplicidade e caráter meramente protocolar, essas exigências não se prestam ao correto balizamento das entidades do Terceiro Setor que realizam serviços de interesse público.

Com a posterior concessão de incentivos e as lacunas da legislação, acabou-se incentivando a proliferação de entidades pretendentes de tal certificação, muitas vezes, sem a legitimidade idealizada inicialmente ou com propósitos outros que não os de servir desinteressadamente à coletividade. Embora, formalmente, essas instituições não preconizassem o lucro como fim e estivessem impedidas de distribuir dividendos entre seus diretores, gerentes, administradores, sócios ou mantenedores, elas poderiam cobrar pelos serviços prestados à comunidade, contratar empregados, consultores ou especialistas, com altas remunerações, o que gerou algumas excrescências.

Com relação à Certificação de Entidade de Fins Filantrópicos, já se exigiam maiores requisitos, conforme o estabelecido pelo Decreto Federal nº 2.536/98. Não obstante, os rígidos critérios formais não foram suficientes a impedir a proliferação de entidades interessadas em sua certificação, além de criar, pelo menos, dois outros problemas de ordem prática.

Em primeiro lugar, as exigências burocráticas, periodicamente renovadas, prejudicam entidades realmente beneficentes e com excelentes trabalhos em favor da coletividade, mas que não dispõem de estrutura suficiente para dar conta das exigências formais estabelecidas. Noutra prumo, entidades sem a mesma legitimidade, mas detentoras de estrutura suficiente a cumprir os requisitos formais, conseguem montar estruturas de recepção

¹³⁷ O CNAS substituiu o Conselho Nacional do Serviço Social - CNSS, criado em 1938 para a análise dos pedidos de subvenção, e que ajudou, naquela época, a fortalecer o movimento de aliança entre o Estado e as entidades de interesse coletivo. Posteriormente, o CNSS teve suas competências ampliadas, competindo-lhe o gerenciamento do Registro Geral de Instituições e o fornecimento do certificado de fins filantrópicos, necessário para o acesso a benefícios fiscais.

de recursos públicos que não são, necessariamente, revertidos para atividades de interesse da coletividade.

Em segundo lugar, ante o aumento de entidades certificadas, constatou-se a ineficiência estatal no cumprimento do trâmite burocrático de concessão, fiscalização e renovação dos certificados. Essa problemática resultou no empilhamento de processos sem conclusão e na multiplicação de ações judiciais intentadas para suprir a omissão ou os equívocos da manifestação administrativa, falhas que serviam à perpetuação das imunidades ou isenções, mesmo para entidades ilegítimas.

As certificações eram mantidas enquanto não eram decididos os seus pedidos de renovação. Isso pressupunha tanto a finalização da análise pelo CNAS, hoje vinculado ao Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome - MDS, quanto a análise do processo em grau de recurso administrativo, que era julgado pelo Ministro da Previdência Social - MPS. Esse exemplo de quimera burocrática decorreu da decisão política, em 2003, de transferência do CNAS, que antes pertencia à estrutura do Ministério da Previdência Social (até então denominado de Ministério da Previdência e Assistência Social), com a competência de concessão dos títulos de filantropia, para o recém criado Ministério de Desenvolvimento Social. Mesmo com o deslocamento do CNAS, manteve-se, no Ministério da Previdência, a competência para o julgamento dos recursos relacionados à certificação.

Tais dificuldades administrativas ensejaram enormes críticas. Entidades que não possuíam a real condição de filantrópicas foram beneficiadas pela respectiva imunidade previdenciária, garantida pela falta de avaliação dos processos de renovação ou dos recursos julgados. Por outro lado, entidades realmente beneficentes acabaram vendo sua certificação pendente de julgamento, por tempo demasiadamente prolongado.

Milhares de recursos aguardaram, por anos, a decisão do Ministro da Previdência, resultando em prescrição de eventuais créditos tributários que poderiam ser cobrados em detrimento das falsas filantrópicas. Estima-se que, anualmente, a renúncia fiscal relacionada ao certificado de filantropia tenha chegado a cerca de cinco bilhões.¹³⁸

Por iniciativa do atual Presidente da República, o Governo apresentou o Projeto de Lei nº 3.021/2008,¹³⁹ que intenta mudar a dinâmica da concessão e julgamento recursal dos certificados de entidades de fins filantrópicos. A proposta legislativa original, entre outras

¹³⁸ Fonte: Sítio do Ministério da Previdência. Disponível em: <http://www.previdenciasocial.gov.br/agprev/agprev_mostraNoticia.asp?Id=29605&ATVD=1&DN1=18/03/2008&H1=16:44&xBotao=0>. Acesso em: 10 de agosto de 2008.

¹³⁹ Atualmente, o Projeto encontra-se apensado ao PL 7.494/2006. Disponível em <<http://www2.camara.gov.br/proposicoes>> Acesso em: 03 mar. 2009.

alterações, objetiva retirar do CNAS a competência exclusiva para a concessão desses títulos, que passariam a ser concedidos por órgãos dos Ministérios relacionados à atuação da entidade privada. Pelo texto do projeto, cada Pasta Ministerial também acumulará a competência para o julgamento dos respectivos recursos.

Tal solução exige a criação de novos órgãos ou a acumulação de competências por órgãos já existentes, na esfera de cada Ministério, para a avaliação desses pedidos de certificação. Ademais, ela adota um padrão organizacional de inspiração pouco gerencial, dando continuidade a um modelo ineficiente no qual um setor do Governo concede o benefício de isenção, sem qualquer participação da estrutura competente pela arrecadação, ocasionando, via de regra, enormes conflitos no interior da Administração Pública. É cediço que, no confronto dessas atribuições conflitantes, a vontade política de conceder benefícios dificilmente encontra equilíbrio com a necessidade gerencial de arrecadação.

Esse quadro ainda foi piorado. Durante a tramitação do Projeto, houve a edição, pelo Supremo Tribunal Federal, da Súmula Vinculante nº 08,¹⁴⁰ que reputou inconstitucional o prazo decadencial de dez anos para contribuições sociais. Com essa disposição, prevalecendo a tese de que o prazo decadencial para as contribuições relacionadas à imunidade garantida pelo certificado, seria de cinco anos, ampliou-se a pressão para que findassem os atrasos nas análises dos processos, evitando a perda dos créditos tributários relacionados às entidades não merecedoras da respectiva imunidade.

Para resolver esse novo problema, o Presidente, atropelando o Projeto de Lei apresentado, lançou mão da Medida Provisória nº 446/2008. O texto desta Medida, além de preservar a lógica do Projeto de Lei nº 3.021/2008, repartindo competências para concessão dos certificados para as respectivas Pastas Ministeriais, acresceu uma série de “perdões” para as entidades assistenciais,¹⁴¹ algo politicamente pouco sutil e, na prática, desnecessário, uma

¹⁴⁰ Súmula vinculante nº 08. São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SumulasVinculantes_1_a_14.pdf> Acesso em 27, outubro de 2009.

¹⁴¹ Art. 37. Os pedidos de renovação de Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social protocolizados, que ainda não tenham sido objeto de julgamento por parte do CNAS até a data de publicação desta Medida Provisória, consideram-se deferidos.

Parágrafo único. As representações em curso no CNAS propostas pelo Poder Executivo em face da renovação referida no caput ficam prejudicadas, inclusive em relação a períodos anteriores.

Art. 38. Fica extinto o recurso, em tramitação até a data de publicação desta Medida Provisória, relativo a pedido de renovação ou de concessão originária de Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social deferido pelo CNAS.

Art. 39. Os pedidos de renovação de Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social indeferidos pelo CNAS, que sejam objeto de pedido de reconsideração ou de recurso pendentes de julgamento até a data de publicação desta Medida Provisória, consideram-se deferidos.

vez que o prazo decadencial de cinco anos tornou boa parte dos processos de certificação inócuos,¹⁴² para fins de recuperação dos créditos tributários.

A polêmica gerada, que, inclusive, envolveu uma inédita devolução do texto da MP, pelo então Presidente do Senado,¹⁴³ culminou com a rejeição da Medida Provisória, pela Câmara dos Deputados. Esse fato criou uma situação esdrúxula, pois a rejeição, além de devolver as regras anteriormente positivadas (apontadas, indiretamente, como responsáveis pela prescrição de bilhões de reais, em créditos tributários), não prejudica peremptoriamente os efeitos gerados durante a vigência da Medida Provisória. Isso porque, diante da omissão do Congresso Nacional, o cancelamento de débitos tributários poderão se tornar definitivos, pelo não disciplinamento dessas relações jurídicas, por decreto legislativo, no prazo de 60 dias.¹⁴⁴ Noutro diapasão, mesmo que tivesse ocorrido tal disciplinamento, algo pouco crível e incomum na rotina do Congresso Nacional, seria gerado um interessante debate sobre a possibilidade de revisão das certificações, por tal ato legislativo, diante de argumentos fundamentados nas teses de direito adquirido e ato jurídico perfeito.

Por fim, deve ser ponderado que o modelo adotado para a certificação das entidades filantrópicas, pretendido pela citada Medida Provisória e mantido nas atuais discussões no Congresso, indica uma descentralização que gerará certo dirigismo estatal. Cada Ministério apresentará requisitos de certificação vinculados aos modelos de políticas públicas desenvolvidos pela pasta, o que pode significar o fim da participação da sociedade civil no processo de concessão e renovação dos certificados.¹⁴⁵

Da breve análise destes dois títulos, em relação às parcerias do Estado com o Terceiro Setor, é possível identificar um quadro de crise em tais titulações, denominado pela doutrina de “síndrome da inautenticidade”.¹⁴⁶ Essa crise fundamentou uma suspeição

¹⁴² MEIRA, Kildare Araújo. e ECHEVERRIA, João Paulo de Campos. O Contexto político e jurídico da medida provisória n. 446/08 e a relevância de sua edição. Disponível em: <<http://www.advcovac.com.br/pub15.html>> acesso em: 01 mar. 2009.

¹⁴³ Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u472066.shtml>>. acesso em 02, março de 2009.

¹⁴⁴ Vale salientar que tramita ação civil pública, movida pelo Ministério Público Federal, cujo objeto é a anulação dos efeitos da MP 446. Recentemente, no bojo desta ação, foi noticiada a concessão de medida liminar, pela Juíza Federal Isa Tânia Cantão, da 13ª Vara Federal em Brasília. Disponível em: <http://congressoemfoco.ig.com.br/noticia.asp?cod_canal=1&cod_publicacao=27749> . Acesso em 14, abril de 2009.

Diante do caráter provisório dessa decisão e da opinião, do autor, de que ela não se constitui em meio jurídico adequado para a finalidade pretendida, o que deverá gerar sua reversão, o conteúdo da liminar não será comentado.

¹⁴⁵ MEIRA, Kildare Araújo. e ECHEVERRIA, João Paulo de Campos. O Contexto político e jurídico da medida provisória n. 446/08 e a relevância de sua edição. Disponível em: <<http://www.advcovac.com.br/pub15.html>> acesso em: 01 mar. 2009.

¹⁴⁶ GUERRA, Glauco Martins. Apontamento sobre o terceiro setor no Brasil – breve análise jurídica. Fórum Administrativo. Rio de Janeiro: Editora Fórum, Vol. 23. Ano 2. Jan.2003. Págs. 1723-1746.

generalizada, não resolvida pela tentativa de imposição de critérios formais rigorosos ou pelas soluções burocráticas apresentadas. Ademais, quando excessivas, tornam-se empecilhos às parcerias com iniciativas de muitas entidades legítimas.

As lacunas legislativas no tratamento da matéria, com a prevalência de requisitos burocráticos e a incapacidade de separar as autênticas entidades do Terceiro Setor daquelas entidades da sociedade civil de interesses corporativos ou com finalidades de “favorecimento mútuo”, permitindo-nos o uso da expressão cunhada por MODESTO,¹⁴⁷ produziram um processo de proliferação de entidades inautênticas e o estímulo a processos de corrupção, de forma que o setor de filantropia passou a receber a pecha de “pilantrópia”.¹⁴⁸

O conhecido “escândalo dos anões do orçamento” é cotado como uma referência desse período. Naquela ocasião, no início dos anos noventa, congressistas brasileiros se envolveram em fraudes decorrentes da utilização indevida de recursos orçamentários e influência política, deturpando os mecanismos e critérios de registro do CNSS ou remetendo emendas parlamentares para entidades filantrópicas ligadas a familiares ou a parentes.

Sedimentou-se a compreensão de que as normas nacionais sobre o tema não permitiam uma distinção adequada das legítimas entidades da sociedade civil, passíveis de parcerias com o Estado. Inexistia diferenciação legislativa, conforme explica ROCHA,¹⁴⁹ entre as entidades de fins comunitários ou públicos, que visam a prestar serviços ou oferecer utilidades à comunidade em geral, e as entidades corporativas, que buscam proporcionar benefícios a um círculo restrito de associados, inclusive, mediante pagamento.

Essas questões trazem como pano de fundo a delimitação necessária ao conceito de Terceiro Setor, notadamente, para fins de realização de parcerias com o Poder Público.

A opção pela utilização de títulos especiais, como critérios para o credenciamento a tais parcerias, possui vantagens e desvantagens. Como aspecto positivo, pode-se indicar a utilização de critérios objetivos e não casuísticos estabelecidos para um sem número de entidades, passíveis de revogação, por desrespeito ao regramento específico. Por outro lado, como desvantagem, a opção tradicional pelos títulos não se preocupa, em princípio, com o mérito ou a qualidade da atuação da entidade, o que pode permitir certificações indevidas, com o acesso ilegítimo ao beneficiamento estatal, pelo mero cumprimento de requisitos formais.

¹⁴⁷ MODESTO, Paulo. Reforma Administrativa e Marco Legal das Organizações Sociais no Brasil. Revista de Direito Administrativo. N. 214, Págs. 55-68, out.dez., 1998. Rio de Janeiro. Ed. Renovar.

¹⁴⁸ MODESTO, Paulo. Reforma Administrativa e Marco Legal das Organizações Sociais no Brasil. Revista de Direito Administrativo. N. 214, Págs. 55-68, out.dez., 1998. Rio de Janeiro. Ed. Renovar.

¹⁴⁹ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Terceiro Setor. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 73.

Com a crise do título de utilidade pública e o forjar de uma reforma administrativa, na década de noventa, ganhou força o discurso de necessária revisão dos marcos do Terceiro Setor, com migração para um modelo gerencial. Esse movimento resultou na apresentação de propostas para uma nova concepção dessas parcerias com o Estado, já que, até então, a disciplina jurídica de outorga de títulos era pautada pelo burocratismo excessivo, pela sobreposição de certificações, pela ausência de critérios claros e transparentes para a obtenção dos reconhecimentos e pela constante influência política nos processos de qualificação e de outorga dos benefícios.¹⁵⁰

De tais propostas, foram produzidas duas Leis federais, a Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998 e a Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999. Essas normas criaram dois novos títulos para certificação de entidades da sociedade civil com atuação em serviços públicos, respectivamente, o de Organização Social (OS) e o de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP).

Tais figuras jurídicas buscaram resguardar cautelas não exigidas na titulação de utilidade pública e amenizar as dificuldades burocráticas que aprofundaram a crise da certificação de filantropia, reconstruindo a desgastada imagem dos pactos de cooperação entre o Estado e as entidades do Terceiro Setor. Esse objetivo justifica o que SANTOS¹⁵¹ chama de tratamento especial dado pelo ordenamento na eleição de parceiros para o Poder Público, na implementação de atividades de interesse coletivo.

Embora mantida a política de concessão de títulos como instrumento de escolha de parcerias do Poder Público com a sociedade civil, as duas legislações avançaram em relação a uma proposta mais gerencial para essas relações de cooperação. Estipulou-se tanto a necessidade de cumprimento de requisitos formais para o recebimento da titulação, como a necessidade de pactos de cooperação, denominados contrato de gestão, no caso das OS's, e termos de parceria, no caso das OSCIP's. Esses instrumentos trazem, em seu bojo, regras específicas relacionadas à atividade a ser desenvolvida com o incentivo estatal, mediante o estabelecimento de metas e obrigações.

Essa mudança de concepção é resultado direto do novo paradigma que se buscou implantar na Administração Pública brasileira, na passagem de uma visão organizacional burocrática e formal para um modelo gerencial.

¹⁵⁰ MÂNICA, Fernando Borges. Panorama histórico-legislativo do terceiro setor no Brasil: Do conceito de terceiro setor à Lei das OSCIP. In OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. (Organizador). Direito do terceiro setor: Atualidades e perspectivas. Curitiba: OAB, Seção do Paraná, 2006. Pág. 17-42.

¹⁵¹ SANTOS, José Anacleto Abduch. Licitação e terceiro setor. Fórum de contratação e gestão pública. Volume 58. Fórum. 2006. Págs. 7859-7870.

As Organizações Sociais foram expressamente previstas no Plano de Reforma do Estado, que apontava sua criação com a intenção de “publicização” daquilo que os reformistas chamavam de serviços públicos não-estatais. O objetivo, na verdade, era que universidades e hospitais públicos, centro de pesquisas, bibliotecas e museus estatais fossem transformados em entidades de natureza privada, recebesse qualificação de organização social e celebrassem contratos de gestão com o Poder Público.¹⁵²

A doutrina questiona a validade da expressão “publicização”, adotada pelo Plano Diretor de Reforma do Estado, já que, na verdade, a substituição da entidade pública prestadora de serviços por uma entidade privada, qualificada como Organização Social, serviria como instrumento de “privatização”. Há, nesse ponto, o perigo de utilização da certificação para fugir ao regime jurídico administrativo, retirando a ação pública de setores em que a Constituição indica a atuação direta do Estado e afastando procedimentos de resguardo como a seleção de agentes através de concurso público ou a realização de licitação.¹⁵³

Não obstante essa transmutação, a Lei nº 9.637/98 exige a permanência, no cerne da Organização Social, de representantes do Poder Público. Cite-se, como exemplo, a participação mínima de 20% na composição do Conselho de Administração, podendo chegar até a 40% de sua totalidade. Dessa exigência se infere que a Lei não só admitiu como exigiu a ingerência estatal na estrutura da entidade privada. Acrescente-se a exigência legal para que parte do Conselho seja formada por pessoas de notória capacidade profissional e reconhecida idoneidade moral, qualidades que, em tese, diminuem a possibilidade de utilização de “laranjas” na estrutura gerencial da entidade.

Vale frisar que, entre outras atribuições privativas, pelo artigo 4º da Lei nº 9.637/98, compete ao Conselho de Administração: (i) fixar o âmbito de atuação da entidade, para consecução do seu objeto; (ii) aprovar a proposta de contrato de gestão da entidade; (iii) aprovar a proposta de orçamento da entidade e o programa de investimentos; (iv) fixar a remuneração dos membros da diretoria.

Embora não seja objetivo deste trabalho aprofundar a análise das Organizações Sociais, é importante destacar que o regramento legal, mesmo possuindo disposições polêmicas acerca da qualificação e das transferências de competências como instrumento de fuga ao regime jurídico administrativo, estabelece claros instrumentos de controle estatal,

¹⁵² OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de; MÂNICA, Fernando Borges. Organizações da sociedade civil de interesse público: termo de parceria e licitação. Fórum Administrativo, n. 49, p. 5225-5237, mar. 2005.

¹⁵³ CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. Curso de Direito Administrativo. Volume I. Salvador: JusPodivm, 2008. Pág. 887.

através de ingerência pública, relacionada não apenas aos contratos de gestão, mas, pela influência direta na estrutura administrativa da entidade.

Posteriormente, com a aprovação da Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999, instituiu-se a mais recente titulação, que permite a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público.

Assim como em relação aos outros títulos, OSCIP não é uma pessoa jurídica, mas uma qualificação especial, concedida pelo Estado às entidades da sociedade civil sem fins lucrativos, que tenham por finalidade determinadas atividades sociais elencadas pela Lei.¹⁵⁴ A legislação permite que tais entidades qualificadas possam firmar termos de parceria com a Administração, para fins de prestação de serviços públicos não-estatais. Esse modelo, não previsto expressamente no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, possui nuances específicas e inovações valiosas, aproximando-se, com maior adequação, do modelo necessário ao regramento das relações de parceria entre o Terceiro Setor e o Estado. Por outro lado, ele demanda um melhor delineamento do terceiro setor, para fins das parcerias com a Administração Pública e fomento público, na realização dos serviços de interesse da coletividade.

Nesse sentido, a Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999, estabelece tanto as entidades passíveis de certificação, como indica aquelas para as quais a qualificação estaria vedada. Essa disposição tem a correta pretensão de não apenas exigir a ausência de finalidade lucrativa e delimitar as áreas de interesse, relacionadas aos serviços públicos não-estatais passíveis de parceria, como inovar, excluindo as entidades de fins corporativos ou de favorecimento mútuo. Nessas categorias, o legislador incluiu as sociedades comerciais, sindicatos, associações de classes, organizações partidárias, instituições hospitalares privadas e não gratuitas, cooperativas, escolas privadas dedicadas ao ensino formal não gratuito, entre outros.

Essa tendência caracteriza aquilo que MODESTO¹⁵⁵ chama de “especificação detalhada dos candidatos positivos”, instrumento valioso para a correta delimitação das parcerias com entidades do Terceiro Setor.

A titulação OSCIP se apresenta como o novo marco do Terceiro Setor, embora não o único, tendo estimulado a busca de entidades privadas pela respectiva titulação e produzido uma franca expansão do número de pessoas jurídicas de direito privado que buscam parceria

¹⁵⁴ De qualquer forma, o trabalho, por vezes, fará referência à expressão OSCIP's, quando se reportar às entidades assim qualificadas.

¹⁵⁵ MODESTO, Paulo. Reforma Administrativa e Marco Legal das Organizações Sociais no Brasil. Revista de Direito Administrativo. N. 214, Págs. 55-68, out.dez., 1998. Rio de Janeiro. Ed. Renovar.

com a Administração para fins de prestação dos serviços não-exclusivos. Registra-se que o Brasil, em meados de 2008, já possuía cerca de 4.681 entidades qualificadas.¹⁵⁶ No início de 2009 esse número chegou a 4.898 entidades.^{157 158}

Não obstante, existem desafios que impõem o aprofundamento no estudo sobre a regulação de tais relações de parcerias, sobretudo no que diz respeito à seleção das entidades parceiras. A ideia é, mantendo o pensamento gerencial imaginado pelos reformistas, estabelecer mecanismos de resguardo que impeçam o clientelismo e o desvio de recursos públicos para fins não admitidos no Estado Democrático de Direito.

¹⁵⁶ Dados do Ministério da Justiça. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ0FA9C8DBITEMIDE0BCB31421184407BADA442DFB11BDDCPTBRIE.htm>>. Acesso em 11, agosto de 2008 .

¹⁵⁷ Dados do Ministério da Justiça. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ59319A86PTBRIE.htm>>. Acesso em: 03, março de 2009.

¹⁵⁸ De acordo com dados do Ministério da Justiça, a Paraíba já conta com cerca de 62 entidades qualificadas como OSCIP. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ0FA9C8DBITEMIDE0BCB31421184407BADA442DFB11BDDCPTBRIE.htm>> Acesso em 11, agosto de 2008.

3. A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS E AS OSCIP'S

Na atualidade, desenvolveu-se o raciocínio de “transferência”, para o Terceiro Setor, da execução dos serviços públicos não-exclusivos do Estado.¹⁵⁹ No rastro das propostas de diminuição do Estado e de fomento das atividades de interesse coletivo pelas entidades privadas, tem crescido o montante de recursos públicos dirigidos às pessoas jurídicas que participem desse Terceiro Setor, denominado, pelos reformistas, de setor público não-estatal.

O Estado, nesse quadro, tem realizado parcerias com a iniciativa privada, para a realização de investimentos de interesse social e para a prestação de serviços de interesse público, no intuito de atender às responsabilidades sociais que lhe foram imputadas pela Constituição Federal.

Neste ponto do trabalho, será analisado o conceito de serviço público, buscando destrinchar seus elementos. A proposta é identificar se as atividades realizadas pelas entidades do Terceiro Setor podem assim ser classificadas, em sentido estrito, e quais os efeitos disso em relação à incidência do regime jurídico específico.

Uma vez caracterizadas as OSCIP's como entidades integrantes da sociedade civil, que podem formar parcerias com o Estado, o trabalho se debruçará sobre a configuração disposta pela legislação correlata, bem como sobre os contornos relacionados à prestação de serviços sociais executados por essas figuras jurídicas, que se apresentam como novo marco do Terceiro Setor.

3.1. DO CONCEITO DE SERVIÇO PÚBLICO

A definição do conceito de serviço público não é tema pacífico na doutrina, nem mesmo guarda uniformidade no direito positivo brasileiro.¹⁶⁰ Isso é compreensível, uma vez

¹⁵⁹ A nomenclatura transferência foi utilizada pelo Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado. Contudo, reitere-se, parece mais adequada a utilização do termo fomento, uma vez que os serviços não-exclusivos não são atividades privativas do Estado. Na verdade, essas atividades já são constitucionalmente livres aos particulares, o que torna desnecessária qualquer transferência pelo Estado, que, por outro lado, deve fomentar essas ações de interesse público.

¹⁶⁰FRANÇA, Vladimir da Rocha. Reflexões sobre a prestação de serviços públicos por entidades do terceiro setor. REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO, Rio de Janeiro: Renovar, n. 238, p. 345-362, Out/Dez/2004.

que, tradicionalmente, esse conceito tem relação com a atuação estatal e com os direitos fundamentais estabelecidos em uma sociedade. No entanto, é possível traçar uma definição positiva ou negativa de serviço público. De qualquer forma, o conceito pode sofrer mutações de acordo com os elementos anteriormente citados, quais sejam, a atuação estatal (posto que o Estado, em um dado momento, considera como seu dever assumir tais atividades) e o reconhecimento dos direitos fundamentais em uma sociedade (uma vez que a atividade de serviço público é instrumento de satisfação desses direitos).¹⁶¹

GROTTI afirma que cada povo, de acordo com sua realidade, estabelece o que é serviço público em seu sistema jurídico, pois a qualificação de uma atividade como serviço público remeteria ao plano da concepção estatal e seu papel.¹⁶² Por causa disso, poder-se-ia entender que a definição jurídica deve consultar, apenas, o direito positivo, o que autorizaria a pseudodefinição (circular ou intuitiva) de que serviço público é aquilo que for definido, como tal, pela Lei.

Tal atitude, contudo, não auxilia o trabalho científico de delineamento do conceito de serviço público e as nuances que envolvem essa atividade, motivo pelo qual se exige certo esforço, para sua análise, com a profundidade necessária à continuidade do tema abraçado. Nesse ponto, foram extraídos da doutrina, conceitos variados para denominar serviços públicos. Segundo MELLO:

Serviço Público é toda a atividade de oferecimento de utilidade ou de comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça às vezes, sob um regime de Direito público – portanto consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – Instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo.¹⁶³

Para SOUTO:

Considera-se serviço público a atividade cuja realização é assegurada, regulada e controlada pelo Estado em face de sua essencialidade ao desenvolvimento da sociedade, exigindo, pois, uma supremacia na sua disciplina. Para tanto, a Constituição e as leis (CF arts. 174 e 175) devem estabelecer o tamanho do Estado que a sociedade quer ter em razão de suas necessidades materiais e possibilidades financeiras. Sua prestação pode se dar pelos órgãos da Administração Direta, pela via da criação de autarquias, empresas públicas, sociedades mistas e fundações (em desuso no Estado Contemporâneo, que busca as privatizações) ou pela delegação a particulares

¹⁶¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 480.

¹⁶² GROTTI, Dinorá Adelaide Mussetti. O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 87.

¹⁶³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 632.

via concessões ou permissões (admitidas, ainda, a autorização de serviço público).¹⁶⁴

JUSTEN FILHO, lembrando que o conceito de serviço público desenvolveu-se na França, onde é utilizado para indicar, em geral, todas as atividades estatais, conceitua este serviço de maneira inequívoca:

Serviço público é uma atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, destinada a pessoas indeterminadas e executada sob regime de Direito Público.¹⁶⁵

MODESTO¹⁶⁶ aprofunda a questão, explicando que se costuma identificar, a partir da Constituição Federal, dois conceitos para o serviço público: o conceito orgânico, relacionado ao aparato administrativo do Estado,¹⁶⁷ e o conceito objetivo, relacionado à atividade técnica de natureza pública.¹⁶⁸ Isoladamente, tais elementos seriam insuficientes para delimitar o conceito de serviço público, notadamente o aspecto orgânico, pela proximidade que o leva ao conceito de qualquer prestação pública.

Se, outrora, essa similitude era possível, diante das poucas prestações administrativas realizadas pelo Estado Liberal, nas últimas décadas, com a ampliação proveniente do Estado Social, parece insuficiente identificar como serviço público as atividades realizadas pelo aparato estatal. No passado liberal, era fácil a visualização da dicotomia interesse público-serviço público/interesse privado-atividade de exploração econômica, segundo a qual a Administração Pública monopoliza as atividades de prestação de serviços de natureza pública e os particulares titularizam as atividades econômicas em sentido estrito, gerando aquilo denominado, pela doutrina, de “modelo de soma zero”.¹⁶⁹ No entanto, a nova realidade traz dificuldades a essa compreensão. É possível identificar a atuação estatal em atividades econômicas em sentido estrito e a atuação de particulares na prestação de serviços que

¹⁶⁴ SOUTO, Marcos Juruena Vilela. *Direito administrativo das concessões*. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p. 9.

¹⁶⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 478.

¹⁶⁶ MODESTO, Paulo. *Reforma do Estado, Formas de Prestação de Serviços ao Público e Parcerias Público-Privadas: Demarcando as fronteiras dos conceitos de serviço público, serviços de relevância pública e serviços de exploração econômica para as parcerias público-privadas*. In: OSÓRIO, Fábio Medina; VILLELA, Marcos Juruena. (Org.). *Direito Administrativo: Estudos em Homenagem a Diogo Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 1.009-1.051 (1.016).

¹⁶⁷ O autor cita, como exemplos, o inciso XIII do artigo 37 e o §7º do artigo 39, ambos da Constituição Federal.

¹⁶⁸ O autor cita, como exemplos, o inciso XIV do artigo 21 e o §6º do artigo 37, ambos da Constituição Federal.

¹⁶⁹ MODESTO, Paulo. *Reforma do Estado, Formas de Prestação de Serviços ao Público e Parcerias Público-Privadas: Demarcando as fronteiras dos conceitos de serviço público, serviços de relevância pública e serviços de exploração econômica para as parcerias público-privadas*. In: OSÓRIO, Fábio Medina; VILLELA, Marcos Juruena. (Org.). *Direito Administrativo: Estudos em Homenagem a Diogo Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 1.009-1.051.

resguardam, como no conceito objetivo, a característica de atividade técnica de natureza pública.

Parecendo relegar o aspecto orgânico, MELLO conclui que a noção de serviço público há de se compor necessariamente de dois elementos: (a) o material, “consistente na prestação de utilidade ou comodidade fruível singularmente pelos administrados”, e (b) o formal, consistente em um específico regime de direito público.¹⁷⁰

Sob o enfoque material, a indicação do serviço público como prestação de utilidade ou comodidade auxilia na diferenciação entre o serviço público e as demais prestações administrativas, como o poder de polícia e a obra pública.¹⁷¹ Com relação à escolha das prestações que poderão se revestir da condição de serviços públicos, importante destacar que a nossa Constituição Federal já indica alguns serviços como da alçada do Poder Público.¹⁷² Não obstante, a enumeração feita pela Carta Magna não é exaustiva, permitindo-se que os entes federais possam criar outros serviços públicos, de modo a considerar que:

É realmente o Estado, por meio do Poder Legislativo, que erige ou não em serviço público tal ou qual atividade, desde que respeite os limites constitucionais. Afora os serviços públicos mencionados na carta constitucional, outros podem ser assim qualificados, contanto que não sejam ultrapassadas as fronteiras constituídas pelas normas relativas à ordem econômica, as quais são garantidoras da livre iniciativa.¹⁷³

Como pondera GROTTI, a caracterização de uma dada atividade como serviço público remete ao plano da escolha política, que pode estar fixada na Constituição do país, na lei, na jurisprudência e nos costumes vigentes em um dado momento.¹⁷⁴ Dessa assertiva, pode-se concluir que não há um serviço público por natureza. A qualificação de atividades de interesse da coletividade, como serviço público, é fruto do processo dialético que refletirá no atendimento político de aspirações sociais de atuação estatal.

Com relação ao elemento formal, observa-se que esse serviço se submete a um regime de Direito público, o regime jurídico administrativo, que impõe a incidência de regras

¹⁷⁰ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de direito administrativo, 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 635.

¹⁷¹ FRANÇA, Vladimir da Rocha. Reflexões sobre a prestação de serviços públicos por entidades do terceiro setor. REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO, Rio de Janeiro: Renovar, n. 238, p. 345-362, Out/Dez/2004.

¹⁷² Citem-se, como exemplos: serviço postal e correio aéreo nacional (art. 21, X); radiodifusão sonora (art. 21, XII, “a”); transporte interestadual e internacional de passageiros (art. 21, XII, “e”), entre outros.

¹⁷³ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de direito administrativo, 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 646/652.

¹⁷⁴ GROTTI, Dinorá Adelaide Mussetti. Teoria dos serviços públicos e sua transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari. Direito administrativo econômico. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 45.

e princípios comuns à atividade administrativa.¹⁷⁵ FRANÇA explica que o regime jurídico do serviço público é aquele informado pelas normas que ficam na órbita dos princípios da prevalência do interesse público sobre o interesse privado e da indisponibilidade do interesse público pela Administração.¹⁷⁶ A submissão ao regime jurídico de direito público pode ser de forma total ou parcial,¹⁷⁷ o que permite a aplicação de prerrogativas especiais da Administração, bem como a incidência de ônus relacionados à atividade administrativa.

A função da incidência do regime jurídico de direito público é a de conferir instrumentos de garantia da efetividade desses serviços, permitindo-lhe os meios jurídicos para resguardar os interesses sociais que se pretendem atendidos. Para MELLO:

Por meio de tal regime o que se intenta é instrumentar quem tenha a seu cargo garantir-lhes a prestação com os meios jurídicos necessários para assegurar a boa satisfação dos interesses públicos encarnados no serviço público. Pretende-se proteger do modo mais eficiente possível as conveniências da coletividade e, igualmente, defender a boa prestação do serviço não apenas (a) em relação a terceiros que pudessem obstá-la; mas também - e com o mesmo empenho - (b) em relação ao próprio Estado e (c) ao sujeito que as esteja desempenhando (concessionário ou permissionário). Com efeito, ao erigir-se algo em serviço público, bem relevantíssimo da coletividade, quer-se também impedir, de um lado, que terceiros os obstaculem e, de outro, que o titular deles, ou quem haja sido credenciado a prestá-los, procedam por ação ou omissão, de modo abusivo, quer por desprezar direitos dos administrados em geral, quer por sacrificar direitos ou conveniências dos usuários do serviço.¹⁷⁸

Da assertiva, cabe ressaltar que a incidência do regime jurídico de direito público tem como função o resguardo da eficácia no atendimento dessas necessidades coletivas, aplicadas pela prestação dos serviços públicos. Isso justifica a atuação do legislador, ao permitir sua incidência em algumas situações, mesmo quando ocorre a prestação de serviços de interesse público por entidades particulares.

¹⁷⁵ Celso Antonio Bandeira de Mello indica os seguintes princípios do serviço público: princípio do dever inescusável de promover-lhe a prestação, princípio da supremacia do interesse público, princípio da adaptabilidade, princípio da universalidade, princípio da impessoalidade, princípio da continuidade, princípio da transparência, princípio da motivação, princípio da modicidade das tarifas, princípio do controle (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de direito administrativo, 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 646/652..

¹⁷⁶ FRANÇA, Vladimir da Rocha. Reflexões sobre a prestação de serviços públicos por entidades do terceiro setor. REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO, Rio de Janeiro: Renovar, n. 238, p. 345-362, Out/Dez/2004.

¹⁷⁷ MODESTO, Paulo. Reforma do Estado, Formas de Prestação de Serviços ao Público e Parcerias Público-Privadas: Demarcando as fronteiras dos conceitos de serviço público, serviços de relevância pública e serviços de exploração econômica para as parcerias público-privadas. In: OSÓRIO, Fábio Medina; VILLELA, Marcos Juruena. (Org.). Direito Administrativo: Estudos em Homenagem a Diogo Figueiredo Moreira Neto. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 1.009-1.051.

¹⁷⁸ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de direito administrativo, 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 633.

Nesse ponto, relevante tratar também sobre a titularidade do serviço público. FRANÇA,¹⁷⁹ adicionando um elemento à construção de Celso Antonio B. de Mello, defende que o conceito de serviço público exige, ainda, a composição do elemento subjetivo.¹⁸⁰ Sob este enfoque, deve-se observar que a titularidade desses serviços pertence ao Poder Público. Tal conclusão guarda consonância com o ordenamento constitucional, uma vez que o artigo 175 da Carta Magna estabelece, expressamente, que “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”. A natureza da atividade de serviço público e a indisponibilidade dos interesses envolvidos acarretam a atribuição da titularidade do serviço público ao Estado.¹⁸¹

Para MODESTO, esse conceito exige a assunção pelo Estado da titularidade exclusiva de determinada atividade ou prestação (*publicatio*), mediante determinação legal ou constitucional.¹⁸² A *Publicatio*, enquanto qualificação de um serviço como público, que o submete a um regime de Direito Público e atribui sua titularidade ao Estado, é traço característico da concepção francesa, profundamente arraigada no Brasil. Não se identifica a *publicatio* para os serviços de interesse geral, nos países anglo-saxões, inseridos no sistema de *common Law*, embora estes se subordinem a obrigações específicas.¹⁸³

Importante observar que a titularidade do serviço (*publicatio*) se diferencia da titularidade de sua prestação. Nosso ordenamento permite que alguns serviços públicos sejam realizados pelo particular (por delegação), que será, então, titular da prestação, mas não do serviço público em si, já que esta titularidade é um dos elementos que diferenciam tal atividade, por exemplo, de atividades outras, como os “serviços de relevância pública”.¹⁸⁴

¹⁷⁹ FRANÇA, Vladimir da Rocha. Reflexões sobre a prestação de serviços públicos por entidades do terceiro setor. REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO, Rio de Janeiro: Renovar, n. 238, p. 345-362, Out/Dez/2004.

¹⁸⁰ O autor, ampliando os dois elementos indicados por Bandeira de Mello, defende que o conceito de serviço público deve ser construído a partir de três elementos: (i) o elemento subjetivo; (ii) o elemento material; e, (iii) o elemento formal.

¹⁸¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 478.

¹⁸² MODESTO. Paulo. Reforma do Estado, Formas de Prestação de Serviços ao Público e Parcerias Público-Privadas: Demarcando as fronteiras dos conceitos de serviço público, serviços de relevância pública e serviços de exploração econômica para as parcerias público-privadas. In: OSÓRIO, Fábio Medina; VILLELA, Marcos Juruena. (Org.). Direito Administrativo: Estudos em Homenagem a Diogo Figueiredo Moreira Neto. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 1.009-1.051.

¹⁸³ MODESTO. Paulo. Reforma do Estado, Formas de Prestação de Serviços ao Público e Parcerias Público-Privadas: Demarcando as fronteiras dos conceitos de serviço público, serviços de relevância pública e serviços de exploração econômica para as parcerias público-privadas. In: OSÓRIO, Fábio Medina; VILLELA, Marcos Juruena. (Org.). Direito Administrativo: Estudos em Homenagem a Diogo Figueiredo Moreira Neto. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 1.009-1.051 (1.021/1.022).

¹⁸⁴ Conforme lição de Paulo Modesto. “serviços de relevância pública seriam as atividades consideradas essenciais ou prioritárias à comunidade, não titularizadas pelo Estado, cuja regularidade, acessibilidade e disciplina transcendem necessariamente à dimensão individual, obrigando o Poder Público a controlá-las,

Essa diferenciação é fundamental, pois indica que a qualificação de serviço público provém não apenas da prestação, mas, também, de sua titularidade pelo Estado, mesmo que a titularidade da prestação seja outorgada a um particular. Entendendo-o como aquele titularizado pelo Estado, que pode delegá-lo a um particular ou prestá-lo diretamente, conclui-se que, fora dessas hipóteses, prestações de caráter técnico semelhante, realizadas a despeito de qualquer delegação, não poderão ser caracterizadas como serviço público, ao menos, não em seu sentido estrito. Assim, se determinada prestação, de titularidade exclusiva do Estado (como o transporte rodoviário interestadual ou o serviço postal), é prestada por particular, sem a necessária delegação estatal, ela, por melhor que seja prestada, mesmo que atenda aos interesses da coletividade, não poderá ser caracterizada como serviço público, para fins da incidência do regime jurídico específico.

Noutro prumo, quando prestado por particular, por regular delegação, esse serviço titularizado pelo Estado cinge-se da *publicatio*, exigindo a incidência do regime jurídico administrativo, com todas as prerrogativas e ônus que lhe são peculiares. Essa concepção parece adequada ao molde estabelecido pelo artigo 175. O dispositivo restringe o conceito de serviço público, ao estabelecer que ele, apenas, será executado diretamente ou por delegação, sobre o regime de concessão e permissão.

3.2. SERVIÇOS EXCLUSIVOS E SERVIÇOS NÃO EXCLUSIVOS

É importante diferenciar os serviços públicos propriamente ditos, atribuídos exclusivamente ao Estado, daqueles de interesse da coletividade, para os quais nosso ordenamento permite a titularidade, tanto pelo Poder Público como pelo setor privado. São exemplos claros, previstos no texto constitucional, as prestações de saúde, de assistência social, de previdência social e de educação. Para tais serviços, embora tenha exaltado o dever de atuação do Estado, o constituinte permitiu, expressamente, a atuação do setor privado, independentemente de delegação pública. Nesses casos, não há titularidade exclusiva pelo

fiscalizá-las e incentivá-las de modo particularmente intenso". MODESTO. Paulo. Reforma do Estado, Formas de Prestação de Serviços ao Público e Parcerias Público-Privadas: Demarcando as fronteiras dos conceitos de serviço público, serviços de relevância pública e serviços de exploração econômica para as parcerias público-privadas. In: OSÓRIO, Fábio Medina; VILLELA, Marcos Juruena. (Org.). Direito Administrativo: Estudos em Homenagem a Diogo Figueiredo Moreira Neto. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 1.009-1.051 (1.027).

Poder Público. Inexistindo tal exclusividade, a prestação dessas atividades prescinde de qualquer outorga estatal.

Nas situações em que houver titularidade do Estado, ter-se-á uma prestação de serviço público. Caso a titularidade não seja estatal, a prestação não se qualificará como tal, embora o relevante interesse público envolvido permita a atuação estatal reguladora. Essa parecer ser a conclusão de MELLO:

...cumpre distinguir, de um lado, os serviços públicos privativos do Estado – que são os referidos no art. 21, XI e XII, bem como quaisquer outros cujo exercício suponha necessariamente a prática de atos de império, os quais devem ser prestados pela União, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão – e, de outro lado, os serviços públicos não-privativos do Estado.

Nesta última categoria ingressam os serviços que o Estado deve desempenhar, imprimindo-lhes regime de Direito Público, sem, entretanto, proscrever a livre iniciativa do ramo de atividades em que se inserem.

Aos particulares é lícito desempenhá-los, independentemente de concessão.¹⁸⁵

Não obstante essa diferenciação, é corrente a classificação, como serviços públicos, das prestações que também podem ser realizadas pelos particulares, independentemente da delegação do Poder Público. Nesse sentido, levando em conta sua titularidade, classificam-se os serviços públicos em exclusivos do Estado e não-exclusivos do Estado.¹⁸⁶ Celso Antonio Bandeira de Mello prefere classificar estes últimos como serviços públicos não privativos do Estado, justificando que, embora os particulares também possam atuar como titulares da atividade, eles se submetem parcialmente a regras públicas, como a fiscalização do Poder de Polícia.¹⁸⁷ Já DI PIETRO usa a denominação serviços públicos próprios e serviços públicos impróprios,¹⁸⁸ sendo, estes últimos, realizados pelo particular, mediante incentivo estatal.

O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado¹⁸⁹ dedicou especial atenção aos serviços não-exclusivos, traçando objetivos, tais como: a transferência destes, para o setor público não-estatal; concepção de uma maior autonomia e maior responsabilidade para os seus dirigentes; lograr um controle social direto, por parte da sociedade; e aumentar sua

¹⁸⁵ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de direito administrativo, 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 648.

¹⁸⁶ FRANÇA. Wladimir da Rocha, Reflexões sobre a prestação de serviços públicos por entidades do terceiro setor. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Nº 06. 2006. p. 3.

¹⁸⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de direito administrativo, 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 648.

¹⁸⁸ DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella, Parcerias na administração Pública: Concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. São Paulo: Atlas. 2005. p. 249.

¹⁸⁹ BRASIL, Presidente. PLANO DIRETOR DA REFORMA DO APARELHO DO ESTADO: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado, Ministério da Administração e Reforma do Estado, 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/publi_04/COLECAO/PLANDI.HTM>. Acesso em: 08/08/08, às 17:04:45.

eficiência e qualidade. Deve-se atentar que o plano diferenciou o “público” do “estatal”, de forma que os serviços públicos, para os reformistas, passaram a abranger uma conotação maior do que tradicionalmente se imaginava.

Segundo BRESSER-PEREIRA, não apenas o Estado deve ser público, mas também as organizações públicas não-estatais, despidas de fins lucrativos.¹⁹⁰ Essa foi a posição adotada pela Reforma, que, diante desse raciocínio amplo do que seja público, buscou *publicizar* determinadas áreas de atuação, tradicionalmente estatais.¹⁹¹

FRANÇA, embora utilize a classificação de serviços públicos exclusivos do Estado e de serviços públicos não-exclusivos do Estado, destaca que, dentro destes últimos, o texto constitucional apresenta atividades, denominadas por ele de serviços públicos sociais, que se destinam justamente à concretização do elenco de direitos sociais.¹⁹² Identificam-se, na Constituição Federal, os seguintes serviços públicos sociais: (i) moradia e habitação popular (art. 23, IX); (ii) a seguridade social que abrange a saúde, a previdência social e a assistência social (arts. 194 a 204, e 226 a 230); (iii) educação (arts. 205 a 214); (iv) cultura (arts. 215 a 216); (v) desporto (art. 217); (vi) pesquisa científica e capacitação tecnológica. (arts. 218 a 219). Para o autor, o princípio da subsidiariedade se apresenta como fundamental nesses serviços sociais, motivo pelo qual o Estado deve se abster de prestá-los diretamente, quando os mesmos puderem ser fornecidos satisfatoriamente pelos particulares sob regime de fomento.¹⁹³

JUSTEN FILHO observa que essa classificação tem relação com a natureza da necessidade a ser satisfeita. Sob tal prisma, os serviços públicos podem ser classificados em sociais, comerciais e industriais e culturais. Os sociais são aqueles que satisfazem necessidades de cunho social ou assistencial, tal como educação, a assistência, a seguridade. Os comerciais e industriais são aqueles que envolvem o oferecimento de utilidades materiais necessárias à sobrevivência digna do indivíduo, tal como a água tratada, a energia elétrica, as telecomunicações. Por último, os culturais são aqueles que satisfazem as necessidades

¹⁹⁰ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Estratégia e estrutura para um novo Estado. Revista de Economia Política. vol. 17, nº 3 (67), julho-setembro/997. p. 28.

¹⁹¹ A publicização consistiria na transferência, para o “setor público não-estatal”, daquelas prestações que não envolvam o exercício do poder de estado (serviços não-exclusivos), como os serviços de educação, saúde e cultura.

¹⁹² FRANÇA. Wladimir da Rocha, Reflexões sobre a prestação de serviços públicos por entidades do terceiro setor. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Nº 06. 2006. p.10.

¹⁹³ FRANÇA. Wladimir da Rocha, Reflexões sobre a prestação de serviços públicos por entidades do terceiro setor. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Nº 06. 2006. p.10.

culturais, envolvendo o desenvolvimento da capacidade artística e o próprio lazer, tais como museus, cinema, teatro.¹⁹⁴

Sem desprezar o caráter didático dessas classificações, parece mais correto identificar como serviços públicos, em sentido estrito, apenas, aqueles com titularidade estatal, mesmo que a prestação seja feita por entidades privadas.

Em síntese, dentro desse leque de atividades não-exclusivas, quando elas forem desempenhadas pelo Estado, diretamente ou por particulares delegados, teremos serviços públicos, conquanto, quando titularizadas e desempenhadas por entidades privadas, como as instituições da sociedade civil, haverá a prestação de atividades “equivalentes ao serviço público”,¹⁹⁵ podendo sujeitar-se a regime jurídico similar ou à regulação estatal, em virtude dos interesses fundamentais envolvidos.

É por esse motivo que se prefere a denominação serviços sociais para as atividades não exclusivas previstas na Constituição, que se destinam à concretização dos direitos sociais. Esses serviços sociais podem se revestir da condição de públicos, em sentido estrito, de acordo com a titularidade (conceito subjetivo), além da verificação do conceito objetivo e orgânico já tratado.¹⁹⁶ Esse entendimento não prejudica a importância das prestações de interesse da coletividade prestadas pelas entidades privadas, nem mesmo retira a necessidade de que o Estado, quando não titular exclusivo, atue, promovendo a prestação dessas atividades, mesmo que indiretamente, através de fomento.

Tal concepção também serve para diferenciar o serviço público da atividade de fomento, permitindo um estudo mais adequado sobre essa atuação da Administração. DE POZAS distingue a atividade administrativa em polícia, serviço público e fomento, definindo a atividade de fomento como:

*acción de La Administración encaminada a proteger o promover aquellas actividades, establecimientos y riquezas debidas a los particulares y que satisfacen necesidades públicas que se estiman de utilidad general, sin usar de La coacción ni crear servicios públicos.*¹⁹⁷

¹⁹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 499.

¹⁹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 488.

¹⁹⁶ Não obstante, essas prestações guardam a características de públicas, sobre o prisma de que atendem ao interesse público.

¹⁹⁷ POZAS, Luiz Jordana de. Ensayo de una teoría del fomento en el derecho administrativo. *Revista de estudios políticos*, Madrid, v. 54, pp. 41-54, nov./dez, 1949. p. 44. *Apud* ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Terceiro Setor. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006. Pág. 24.

Tecnicamente, essa compreensão é mais compatível com a concepção de fomento, vista anteriormente, ou seja, como uma atividade administrativa que, sem ser serviço público, dispõe-se a, de forma indireta e mediata, promover a satisfação de necessidades coletivas e o alcance de fins do Estado, mediante a participação voluntária de membros da sociedade. Esses agentes, estimulados pela Administração, desenvolvem atividades de interesse coletivo, por diversos meios.

Pensando assim, evita-se a imposição de incidência integral do regime jurídico administrativo para a prestação de serviços sociais por entidades do Terceiro Setor. Os ônus decorrentes desse regime podem gerar, para as entidades, empecilhos à eficiente prestação de suas atividades. Por outro lado, as prerrogativas podem gerar situações temerárias, uma vez que a livre iniciativa para a prestação desses serviços não restringe a qualidade das pessoas jurídicas envolvidas nem os interesses que as motivam. Tal conjuntura não obstaculiza a atuação reguladora do Estado, em função dos interesses fundamentais envolvidos, tampouco deixa de autorizar a incidência do regime jurídico naquelas situações em que o Estado, mesmo não delegando a realização da prestação (já que não possui a titularidade exclusiva), atua como parceiro na realização daqueles serviços de interesse público.

Nas parcerias realizadas para o exercício dessas atividades de interesse público, denominados de serviços sociais ou, conforme os reformistas, serviços não-exclusivos, encontram-se, em um lado, o Estado e, no outro, o Terceiro Setor. No processo de reforma administrativa, diante dos problemas vivenciados com a crise de titulação, buscou-se um modelo ideal de parceria para essas prestações. Tal modelo vem sendo moldado, através do Estado, com a indicação do tipo de entidades da sociedade civil que seriam aptas a realizar esses pactos de colaboração, ensejando o fomento estatal, através da transferência de recursos orçamentários para a realização dessas atividades de interesse público.

As entidades que detém a certificação como OSCIP vêm se apresentando como parceiras privilegiadas nessa relação com o Poder Público. Nos últimos anos, tem se registrado um elevado montante de recursos públicos transferidos para entidades privadas sem fins lucrativos. Para se ter uma ideia, segundo dados do SIAFI, o montante de recursos orçamentários destinados, em 2008, para esse tipo de entidade, chegou ao patamar de R\$ 3.851.298.475 (três bilhões, oitocentos e cinquenta e um milhões, duzentos e noventa e oito mil e quatrocentos e setenta e cinco reais).¹⁹⁸ Entre 1999 e 2009, o número de entidades

¹⁹⁸ Extraídos do *site* da Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/orcamentobrasil/fiscalize/outrasconsultas/execucao>>. Acesso em 02, março de 2009.

qualificadas como OSCIP aumentou muito no Brasil. Se, até 2001, registravam-se 807 pedidos de qualificação deferidos,¹⁹⁹ no início de 2009, já são registradas 4.898 entidades qualificadas como OSCIP.²⁰⁰

Isso demonstra um aumento que indica a ampliação da busca das entidades da sociedade civil por parcerias, para a realização das prestações de interesse da coletividade. No entanto, esse crescimento exponencial tem também o seu aspecto negativo. Notícias de desvio de recursos públicos e de utilização de entidades para fins ilícitos e espúrios repercutem negativamente, pela conotação estigmatizante que trazem para tal segmento da sociedade civil, gerando dúvidas sobre a eficácia dos instrumentos jurídicos apresentados para regramento das parcerias entre o Poder Público e o Terceiro Setor.

É preciso evitar que tais relações sejam eivadas dos mesmos vícios de paternalismo e corrupção outrora identificados. É este o grande desafio verificado na atualidade e tratado neste trabalho. A proposta é apontar instrumentos de controle para a seleção das organizações parceiras, sem conspurcar a natureza dessas entidades privadas e das relações de parcerias imaginadas pela reforma administrativa, em relação às OSCIP's. Para tanto, é preciso analisar a estrutura jurídica desses entes, apresentados como um novo paradigma do Terceiro Setor no Brasil.

3.3. AS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO

Em nosso ordenamento havia uma profusão de normas que tratavam sobre entidades da sociedade civil e sua prestação de serviços de interesse da coletividade. Contudo, o conjunto dessas normas não resguardava o rigor técnico necessário à concatenação de um conceito que melhor definisse as entidades privadas, para fins de possíveis parcerias com o Poder Público, aproximando-as daquilo que se entende como Terceiro Setor. Até a reforma administrativa, a disciplina jurídica da outorga de títulos e certificados, como requisitos para obtenção de incentivos públicos, era pautada pelo burocratismo excessivo, pela sobreposição

Deve-se observar que, em regra, por conta de falhas na formalização de parcerias ou pelo contingenciamento orçamentário, os valores empenhados e pagos costumam ser bem menores do que os recursos orçamentários aprovados. Como exemplo, cite-se que a proporção percentual dos valores pagos, em relação ao crédito autorizado, chegou a, apenas, 48,06%.

¹⁹⁹ALVES, Mário Aquino. Uma boa festa, mas ninguém apareceu: resistência à nova qualificação legal do Terceiro Setor brasileiro Disponível em <<http://integracao.fgvsp.br/ano6/01/administrando.htm>> acesso em: 04, março de 2009.

²⁰⁰Dados do Ministério da Justiça. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ59319A86PTBRIE.htm>>. Acesso em: 03, março de 2009.

de certificações, pela ausência de critérios claros para a obtenção dos reconhecimentos e pela constante influência política nos processos de qualificação e de outorga dos benefícios.²⁰¹

Na seqüência da publicação da Lei n° 9.637/98 (Lei das Organizações Sociais), foi aprovada a Lei n.º 9.790/1999, que estabeleceu uma nova modalidade de qualificação outorgada pelo Poder Público, para as entidades privadas sem fins lucrativos, denominada Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPI).

Deve-se perceber que as discussões que precederam a concepção da nova titulação tinham como objetivo corrigir os problemas identificados na profusão de normas existentes, que não permitiam uma definição adequada das entidades do Terceiro Setor. Essa questão também foi amplamente debatida na União Européia. Pelas dificuldades geradas, diante da pluralidade de legislações nacionais, no ambiente europeu, buscou-se traçar um novo regramento para esse setor.²⁰² Merecem referência os trabalhos desenvolvidos, em 2003, pelo Centro de Fundações Europeu (European Foundations Center – EFC), visando traçar os elementos essenciais de uma nova legislação da União Européia para as Fundações, principais entidades do Terceiro Setor europeu. Destaca-se a publicação *Foundations for Europe: rethinking our legal and fiscal environments*,²⁰³ que contém dois documentos denominados *Fundamental Legal and Fiscal Principles for Public Benefit Foundations*²⁰⁴ e *Model Law for Public Benefit Foundations in Europe*.²⁰⁵

No primeiro documento, identifica-se a preocupação com as regras para a criação dessas entidades, suas definições funcionais básicas, seu registro, sua personalidade jurídica, sua estrutura de gestão e de governança, os propósitos de proveito público e a noção de “público”, além da necessidade de transparência e supervisão, entre outros.

No segundo texto, que traz propostas legislativas de um modelo legal para as fundações de utilidade pública européias, pode-se verificar que, além da preocupação com o tratamento tributário reservado às fundações e seus doadores,²⁰⁶ há uma evidente inquietação em relação ao marco legal das entidades.

²⁰¹ MÂNICA, Fernando Borges. Panorama histórico-legislativo do terceiro setor no Brasil: Do conceito de terceiro setor à Lei das OSCIP. In OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. (Organizador). Direito do terceiro setor: Atualidades e perspectivas. Curitiba: OAB, Seção do Paraná, 2006. Pág. 35.

²⁰² DIAS, Maria Tereza Fonseca. Terceiro setor e Estado: legitimidade e regulação: por um novo marco jurídico. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 163.

²⁰³ Disponível em: <<http://www.efc.be/publications/rethinkingabstract.html>>, acesso em 12, dezembro de 2008.

²⁰⁴ Princípios Legais e Fiscais Fundamentais para as Fundações de Utilidade Pública (tradução livre do inglês).

²⁰⁵ Modelo Legal para as Fundações de Utilidade Pública na Europa (tradução livre do inglês).

²⁰⁶ Constante na 2ª parte do trabalho. Deve-se lembrar que na União Européia, na maioria dos casos, os benefícios dessas entidades se concentram em um tratamento tributário diferenciado para as entidades beneficentes e para seus doadores.

Em razão disso, a primeira parte do trabalho, em seus 15 artigos, traz diretrizes sobre: definição precisa de uma fundação de utilidade pública; definição das atividades consideradas como de proveito público (utilidade pública); personalidade jurídica e capacidade jurídica dessas entidades; formação e registro das entidades; regras mínimas para o estatuto das entidades; responsabilidades do conselho de gestão, da fundação e de seus membros; regras de transparência e accountability; supervisão pelo órgão de registro; dissolução e mudança de finalidade, entre outros.

Essa mesma inquietação parece ter norteado, no Brasil, as discussões anteriores sobre o novo título (OSCIP). Isso pode ser identificado nas regras e disposições legais constantes na Lei nº 9.790/99 e no seu regulamento, o Decreto nº 3.100/99, que desenham novo marco legal para as entidades do Terceiro Setor, com delineamento que possui certa identidade com o tratado posteriormente pelos trabalhos estrangeiros.

Para a conclusão do capítulo, serão esmiuçados os elementos legais dispostos pela referida lei e seu regulamento. O detalhamento prescindirá de um maior aprofundamento crítico acerca do balizamento legal para o funcionamento das entidades, servindo ao propósito de registrar os elementos legais que demarcam seu funcionamento, como conhecimento técnico que deve anteceder a principal discussão desse trabalho, que envolve a necessidade ou não de licitação para a seleção das OSCIP's parceiras.

3.3.1. DEFINIÇÃO LEGAL DE UM NOVO MARCO LEGAL DO TERCEIRO SETOR PARCEIRO

A legislação criou o título OSCIP, qualificação que “surgiu com o objetivo de transpor uma barreira: a inadequação da legislação disciplinadora das entidades do Terceiro Setor, em especial no que se refere às suas relações com o Poder Público”.²⁰⁷ PAES explica que as discussões relacionadas ao projeto da Lei nº 9.790/99 foram influenciadas pela tentativa de impedir que as entidades da sociedade civil, caracterizadas pela autonomia e

²⁰⁷ MÂNICA, Fernando Borges. Panorama histórico-legislativo do terceiro setor no Brasil: Do conceito de terceiro setor à Lei das OSCIP. In OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. (Organizador). Direito do terceiro setor: Atualidades e perspectivas. Curitiba: OAB, Seção do Paraná, 2006. Pág. 17-42.

independência em frente ao setor público, fossem cooptadas, em razão de relações com o Poder Público ou organismos do Estado.²⁰⁸

Com a aprovação da Lei n.º 9.790, de 23 de março de 1999, aponta-se a delimitação de elementos caracterizadores que identificam um novo marco para o Terceiro Setor. As nuances trazidas na legislação permitiram inovações idealizadoras de um correto avanço na caracterização das entidades privadas qualificadas e nas relações de parcerias realizadas. A intenção, conforme explica CARVALHO, foi a de “viabilizar a cooperação pública às iniciativas particulares que satisfazem demandas sociais, sem qualquer renúncia ao dever estatal de prestar serviço público”.²⁰⁹

É importante reiterar que a Lei, na verdade, impôs regras para a qualificação de entidades privadas. Assim, OSCIP não é uma nova categoria de pessoa jurídica de Direito privado, que deveria constar no rol descrito pelo artigo 44 do Código Civil brasileiro. É, na verdade, uma qualificação que, concedida a determinadas pessoas jurídicas, permite a habilitação para que sejam celebrados pactos de cooperação, denominados termos de parceria, para o fomento e a execução de atividades de interesse público previstas no artigo 3º da Lei nº 9.790/99.

Cumprindo observar que a Lei nº 9.790/99 é uma Lei Federal, que trata sobre matéria não incluída no rol das competências legislativas privativas da União, previsto no artigo 22 da Constituição Federal. Nesse sentido, o regramento não vincula, necessariamente, Estados e Municípios. Não obstante, embora inexista a obrigatoriedade de aplicação da referida lei, têm-se entendido que não há impedimento para que Estados e Municípios firmem ajustes com as OSCIP's qualificadas pela União.²¹⁰

Em relação à Lei federal, o *caput* do artigo 1º já pressupõe que a qualificação é adstrita às pessoas jurídicas de Direito privado, sem fins lucrativos. A condição de pessoa jurídica de Direito privado exclui a possibilidade de qualificação de entes estatais de Direito público. Noutro prisma, o impedimento às finalidades lucrativas exclui as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as demais organizações pertencentes ao mercado.

No § 1º, do citado artigo, foi definido o que caracteriza uma entidade sem fins lucrativos. Para os efeitos da Lei, sem fins lucrativos é a pessoa jurídica de Direito privado que não distribui, entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados ou

²⁰⁸ PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações e Entidades de Interesse Social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários*. 2ª ed. Brasília: Brasilia Jurídica, 2000. p. 84.

²⁰⁹ CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de Direito Administrativo*. Volume I. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 915.

²¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Parcerias da Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 6.ed., São Paulo: Atlas, 2008, 276.

doadores, eventuais excedentes operacionais, brutos, líquidos, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades. Mais ainda, o dispositivo especifica que, existindo tais excedentes, estes devem ser aplicados, integralmente, na consecução do respectivo objeto social. A definição, além de gerar uma separação entre as entidades que podem se qualificar como OSCIP, em relação ao Mercado e ao Estado, apresenta uma vinculação entre os objetivos sociais da entidade e os seus recursos financeiros. Com esse regramento, a norma buscou resguardar alguns elementos mínimos relacionados aos entes da sociedade civil.

A Lei também vincula os objetivos sociais a determinadas finalidades (art. 3º), estabelecendo que a qualificação somente será conferida a essas pessoas jurídicas de Direito privado, sem fins lucrativos, quando seus objetivos sociais tenham, pelo menos, uma das finalidades ali arroladas, como promoção da assistência social, cultura, educação e saúde gratuita, entre outros.

O Decreto federal nº 3.100/99, ao regulamentar a lei, definiu como promoção de assistência social o desenvolvimento das atividades previstas no art. 3º da Lei Orgânica da Assistência Social. Por outro lado, tratou como promoção gratuita da saúde e educação, a prestação desses serviços, realizada pela entidade, mediante financiamento com seus próprios recursos, não aceitando, como tais, os recursos gerados pela cobrança de serviços de qualquer pessoa física, jurídica ou obtidos em virtude de repasse ou arrecadação compulsória. Outrossim, de acordo com o regulamento, o condicionamento da prestação de serviço ao recebimento de doação, contrapartida ou equivalente, descaracteriza a promoção gratuita do serviço.

O legislador, dessa forma, procurou delimitar atividades de interesse da coletividade,²¹¹ normatizando as finalidades interessantes para fins de realização de parcerias. Essa disposição deve ser compreendida em conjunto com o artigo predecessor (art. 2º), que estabelece restrição subjetiva a determinadas pessoas jurídicas, como: sociedades comerciais, partidos políticos, entidades de benefício mútuo destinadas a proporcionar bens ou serviços a um círculo restrito de associados ou sócios, entidades religiosas, entre outros, mesmo que elas realizem as atividades previstas no artigo 3º.

Esse regramento traz uma baliza que busca afastar entidades fechadas ou com propensões e vocações outras, que não a simples realização de atividades de interesse da coletividade (filantropia ou atividades comunitárias), mesmo que elas realizem as atividades

²¹¹ Idêntica estratégia adotada, posteriormente, pelo *Model Law for Public Benefit Foundations in Europe*.

previstas no artigo 3º. Nos dizeres de CICONELLO, “do ponto de vista jurídico, os artigos 2º e 3º da Lei das OSCIPs são a referência mais avançada que temos em nossa legislação para definir o conceito legal de público para as organizações privadas sem fins lucrativos brasileiras”.²¹²

Embora não se possa negar a possibilidade de que entidades religiosas, políticas ou de benefício mútuo realizem atividades de interesse da coletividade, essa concepção verifica a tentativa de afastar desse conceito específico grupos fechados, quando sua finalidade for destinada aos seus interesses restritos ou a vocações outras que não o auxílio comunitário, mesmo que os efeitos de suas atividades sirvam à coletividade.²¹³ Tal pensamento enaltece a importância dos objetivos públicos, não se satisfazendo com a prática de atividades de interesse da coletividade. Conforme defendido neste trabalho, essa visão é mais adequada ao substrato do significado de Terceiro Setor, para fins de realização de parcerias com o Estado, diferenciando-o do conceito maior de sociedade civil, em uma perspectiva gramsciana ou em uma perspectiva Habermasiana.

Se, para Gramsci, a sociedade civil representaria o ambiente de disputas ideológicas da superestrutura social, em que se manifestam as organizações que representam os interesses dos diferentes grupos sociais, buscando hegemonia política e cultural sobre toda a sociedade, e, segundo Habermas, ela seria composta pelos movimentos, organizações e associações, que captam os ecos dos problemas sociais que ressoam nas esferas privadas, condensando-os e os transmitindo para a esfera pública política,²¹⁴ de acordo com o molde legal dado às OSCIP's, o conceito de Terceiro Setor parceiro exige o elemento finalidade pública, identificado, conforme explica PIOVESAN, pela prestação de serviços de caráter público ou de interesse geral da sociedade.²¹⁵

O legislador optou por estabelecer duas listas: uma com entidades cuja natureza impede a obtenção do título OSCIP e outra com as finalidades cujo desenvolvimento possibilita a qualificação. Essa novidade foi elogiada como uma valiosa inovação no marco

²¹² CICONELLO, Alexandre. O conceito legal de público no Terceiro Setor. In SZAZI, Eduardo (Org.). Terceiro setor: temas polêmicos 1. São Paulo: Peirópolis, 2004. p. 45-66.

²¹³ Registre-se a opinião em contrário de Acyr de Gerone, que defende a inserção das organizações religiosas como integrantes do Terceiro Setor. GERONE, Acyr de. As organizações religiosas e o Terceiro Setor. Revista de Direito do Terceiro Setor RDTS, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, jan./jun. 2008. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteúdoShow.aspx?idConteúdo=53684>> . Acesso em: 31 março 2009.

²¹⁴ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Volume II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Pág. 99.

²¹⁵ PIOVESAN, Flávia; BARBIERI, Carla Bertucci. Terceiro Setor e Direitos Humanos. In CARVALHO, Cristiano; PEIXOTO, Marcelo Magalhães. (coord.). Aspectos jurídicos do Terceiro Setor. São Paulo: Thomson IOB, 2005. p. 75-97.

legal das entidades do Terceiro Setor, já que, além da previsão genérica dos "candidatos positivos", a Lei identifica os "candidatos negativos", especificando as entidades que não podem ser qualificadas com o título OSCIP.²¹⁶

Esses dispositivos permitem a delimitação das entidades passíveis de buscarem a referida qualificação, exigindo uma caracterização muito próxima do conceito de entidades do Terceiro Setor desenvolvido anteriormente neste trabalho, como segmento da sociedade civil que abrange pessoas jurídicas de direito privado, sem finalidade lucrativa e com objetivos públicos que orientem o desenvolvimento de atividades de interesse da coletividade.

Isso não cria uma rigorosa identidade entre o que seja Terceiro Setor e as OSCIP's, mas indica um moderno marco legal para definir o Terceiro Setor brasileiro, notadamente, para os fins de parcerias com o Estado. Nesse sentido, conclui MÂNICA:²¹⁷

Não se quer dizer que as Oscip são o Terceiro Setor. Afinal, a busca pela qualificação é uma faculdade oferecida pelo Estado àquelas entidades interessadas em atuar em parceria com o Estado. De qualquer forma, os critérios trazidos pelos artigos 2º e 3º da Lei n.º 9.790/1999 consistem no balizamento legal para a definição do Terceiro Setor, independentemente de a entidade deter ou não o título de Oscip.

3.3.2. DA INCIDÊNCIA DE REGRAS PUBLICÍSTICAS PARA A QUALIFICAÇÃO

Além de delimitar as entidades da sociedade civil passíveis de buscar a respectiva qualificação, a Lei impôs que os estatutos dessas pessoas jurídicas contivessem regras específicas, exigindo certa ingerência do Poder Público no funcionamento dessas entidades. Se os artigos 2º e 3º buscam delimitar as entidades passíveis de buscar a certificação, chegando a um ambiente próximo ao que se defende como Terceiro Setor, o artigo 4º impõe regras publicísticas, como exigências prévias para a consecução da certificação. De modo que, as OSCIP's, na verdade, representam entidades do Terceiro Setor que admitem se submeter, em sua atuação, à incidência das regras estabelecidas pela Lei nº 9.790/99.

Não obstante, vale lembrar, as pessoas jurídicas interessadas apenas precisam se submeter a tal ingerência, caso optem pela busca da qualificação estabelecida pela referida

²¹⁶ MODESTO, Paulo. Reforma Administrativa e Marco Legal das Organizações Sociais no Brasil: As dúvidas dos juristas sobre o Modelo das Organizações Sociais, In: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 210, out./dez., pp.195-212; Revista do Serviço Público, Brasília, ano 48, n. 2, maio/ago. p. 27-57.

²¹⁷ MÂNICA, Fernando Borges. Panorama histórico-legislativo do terceiro setor no Brasil: Do conceito de terceiro setor à Lei das OSCIP. In OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. (Organizador). Direito do terceiro setor: Atualidades e perspectivas. Curitiba: OAB, Seção do Paraná, 2006. p. 37.

Lei. Reitere-se, OSCIP não é uma pessoa jurídica específica, mas uma certificação concedida pelo Poder Público, para fins de parcerias com as entidades do Terceiro Setor. Nesse prisma, parece incorreto afirmar que as exigências apresentadas pela legislação infrinjam a plena liberdade de associação estabelecida pelo inciso XVII do artigo 5º da Constituição Federal.²¹⁸

Em suma, a entidade que esteja de acordo com os moldes previstos nos artigos 2º e 3º da Lei n.º 9.790/99 possui identidade com a definição de Terceiro Setor, delineada pela legislação, sem precisar sofrer qualquer ingerência na sua organização administrativa. Contudo, para que seja qualificada como OSCIP e possa firmar termo de parceria, precisa, ainda, submeter-se a exigências estipuladas pelo legislador, que afetam diretamente a estrutura da entidade e seu funcionamento.

As exigências impostas pela legislação, relacionadas à disposição estatutária e abrangendo, inclusive, o funcionamento da pessoa jurídica, relacionam-se à necessidade de controle, já que tais parcerias resultarão no dispêndio de recursos públicos e na “transferência” de atividades outrora desempenhadas diretamente pelo Estado. Isso exige um Estado regulador, “com força coercitiva direcionada à plena consecução dos objetivos ora deferidos a entidades privadas sem fins lucrativos”.²¹⁹

Na tentativa de controle, o artigo 4º da Lei n.º 9.790/99 exige, como condição prévia à qualificação, que o estatuto da pessoa jurídica interessada disponha, expressamente, sobre regras como: a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e eficiência. Impõe-se, ainda, a adoção de práticas de gestão administrativa; a constituição de conselho fiscal ou órgão equivalente, dotado de competência para opinar sobre os relatórios de desempenho financeiro e contábil, e sobre as operações patrimoniais realizadas. O referido dispositivo, também, exige normas de prestação de contas, com exigências formais mínimas, além da previsão estatutária de que, em caso de dissolução da entidade, o respectivo patrimônio líquido será transferido a outra entidade qualificada como OSCIP.

Com relação à adoção de práticas de gestão administrativa, necessárias e suficientes a coibir a obtenção, de forma individual ou coletiva, de benefícios ou vantagens pessoais, em decorrência da participação no respectivo processo decisório; o Decreto, em seu artigo 7º, regulamentou o dispositivo, definindo como benefícios ou vantagens pessoais, aqueles

²¹⁸ Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;

²¹⁹ DIAS, Maria Tereza Fonseca. Terceiro setor e Estado: legitimidade e regulação: por um novo marco jurídico. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 352.

obtidos pelos dirigentes da entidade e seus cônjuges, companheiros e parentes colaterais ou afins até o terceiro grau; pelas pessoas jurídicas das quais os mencionados acima sejam controladores ou detenham mais de dez por cento das participações societárias. No mesmo sentido, com relação às prestações de contas, a Lei nº 9.790/99, no inciso VII de seu artigo 4º, impôs a observância dos princípios fundamentais de contabilidade e das Normas Brasileiras de Contabilidade e a publicidade eficaz, no encerramento do exercício fiscal, do relatório de atividades e das demonstrações financeiras da entidade, que deve estar disponível a qualquer cidadão.

Nas alíneas “c” e “d” do inciso VII do artigo 4º, a Lei exige a realização de auditoria sobre a aplicação dos eventuais recursos públicos objeto do termo de parceria. Além disso, ela declarou o óbvio, que a prestação de contas de todos os recursos e bens de origem pública, recebidos pelas OSCIP’s, seria submetido ao que fora determinado pelo parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal.²²⁰ De forma diversa não poderia dispor a lei infraconstitucional, já que o constituinte reformador foi explícito ao impor a necessidade de prestar contas a toda a pessoa física ou jurídica que utilize, arrecade, guarde, gere ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumam obrigações de natureza pecuniária.

O Decreto federal nº 3.100/99, em seu artigo 11, esmiuçou o sentido dado à prestação de contas, para fins do disposto nas alíneas “c” e “d” do inciso VII do artigo 4º da Lei nº 9.790/99, definindo-a como “a comprovação da correta aplicação dos recursos repassados à Organização da Sociedade Civil de Interesse Público”. Nesse prumo, há uma correta restrição das exigências impostas pelas referidas alíneas, que devem se limitar aos valores repassados pelo Poder Público.

Não obstante, os §§ 1º e 2º do citado artigo exigem que as prestações de contas anuais sejam realizadas sobre a totalidade das operações patrimoniais e resultados das OSCIP’s, indicando os documentos que devem instruí-la. Nesse caso, impõe-se observar o aparente exagero na intervenção estatal sobre a entidade, já que o dever de prestar contas parece, de acordo com o dispositivo, ultrapassar o montante dos recursos públicos envolvidos.

²²⁰ Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gere ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumam obrigações de natureza pecuniária. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

De maneira a compatibilizar essa intervenção, entende-se correto interpretar que a avaliação das prestações de contas, pelo órgão repassador, deve se limitar às operações realizadas com recursos públicos, mediante a realização de convênios ou termos de parceria. Com relação aos recursos outros, de natureza diversa, cabe, tão somente, a investigação de ilícitos ou de elementos que demonstrem o descumprimento das exigências legais.

Essa imposição de balizas mínimas a serem dispostas pelo estatuto da entidade, regras de transparência, accountability e supervisão também são identificadas no trabalho *Model Law for Public Benefit Foundations in Europe* (Modelo Legal para as Fundações de Utilidade Pública na Europa), contido na publicação *Foundations for Europe: rethinking our legal and fiscal environments*.²²¹ Se, por um lado, a incidência de regras publicísticas preocupa, pela interferência que causa à livre atuação das entidades do Terceiro Setor; por outro lado, apresenta-se como necessária, pelo controle que se faz necessário, diante de parcerias que envolvem a disposição de recursos públicos.

3.3.3. PARTICIPAÇÃO DE SERVIDORES NO QUADRO DA OSCIP

Embora as discussões sobre o novo título tenham sido norteadas pela necessidade de apartamento entre a OSCIP e o Estado, resguardando sua autonomia e evitando cooptação,²²² a posterior Lei nº 10.539/2002 incluiu parágrafo único no artigo 4º da Lei nº 9.790/99, permitindo a participação de servidores públicos na composição de conselho da entidade. Contudo, o dispositivo veda a percepção de remuneração ou subsídio pelos servidores, a qualquer título, evitando estímulo a tal participação.

Ressalte-se que essa previsão foi estabelecida em acréscimo posterior à aprovação da Lei, o que gerou certa crítica por parte da doutrina,²²³ pela possibilidade de ingerência do Poder Público na gestão da entidade. Sem desprezar o valor das críticas apresentadas, entende-se que o dispositivo não teve essa motivação; a permissão à participação de servidores públicos em tal composição deriva da normal colaboração destes, enquanto

²²¹ Disponível em: <<http://www.efc.be/publications/rethinkingabstract.html>>, acesso em 12, dezembro de 2008.

²²² PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações e Entidades de Interesse Social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários*. 2ª ed. Brasília: Brasilia Jurídica, 2000. p. 84.

²²³ DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Terceiro setor e Estado: legitimidade e regulação: por um novo marco jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 203.

cidadãos e também membros da sociedade civil, na organização de entidades privadas que tenham fins públicos e altruísticos.

Nas OSCIP's, diferentemente do que ocorre nas Organizações Sociais, não há uma ingerência obrigatória do Poder Público no interior dessas entidades, com atribuições de fiscalização e controle internos. O órgão responsável pela organização tem um perfil diferente, resguardando uma autonomia mais próxima daquilo que se busca no conceito de Terceiro Setor.²²⁴

Diante da qualidade do quadro burocrático que temos em nosso país e do grande montante de servidores públicos existente em todas as esferas federativas, não pareceria razoável o impedimento dessa participação voluntária. O que se deve impedir é a intervenção do Estado, através de seus agentes, ou mesmo uma atuação de favorecimento a certas entidades, em razão da atuação de servidores que possuam influência junto aos órgãos parceiros. Com a vedação à percepção de qualquer remuneração ou subsídio, a norma desestimulou esse tipo de influência, sem impedir a participação de servidores imbuídos de espírito altruístico.

Contudo, o Ministério da Justiça tem entendido que a participação de servidores públicos nos cargos de diretoria da entidade enseja indeferimentos do pedido de qualificação.²²⁵ Argumenta-se que o parágrafo único do artigo 4º da Lei nº 9.790/99 autoriza apenas a participação do servidor no conselho da OSCIP e que essa disposição deveria ser entendida em conjunto com o inciso X do artigo 117 da Lei nº 8.112/90.²²⁶

Esse entendimento parece equivocado. Em primeiro, deve-se salientar que o parágrafo único do artigo 4º da Lei nº 9.790/99 permite a participação do servidor no conselho da OSCIP, restando, apenas, a vedação à percepção de remuneração ou subsídio. Não parece justificável a construção de um raciocínio que suponha restrições ao direito constitucional de livre associação, impedindo a participação em qualquer outro órgão da organização, de

²²⁴ PRADO, Inês Maria Coimbra de Almeida; CASTRO, Taiane Lobato de. (2007.) O controle do terceiro setor. In: Revista de Direito Sanitário. v. 8, n. 2, p. 11-33. jul/out. 2007. (15).

²²⁵ Esse entendimento é externado pelo Ministério da Justiça em sua página. Disponível em <<http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ0FA9C8DBITEMID6ABB8DADA94B42C7ABD6BBCB96003PTBRIE.htm>>. Acesso em 04 de março de 2009.

²²⁶ O site do Ministério da Justiça ainda indica uma redação antiga, revogada desde 2005, que estabelecia:

Art. 117. Ao servidor é proibido:

X - participar de gerência ou administração de empresa privada, sociedade civil, salvo a participação nos conselhos de administração e fiscal de empresas ou entidades em que a União detenha, direta ou indiretamente, participação do capital social, sendo-lhe vedado exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 4.9.2001)

A redação atual, dada pela Lei nº 11.784/2008, assim estabelece:

Art. 117. Ao servidor é proibido:

X - participar de gerência ou administração de sociedade privada, personificada ou não personificada, exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário;

nomenclatura diferente. Com relação ao inciso X do artigo 117 da Lei nº 8.112/90, ao menos em sua redação atual, parece evidente que ele não visa impedir a participação em entidades associativas, que, desde a aprovação do Código Civil de 2002, configuram-se como pessoas jurídicas claramente distintas das sociedades.

Em relação à comissão de avaliação, prevista no artigo 11 da Lei nº 9.790/99, PRADO e CASTRO elogiaram o legislador, pela não obrigatoriedade de indicação de representantes do Poder Público. Essa comissão tem a incumbência de analisar os resultados atingidos com a execução do termo de parceria e monitorá-lo. Segundo as autoras, ela apenas precisaria ser composta de comum acordo entre o “órgão parceiro” e a organização da sociedade civil.²²⁷

Não obstante, o Decreto nº 3.100/99, ao regulamentar o dispositivo, determinou, expressamente, que a comissão de avaliação “deverá ser composta por dois membros do respectivo Poder Executivo, um da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público e um membro indicado pelo Conselho de Política Pública da área de atuação correspondente, quando houver.” Não há aparente ilegalidade na citada regulamentação, que especificou a proposta de composição que será apresentada pelo Poder Público, como requisito para a parceria.

Reitere-se, a qualificação como OSCIP visa identificar entidades parceiras aptas a atuar com o Estado, para a realização de atividades orientadas para a consecução do bem comum. Esse objetivo maior justifica a incidência de certas regras de controle, que precisam ser observadas pelas entidades, quando pretendam formar tais relações de parcerias com a Administração Pública.

3.3.4. OUTORGA E PERDA DE QUALIFICAÇÃO

Outro ponto relevante da Lei nº 9.790/99 é que ela, avançando em relação à legislação das Organizações Sociais, estipula, expressamente, que a outorga da qualificação é ato vinculado ao cumprimento dos requisitos legais. Com essa disposição, o legislador tornou objetiva a aferição dos requisitos necessários à qualificação, tentando afastar a possibilidade de que a outorga fosse influenciada por subjetivismos.

²²⁷ PRADO, Inês Maria Coimbra de Almeida; CASTRO, Taiane Lobato de. (2007.) O controle do terceiro setor. In: Revista de Direito Sanitário. v. 8, n. 2, p. 11-33. jul/out. 2007.

Ao prever a qualificação como um ato vinculado, o dispositivo torna muito mais célere e transparente o processo de qualificação, permitindo uma qualificação automática, quando cumpridos os preceitos legais.²²⁸

A preocupação com as indevidas influências no processamento das outorgas foi tamanha, que o diploma legal, em seu artigo 6º, desprezando os problemas burocráticos e o tamanho continental do nosso país, estipulou prazo de trinta dias para o deferimento ou não do pedido, pelo Ministério da Justiça, a contar da data de recebimento do requerimento. Mais ainda, a norma impôs prazo de 15 dias para emissão de certificado, em caso de deferimento, e delimitou os motivos que autorizam o indeferimento do pedido de qualificação.

Tais disposições demonstram a preocupação para que a qualificação OSCIP e as parcerias dela resultantes fossem blindadas contra o paternalismo, privilégios ou influências que conspurquem o sentido das relações de cooperação a que se visa fomentar. Essa preocupação não é desarrazoada, ao contrário, justifica-se diante de um passado polêmico, verificado no histórico das relações entre o Estado e as entidades filantrópicas, nos moldes estipulados pelos tradicionais títulos estabelecidos em nosso país.

Nesse raciocínio, GUERRA²²⁹ sentencia a necessidade de que a qualificação do Terceiro Setor, para fins de parcerias, ultrapasse o tradicional viés burocrático para, já em si, permitir um ferramental de fiscalização e controle.

A diplomação legal do terceiro setor, portanto, não deve ser apenas um instrumento burocrático de concessão de um título jurídico, mas sim um ferramental de fiscalização e controle que, através de critérios claros e precisos, espelhe aos olhos da sociedade a legitimação da ação social, voluntária e assistencial, a qual depende, em última instância, do estímulo individual impulsionador da iniciativa privada.²³⁰

De tal regramento deriva, inclusive, várias garantias às entidades interessadas na obtenção do referido título, como: o direito de ter seu pedido analisado de forma célere; o direito de, uma vez deferido pedido de requerimento, ter uma rápida emissão do certificado de qualificação; o direito de ciência, do indeferimento, através de publicação no Diário Oficial. Registre-se, ademais, o direito de que o indeferimento apenas pode se dar pelos motivos previstos no § 3º do artigo 6º da Lei nº 9.790/99, quais sejam: a requerente se enquadrar nas

²²⁸ PRADO, Inês Maria Coimbra de Almeida; CASTRO, Taiane Lobato de. (2007.) O controle do terceiro setor. In: *Revista de Direito Sanitário*. v. 8, n. 2, p. 11-33. jul/out. 2007. (22).

²²⁹ GUERRA, Glauco Martins. Apontamentos sobre o terceiro setor no Brasil – Breve análise jurídica. Revista Fórum Administrativo – Direito Público. V. 23. 2003.

²³⁰ GUERRA, Glauco Martins. Apontamentos sobre o terceiro setor no Brasil – Breve análise jurídica. Revista Fórum Administrativo – Direito Público. V. 23. 2003. p. 1740.

hipóteses previstas no art. 2º desta Lei, não atender aos requisitos legais ou sua documentação estiver incompleta.

O artigo 7º estabelece que a perda da qualificação pode se dar a pedido ou mediante decisão proferida em processo administrativo ou judicial, de iniciativa popular ou do Ministério Público, no qual serão assegurados, ampla defesa e o devido contraditório. A perda da qualificação, a pedido, dar-se-á em caso de requerimento voluntário de desqualificação pela entidade, o que é natural, diante da plena liberdade de associação resguardada pela Constituição. Com relação à perda involuntária da qualificação, mediante processo de administrativo ou judicial, deve-se observar que o legislador resguardou o direito à ampla defesa e ao contraditório, o que não poderia ser diferente, em função da manifesta garantia, descrita no inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal.

Noutro prisma, a norma não delineou, expressamente, os motivos que justificariam a perda da qualificação. Essa ausência foi criticada pelo ilustre Ministro do Tribunal de Contas da União, Marcos Vinícios Vilaça, Relator do Acórdão nº 1.777/2005, do Plenário daquele Tribunal. Ele, ressaltando que tal elenco não deveria ser exaustivo, afirmou em seu voto:

... a previsão normativa das hipóteses de perda da qualificação é de todo conveniente, tanto para a Administração Pública, que teria possibilidade de fundamentação mais concreta e direta para agir em defesa do patrimônio público, como para a entidade, que saberia com algum grau de detalhamento que tipo de conduta poderia levá-la a perder o título de OSCIP.²³¹

Embora reconhecendo o valor das ponderações trazidas pelo ilustre ministro, têm-se a opinião de que esse elenco é desnecessário, uma vez que a estrutura da norma já soluciona a questão. O elemento lógico interpretativo permite a intelecção de que o fundamento para a perda da qualificação será, justamente, o desrespeito aos requisitos de qualificação, dentre eles, a necessária exigência aos elementos dos artigos 2º, 3º e 4º. Isso, inclusive, resta evidente com a leitura do § 3º do artigo 6º da Lei nº 9.790/99, que, expressamente, restringe os motivos de indeferimento da qualificação. Não haveria sentido em se admitir, como motivo de perda da qualificação, um fato que não impedisse nova qualificação, no prazo exíguo admitido pela Lei.

Deve-se registrar que a perda da qualificação também pode se dar em razão da desobediência a alguma exigência estabelecida pela lei. Nesse sentido, tal perda poderá ocorrer, por exemplo, caso a entidade qualificada desrespeite a regra disposta pelo artigo 16

²³¹ Disponível em: < <http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/PesquisaFormulario?cmbTipoPesquisa=ACOR>>. Acesso em 23, fevereiro de 2009.

da Lei nº 9.790/99, que veda a participação em campanhas de interesse político-partidário ou eleitorais, sob quaisquer meios ou formas.

Em síntese, a entidade perderá a qualidade quando: for identificada como uma organização nos moldes descritos pelo artigo 2º da Lei nº 9.790/99 (já que essas entidades não são passíveis de qualificação); for identificado que seus objetivos sociais divergem das finalidades descritas no artigo 3º da referida Lei (já que a qualificação somente pode ser conferida a pessoas jurídicas cujos objetivos sociais envolvam pelo menos uma daquelas finalidades); ou for verificado desrespeito, em sua atividade, às regras estabelecidas pelo artigo 4º ou por outro dispositivo da supracitada Lei.

Em relação ao desrespeito às regras dispostas pelo artigo 4º, é importante perceber que o legislador, ao estabelecer que as entidades fossem regidas por estatutos que envolvessem determinadas normas, não fez essa exigência sobre o prisma meramente formal. Não basta a previsão estatutária, com as disposições indicadas pelo citado artigo, o dispositivo deixa clara a necessidade de que as pessoas jurídicas interessadas sejam “regidas” por essas normas. Nessa feita, por exemplo, a inobservância da entidade, em sua atuação, aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e da eficiência, previstos no inciso I do artigo 4º, pode gerar a perda da qualificação, mesmo que presente o registro formal desses princípios em seu estatuto.

Da mesma forma, a identificação da adoção de práticas de gestão administrativa que não coíbam a obtenção de benefícios e vantagens pessoais descritas no inciso II do artigo 4º,²³² o desrespeito às normas de prestação de contas minimamente exigidas ou o desrespeito aos valores praticados no mercado, quando do pagamento de remuneração para os dirigentes da entidade (que atuem efetivamente na gestão executiva ou prestem serviços específicos) podem motivar a perda da qualificação outrora conferida.

O pecado omissivo da legislação parece ter sido a não regulamentação acerca dos efeitos relacionados à perda da qualificação, para fins de novo requerimento. Há, simplesmente, silêncio legislativo quanto ao período de impedimento gerado pela perda da qualificação, para fins de apresentação de um novo pedido. Se, por um lado, parece exagero impedir, eternamente, um novo pedido de qualificação por parte da entidade sancionada, seria irrazoável admitir que, uma vez punida com a perda da qualificação, ela pudesse requerer imediatamente nova qualificação, haja vista os reduzidos prazos para sua análise e concessão.

²³² O Decreto Federal nº 3.100/99 regulamentou o inciso II do artigo 4º da Lei nº 9.790/99, definindo, como benefícios ou vantagens pessoais, aqueles obtidos: pelos dirigentes da entidade e seus cônjuges, companheiros e parentes colaterais ou afins até o terceiro grau; pelas pessoas jurídicas das quais os mencionados acima sejam controladores ou detenham mais de dez por cento das participações societárias.

Com relação aos termos de parceria, essa problemática é de fácil resolução, bastando que as regras da parceria impeçam o pacto de cooperação com entidades que tiveram sua qualificação cassada, em um determinado intervalo temporal. Já com relação à qualificação, a situação se agrava, pois a Lei estabeleceu, expressamente, os motivos de indeferimento, não fazendo qualquer alusão à situação de perda de qualificação outrora concedida. Diante dessa omissão, não pode o regulamento ou mesmo o administrador inovar, estabelecendo novas restrições a esse direito de certificação.

A solução parece ser a previsão de norma legal que impeça, por um lapso temporal razoável, a análise de pedido de qualificação por entidade que a tenha perdido involuntariamente.

4. O TERMO DE PARCERIA E A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS NÃO-EXCLUSIVOS

No capítulo anterior, após identificar as prestações de interesse público que se inserem nos serviços não-exclusivos do Estado (também denominados serviços sociais), foram analisados detalhes da estrutura legal para o funcionamento das entidades qualificadas como OSCIP.

Cumprido, a esta altura do trabalho, abordar o ambiente que circunscreve tais relações de parceria, analisando aspectos técnicos e jurídicos do instrumento “termo de parceria” e as prestações de serviços não-exclusivos realizadas através desses acordos de cooperação entre a Administração e uma OSCIP. Este capítulo abordará o estudo do termo de parceria, instrumento jurídico criado pela legislação para a formação do vínculo de cooperação entre o Estado e a OSCIP parceira, para o fomento das atividades de interesse público previstas pela Lei nº 9.790/99.

Identificados aspectos técnicos do instrumento, sua natureza jurídica, as regras necessárias para sua vigência e as nuances que envolvem a prestação de serviços não-exclusivos, é que se chega ao principal objetivo deste trabalho. A proposta tem como foco a discussão sobre a necessidade ou não de licitação para a escolha da entidade parceira e a apresentação de propostas de mecanismos ou instrumentos que podem ser utilizados para a seleção da organização parceira, na intenção de impedir abusos e desvios, sem conspurcar a natureza das entidades e a eficiência dessas relações de cooperação

4.1. O TERMO DE PARCERIA

A qualificação como OSCIP não implica recebimento de recursos públicos. Ela habilita a entidade a firmar termo de parceria com o Poder Público, instrumento que, uma vez pactuado entre a Administração e a entidade qualificada como OSCIP, forma o vínculo de cooperação entre as partes, para o fomento e a execução das atividades de interesse público, previstas na Lei.

PAES explica que a qualificação não implica na imediata fixação do termo de parceria com órgãos governamentais e, portanto, no recebimento de recursos públicos. Isso

poderá ocorrer, caso o órgão estatal em questão tenha interesse em promover a parceria, devendo verificar previamente o seu regular funcionamento.²³³

A parceria é possível mediante vínculo de cooperação, que tem por intuito, responder, de modo ágil e eficaz, às necessidades sociais que busca atender, através de prestações de serviços desenvolvidos, seja por regime de colaboração público-privada, de mútua complementariedade, ou em caráter suplementar.²³⁴ Para MÂNICA e OLIVEIRA, os termos de parceria celebrados entre o Poder Público e a OSCIP consistem “em acordos colaborativos que viabilizam a concertação administrativa”, constituindo-se como um novo modelo de gestão de serviços públicos.²³⁵

Nos termos delineados pela legislação, o termo de parceria consubstancia um instrumento de cooperação firmado entre o Poder Público e entidades qualificadas como OSCIP's, para fins de realização das atividades descritas no artigo 3º da Lei nº 9.790/99. Essa definição apresenta duas nuances em relação à prestação de serviços sociais (ou, usando a expressão consagrada na reforma, de serviços não-exclusivos). Em primeiro lugar, finca-se que apenas as OSCIP's podem firmar esse instrumento. Em segundo, restringe-se a formação do vínculo de cooperação materializado por este instrumento para o fomento e a execução das atividades de interesse público previstas na Lei. Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União entendeu como irregular a celebração de termo de parceria para a realização de atividades outras, não previstas no citado dispositivo.²³⁶

Dessas nuances se conclui que o Poder Público somente poderá firmar termos de parceria para a prestação dos serviços não-exclusivos relacionados no citado artigo da Lei nº 9.790/99 e, apenas, com as OSCIP's.

Tal pacto, materializado no termo de parceria, envolve a decisão discricionária acerca da oportunidade e conveniência dessa relação de cooperação. A parceria ocorrerá se for interessante ao Poder Público e à entidade privada, após o cumprimento das formalidades necessárias à celebração do instrumento. Entre as formalidades necessárias, devem ser registradas a observância de cláusulas essenciais e a verificação prévia, por parte do órgão

²³³ PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações e Entidades de Interesse Social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários*. 2ª ed., Brasília, Brasília Jurídica, 2000. p. 97

²³⁴ BOLSI, Andressa. *Parceira entre Estado e OSCIP: uma abordagem social e jurídica à luz da legislação vigente*. In OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. (Organizador). *Direito do terceiro setor: Atualidades e perspectivas*. Curitiba: OAB, Seção do Paraná, 2006. Pág. 55-68. p. 64.

²³⁵ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de; MÂNICA, Fernando Borges. *Organizações da sociedade civil de interesse público: termo de parceria e licitação*. Fórum Administrativo, n. 49, p. 5225-5237, mar. 2005.

²³⁶ Acórdão 2876/2008 - Segunda Câmara. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=7&doc=8&dpp=20&p=0>>. Acesso em: 16, fevereiro de 2009

estatal responsável pela celebração do termo, do regular funcionamento da organização, conforme exige o artigo 9º do Decreto Federal nº 3.100/99.

Fica estabelecido que o termo de parceria não é uma consequência da qualificação como OSCIP. Uma entidade, mesmo certificada, pode não conseguir firmar tal pacto com a Administração, até pelas diferenças nos requisitos postos para a qualificação, em relação às exigidas para o pacto de cooperação já suscitado. Esse instrumento exige a vontade discricionária do órgão de realizar a cooperação para aquela atividade de fins públicos. É imprescindível o interesse público em promover-se a parceria, contudo, esse interesse público não se confunde com o interesse do administrador, motivo pelo qual a decisão discricionária pela parceria deve ser firmada de acordo com os princípios administrativos que orientam a gestão pública.

4.1.1. ASPECTOS TÉCNICOS

O termo de parceria é um pacto de cooperação especificamente tratado pela Lei nº 9.790/99, seus traços encontram-se delimitados naquela norma. Por imposição legal, o instrumento firmado deve discriminar direitos, responsabilidades e obrigações das partes signatárias, sendo, em nível federal, nos termos do Decreto nº 3.100/99, confeccionado através de modelo padrão próprio do órgão estatal.²³⁷

Conforme estatui o regulamento descrito pelo citado decreto federal, o órgão estatal, responsável pela celebração do termo de parceria, deve, previamente, verificar o regular funcionamento da organização. Entende-se, por regular funcionamento, não o cumprimento aos requisitos meramente formais de existência, mas a verificação efetiva das atividades de interesse público necessárias à qualificação da entidade como OSCIP.

A celebração do termo de parceria deve ser precedida de consulta ao respectivo Conselho de Políticas Públicas, que, segundo o regulamento federal, terá o prazo de trinta dias, contado a partir da data de recebimento da consulta, para se manifestar sobre o termo de parceria. Inexistindo conselho da área de atuação correspondente, o órgão estatal parceiro ficará dispensado de realizar a consulta.

²³⁷ Parágrafo único do artigo 8º do Decreto Federal nº 3.100/99.

A Lei estabelece cláusulas essenciais, que devem constar no termo de parceria, como: a do objeto; a da estipulação de metas e resultados a serem atingidos e os respectivos prazos de execução ou cronograma; a de previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de resultado. Impõem-se, ainda, como cláusulas essenciais: a de previsão de receitas e despesas a serem realizadas; a que estabelece as obrigações da Sociedade Civil de Interesse Público; a de publicação, na imprensa oficial, de extrato do termo de parceria e de demonstrativo da sua execução física e financeira.

Esse modelo, que prioriza a estipulação de metas e resultados a serem atingidos, além de avaliação de desempenho, tem relação com a concepção gerencial da Administração, preocupada mais com o resultado que com o controle dos meios. Isso, também, corresponde a uma tentativa de implementação, na gestão administrativa, da ideia de *accountability*, que pressupõe: a especificação antecipada dos níveis de desempenho, a autoridade para determinar como os recursos serão empregados e um processo de avaliação para saber se os resultados foram obtidos.²³⁸

A execução do objeto do termo de parceria deverá ser acompanhada e fiscalizada pelo conselho de políticas públicas e por órgão do Poder Público da área de atuação correspondente à atividade fomentada. Ademais, os resultados atingidos com a execução do termo de parceria devem ser analisados por comissão de avaliação, composta através de acordo entre o órgão público e a organização parceira, que encaminhará relatório conclusivo sobre a avaliação à autoridade competente.

A Lei nº 9.790/99 impõe que os responsáveis pela fiscalização do termo de parceria, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou bens de origem pública pela organização parceira, devem dar imediata ciência ao Tribunal de Contas respectivo e ao Ministério Público, sob pena de responsabilidade solidária. Essa imputação de responsabilidade solidária se apresenta como um forte ônus, que só deve ser imposto aos agentes responsáveis em caso de verificação de efetiva omissão no dever de prestar ciência aos órgãos de controle citados na norma.

Os responsáveis pela fiscalização, caso identifiquem indícios fundados de malversação de bens ou recursos de origem pública, podem representar ao Ministério Público ou à Advocacia-Geral da União para que seja requerida, ao juízo competente, a decretação da indisponibilidade dos bens da entidade e o sequestro dos bens dos seus dirigentes, bem como

²³⁸ DIAS, Maria Tereza Fonseca. Terceiro setor e Estado: legitimidade e regulação: por um novo marco jurídico. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 357.

de agente público ou terceiro, que possam ter enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público, além de outras medidas consubstanciadas na Lei nº 8.429/92 e LC nº 64/90.

Por fim, caso a OSCIP adquira bem imóvel com recursos provenientes da celebração do termo de parceria, este será gravado com cláusula de inalienabilidade. Essa prerrogativa já demonstra a incidência do regime jurídico administrativo em relação às parcerias, apresentando-se como um instrumento para o resguardo do patrimônio público, entendido este em um sentido mais amplo do que o estatal. Deve-se lembrar que, de acordo com a previsão do inciso V do artigo 4º da Lei nº 9.790/99, na hipótese de a pessoa jurídica perder a qualificação instituída por esta Lei, o respectivo acervo patrimonial disponível, adquirido com recursos públicos durante o período em que perdurou aquela qualificação, será transferido a outra pessoa jurídica qualificada nos termos desta Lei, preferencialmente, que tenha o mesmo objeto social.

4.1.2. NATUREZA JURÍDICA

Há dissenso doutrinário acerca da natureza jurídica do termo de parceria. Para VIOLIN, assim como os contratos de gestão, os termos de parceria firmados entre a Administração Pública e as OSCIPs têm a mesma natureza jurídica dos contratos administrativos, com algumas peculiaridades próprias.²³⁹ BOCKMANN dispõe que os termos de parceria são pseudocontratos, acordos de cooperação funcionalizados, com natureza jurídica semelhante à do contrato de gestão, diferenciado nos requisitos de contratação e formalização.²⁴⁰

Embora admita que pudessem ser reconhecidos como instrumentos similares ao convênio, JUSTEN FILHO aponta que os termos de parceria têm natureza jurídica idêntica aos contratos de gestão, que, segundo o autor, podem comportar inúmeras figuras jurídicas, de mais diversa natureza, dependendo do substrato da relação jurídica pactuada.²⁴¹ DI PIETRO

²³⁹ VIOLIN, Tarso Cabral. As parcerias do terceiro setor com a Administração Pública. Fórum Administrativo – Dir. Público – FA, Belo Horizonte, ano 6, n. 70, p. 8225-8249, dez. 2006.

²⁴⁰ MOREIRA, Egon Bockmann. Organizações sociais, organizações da sociedade civil de interesse público e seus “vínculos contratuais” com o Estado. In: CÚELLAR, Leila. MOREIRA, Egon Bockmann. Estudos de direito econômico. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 275.

²⁴¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de licitações e contratos administrativos. 11ª ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 27/28.

explica que o termo de parceria se apresenta como instrumento de vínculo da entidade com a Administração Pública, na relação de cooperação. Negando qualquer natureza contratual a tal instrumento, a autora o assemelha ao contrato de gestão (previsto para as organizações sociais), indicando natureza jurídica similar aos convênios tradicionalmente celebrados entre o Poder Público e entidades privadas para formalizar o fomento.²⁴²

Na verdade, o termo de parceria, enquanto instrumento de cooperação, possui natureza jurídica similar à dos convênios, permitindo a incidência parcial (naquilo que compatível com as regras da Lei nº 9.790/99) do artigo 116 da Lei nº 8.666/93, que visa a reger, no que couber, convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração. Saliente-se que os convênios entre as entidades privadas e o Poder Público não servem à delegação de serviços públicos, eles também são instrumentos da atividade administrativa de fomento.²⁴³

A doutrina²⁴⁴ consolidou o entendimento de que convênios administrativos seriam os ajustes firmados por pessoas administrativas entre si ou entre estas e entidades particulares, com vistas a ser alcançado determinado objetivo de interesse público.²⁴⁵ Nesse conceito amplo, o diferencial entre os convênios e contratos seria o fato de que, nestes, os interesses são opostos e diversos, enquanto, naqueles, seriam paralelos e comuns.

Identifica-se uma tendência de generalização do uso do termo convênio para todos os instrumentos administrativos que guardem essa característica de cooperação. Tal tendência tem relação com o conceito outrora difundido pelo Decreto nº 93.872/86, absorvido pela doutrina, até hoje. Contudo, recentemente, o Decreto federal nº 6.170/2006 trouxe conceito mais claro, diferenciando-o das figuras denominadas contrato de repasse e termo de cooperação.²⁴⁶

²⁴² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Parcerias na administração Pública: Concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. São Paulo: Atlas, 2005. p. 272/273.

²⁴³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública : concessão, permissão, franquia, terceirização, parceira público-privada e outras formas*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 248.

²⁴⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, 14ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p. 215/216

²⁴⁵ Em sentido semelhante, MOREIRA NETO explica que o convênio é o ato administrativo complexo em que uma entidade pública acorda com outra ou com outras entidades, públicas ou privadas, o desempenho conjunto, por cooperação ou por colaboração, de uma atividade de competência da primeira. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.185).

²⁴⁶ Art. 1º *In Omissis*

§ 1º Para os efeitos deste Decreto, considera-se:

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

Outrossim, resta evidente que, ao criar o termo de parceria, o legislador concebeu instrumento com características próprias, distintas do convênio, buscando, justamente, adaptar as exigências comumente impostas aos pactos convenientes²⁴⁷ à realidade das entidades parceiras e ao raciocínio gerencial influenciador da reforma administrativa brasileira, quando da concepção do setor público não-estatal.

A Lei nº 9.790/99 inovou, justamente, por trazer critérios legais objetivos suficientes a definir o caráter público necessário às organizações parceiras, oferecendo às entidades a possibilidade de obter apoio estatal por meio de um mecanismo despido dos procedimentos excessivamente burocráticos e formais dos convênios.²⁴⁸

Esse novo mecanismo teve como mote a necessidade de simplificação das regras que estabeleçam controles prévios burocráticos e a adição de ditames que buscassem estabelecer metas e resultados para a relação de parceria. Tais nuances não são verificadas nos tradicionais convênios, produto que são de uma visão mais burocrática que gerencial, motivo pelo qual é equivocada a tentativa de igualar, absolutamente, esses instrumentos. CARVALHO lembra, por exemplo, que as concepções que inspiram as duas figuras, as áreas de atuação e as formas de controle são diversas.²⁴⁹

BARBOSA destaca algumas diferenças entre o convênio e o termo de parceria, como o acesso a recursos públicos e a escolha da entidade parceira. Segundo a autora, o acesso a recursos públicos, sob a forma de convênios, requer a apresentação de uma série de documentos, conquanto, nos termos de parceria, os objetivos e as metas são negociados entre as partes, de forma que os passos prévios à celebração são menos burocráticos.²⁵⁰ Com relação à escolha da entidade, a autora afirma que, nos convênios, a escolha da entidade a ser beneficiada não se submete a um critério objetivo, conquanto, nos termos de parcerias, a escolha poderá ser feita mediante concurso de projetos. Deve-se ressaltar, entretanto, que a atual regulamentação

II - contrato de repasse - instrumento administrativo por meio do qual a transferência dos recursos financeiros se processa por intermédio de instituição ou agente financeiro público federal, atuando como mandatário da União;
III - termo de cooperação - instrumento por meio do qual é ajustada a transferência de crédito de órgão da administração pública federal direta, autarquia, fundação pública, ou empresa estatal dependente, para outro órgão ou entidade federal da mesma natureza; (Redação dada pelo Decreto nº 6.619, de 2008)

²⁴⁷ Baseadas, em nível federal, nas disposições da IN/STN nº 01/97 e, mais recentemente, no Decreto federal nº 6.170/2006 e na Portaria Interministerial MPOG/MF/CGU nº 127, de 29.05.2008.

²⁴⁸ MÂNICA, Fernando Borges. Panorama histórico-legislativo do terceiro setor no Brasil: Do conceito de terceiro setor à Lei das OSCIP. In OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. (Organizador). Direito do terceiro setor: Atualidades e perspectivas. Curitiba: OAB, Seção do Paraná, 2006. Pág. 17-42. p. 36.

²⁴⁹ CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. Curso de Direito Administrativo. Volume I. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 922.

²⁵⁰ BARBOSA, Maria Nazaré Lins. Os termos de parceria como alternativa aos convênios: aspectos jurídicos. In SZAZI, Eduardo (Org.). Terceiro setor: temas polêmicos 1. São Paulo: Peirópolis, 2004. P. 25-44.

sobre convênios, notadamente, o artigo 4º do Decreto federal nº 6.170/2007, também prevê a possibilidade de um procedimento seletivo, denominado chamamento público.²⁵¹

De qualquer forma, talvez pela pouca adesão imediata das entidades passíveis de qualificação ou pela preferência administrativa na utilização de suas regras tradicionais, consolidou-se o entendimento de que as relações de cooperações entre Poder Público e OSCIP's podem se dar através de termos de parcerias ou através de convênios. Nesse sentido, VIOLIN lembra que, por mais que os termos de parcerias se apresentem como acordos de cooperação criados como alternativa para os convênios, as OSCIP's poderão, em princípio, firmar convênios com a Administração Pública.²⁵²

Em suas minúcias, os instrumentos são diferentes e se submetem a regramentos distintos. No âmbito federal, quando a cooperação se dá através de convênios, utilizam-se, precipuamente, as regras da Portaria Interministerial MPOG/MF/CGU nº 127, de 29.05.2008 e do Decreto nº 6.170/07, conquanto, quando a relação de cooperação é formada mediante o instrumento termo de parceria, são utilizadas as balizas apresentadas pela Lei nº 9.170/99 e pelo Decreto 3.100/99.²⁵³

Nesse sentido, os termos de parceria, por exemplo, exigem a obediência a determinadas restrições, acerca dos sujeitos aptos a pactuar tal relação, já que a entidade privada precisará, necessariamente, ser qualificada como OSCIP. Outrossim, o objeto do termo de parceria deve necessariamente se referir ao fomento e à execução das atividades de interesse público previstas no art. 3º da Lei das OSCIP, cujo rol exemplifica uma série de serviços públicos não-exclusivos.²⁵⁴

O plenário do Tribunal de Contas da União já declarou, em seus acórdãos, a diferença entre tais instrumentos, destacando, inclusive, em seu Acórdão de nº 1.777/2005, que “não se aplicam aos Termos de Parceria celebrados entre a Administração Pública Federal e as Oscips as normas relativas aos Convênios, especificamente a IN 01/97-STN”.

²⁵¹ Art. 4º A celebração de convênio com entidades privadas sem fins lucrativos poderá ser precedida de chamamento público, a critério do órgão ou entidade concedente, visando à seleção de projetos ou entidades que tornem mais eficaz o objeto do ajuste.

²⁵² VIOLIN, Tarso Cabral. As parcerias do terceiro setor com a Administração Pública. Fórum Administrativo – Dir. Público – FA, Belo Horizonte, ano 6, n. 70, p. 8225-8249, dez. 2006.

²⁵³ Sob esse prisma, lamenta-se que os órgãos públicos venham preferindo firmar parcerias, com OSCIP's, através de convênios e não de termos de parceria. Não apenas porque estes foram os instrumentos escolhidos pelo legislador, mas porque eles se identificam melhor com o raciocínio gerencial proposto pela reforma, quando da criação dessas entidades.

²⁵⁴ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de; MÂNICA, Fernando Borges. Organizações da sociedade civil de interesse público: termo de parceria e licitação. Fórum Administrativo, n. 49, p. 5225-5237, mar. 2005. (p. 5233-5234)

O termo de parceria passa a ser percebido como uma alternativa aos tradicionais convênios, para a formação de acordos de cooperação com as entidades do Terceiro Setor que busquem sua qualificação como OSCIP. Essa alternativa indica novos contornos, traduzindo-se como instrumento de gestão que envolve a negociação de objetivos, metas e produtos entre as partes,²⁵⁵ mais preocupados com o desempenho da parceria do que com a concepção de empecilhos impeditivos.

Essa mudança comportamental é reflexo da “onda gerencial” que influenciou os reformistas, razão pela qual VIOLIN observa:

O termo de parceria firmado pelas OSCIPs, juntamente com os contratos de gestão das organizações sociais, foram criados durante a “onda gerencial” que influenciou a Administração Pública brasileira, desde a divulgação do Plano Diretor do MARE. Assim, o termo de parceria também foi criado com o intuito de um maior controle de resultados, ao invés dos convênios, cujo controle é preponderante na forma de aplicação dos recursos caracterizando-se como: “novo instrumento jurídico de fomento e gestão das relações de parceria entre as OSCIPs e o Estado, com o objetivo de imprimir maior agilidade gerencial aos projetos e realizar o controle pelos resultados, com garantias de que os recursos estatais sejam utilizados de acordo com os fins públicos

O termo de parceria tem, como essência, os princípios da transparência, da competição, da cooperação e da parceria propriamente dita,²⁵⁶ abarcando uma clara preferência pelos controles *a posteriori*, sobre os resultados, em detrimento dos tradicionais controles *a priori*, comuns na regulamentação sobre convênios.

De acordo com a doutrina,²⁵⁷ o Estado, através dos termos de parcerias, pode se associar com as OSCIP's sem as inconveniências das regras burocráticas estipuladas para os convênios.²⁵⁸ Para FRANCO, este instrumento é fruto de uma visão que tinha como sentido original celebrar relações entre instâncias estatais, “que se transformou em um pesadelo kafkiano quando aplicado para regular relações entre instâncias estatais e não estatais”.²⁵⁹

²⁵⁵ PAES, José Eduardo Sabo. Fundações e Entidades de Interesse Social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários. 2ª ed., Brasília, Brasília Jurídica, 2000. pp. 95-96

²⁵⁶ PAES, José Eduardo Sabo. Fundações e Entidades de Interesse Social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários. 2ª ed., Brasília, Brasília Jurídica, 2000. pp. 95-96

²⁵⁷ FRANCO, Augusto de. Prefácio. In: FERRAREZI, Elizabete; REZENDE, Valéria. OSCIP – Organização da Sociedade Civil de Interesse Público: a Lei 9.790/99 como alternativa para o terceiro setor. Brasília: Comunidade Solidária, 2000.

²⁵⁸ Os convênios eram regidos, à época, pela Instrução Normativa nº 1, de 1997, da Secretaria do Tesouro Nacional. Mais recentemente, esse regramento passou a ser feito pelo Decreto federal nº 6.170/2006 e pela Portaria Interministerial MPOG/MF/CGU nº 127, de 29.05.2008.

²⁵⁹ FRANCO, Augusto de. Prefácio. In: FERRAREZI, Elizabete; REZENDE, Valéria. OSCIP – Organização da Sociedade Civil de Interesse Público: a Lei 9.790/99 como alternativa para o terceiro setor. Brasília: Comunidade Solidária, 2000.

De qualquer forma, não obstante suas especificidades, conclui-se que o termo de parceria possui natureza jurídica similar aos convênios, submetendo-se às prescrições delineadas pela Lei nº 8.666/93, notadamente àquilo estabelecido pelo seu artigo 116.

4.1.3. DO PERÍODO DE VIGÊNCIA DO TERMO DE PARCERIA

Embora a Lei federal nº 9.790/99 não traga disposição específica sobre a vigência do termo de parceria, seu regulamento²⁶⁰ tenta estabelecer que esse instrumento pode ser estipulado por período superior ao do exercício fiscal. ROCHA,²⁶¹ contrapondo-se à regra apresentada pelo Decreto Federal nº 3.100/99, defende que a vigência do termo de parceria é de um exercício social (um ano, de janeiro a dezembro), talvez utilizando a mesma restrição do caput do art. 57 da Lei nº 8.666/93.²⁶² Já PAES, admitindo a disposição do regulamento, declara que os termos de parceria poderão ser celebrados por período superior ao do exercício financeiro.²⁶³ Não obstante, embora diante das relações jurídicas pactuadas, tal disposição seja plausível, ela encontra obstáculo no ordenamento jurídico nacional.

Para chegar-se à resposta correta, cumpre observar a omissão da Lei que regrou o termo de parceria e a constatação de que o regramento sobre os limites temporais de celebração repercutirão na criação de direitos e deveres entre a Administração e o particular. Ademais, o instrumento estará relacionado à atividade administrativa, restrita que é ao princípio da legalidade (no que pese as críticas merecidas, observadoras de que os conjuntos de tarefas absorvidas pela Administração Pública não mais se esgotam na noção de aplicação ou execução da lei, mas *implicam a ideia de uma capacidade autónoma de concretização dos objectivos estaduais*).²⁶⁴

Diante do necessário regramento imposto pelo princípio da legalidade, aqui não imaginado em seus contornos conservadores absolutos, é preciso identificar se existe, no ordenamento, algum regramento que apresente disposição diferente da estabelecida pelo Regulamento, em sua inovação.

²⁶⁰ Decreto Federal nº 3.100, de 30 de junho de 1999.

²⁶¹ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Terceiro Setor. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006. Pág. 94.

²⁶² VIOLIN, Tarso Cabral. As parcerias do terceiro setor com a Administração Pública. Fórum Administrativo – Dir. Público – FA, Belo Horizonte, ano 6, n. 70, p. 8225-8249, dez. 2006.

²⁶³ PAES, José Eduardo Sabo. Obra citada, p. 154.

²⁶⁴ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. Em busca do acto administrativo perdido. Coimbra: Almedina, 2003. p. 81.

Em primeiro, pela necessidade de verificar se há um desrespeito aos limites constitucionais da atuação regulamentar prevista no inciso IV do artigo 84 da Constituição Federal, pela eventual disposição do decreto de ir “além da edição de normas jurídicas que indiquem a maneira de ser observada a regra jurídica”.²⁶⁵ Essa atitude não vem sendo admitida pela doutrina brasileira, em virtude da interpretação do princípio da legalidade como vinculação positiva do administrador à lei (doutrina do *positive Bindung*).²⁶⁶

Em segundo, diante da omissão da Lei nº 9.790/99, faz-se necessária a pesquisa do ordenamento, por ser possível a existência de Lei em sentido estrito que estabeleça regra diferente para a respectiva relação jurídica, o que geraria uma antinomia entre ela e o referido Decreto. Pela concepção clássica, decorrente da tradição romanística de que o Direito não tolera antinomias,²⁶⁷ faz-se necessária a resolução de tal contradição. Essa, de acordo com os critérios consolidados pela jurisprudência clássica, poderia ser resolvida através do critério hierárquico, havendo prevalência da norma hierarquicamente superior, *in casu*, a eventual Lei.²⁶⁸ Pois bem, não obstante aquilo regulamentado pelo Decreto 3.100/99, é importante lembrar que o regramento geral relacionado aos contratos em sentido amplo, que abrangem os convênios e instrumentos congêneres, é estipulado pela Lei nº 8.666/93. Inexistindo regramento, na Lei nº 9.790/99, acerca da duração máxima dos termos de parceria,²⁶⁹ cumpre observar a abrangência da aplicação da legislação existente sobre o tema.

A Lei nº 8.666/93, no parágrafo único de seu artigo segundo, considerou como contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada. Noutro ponto, especificamente no artigo 116, ela determina que suas disposições aplicam-se, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração. Diante da redação dos dispositivos, a referida Lei incluiu os convênios e instrumentos congêneres no conceito amplo de contratos administrativos, ressaltando para esses negócios jurídicos a aplicação, no que couber, das suas disposições.

²⁶⁵ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de direito administrativo, 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 329.

²⁶⁶ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A constitucionalização do direito administrativo: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 57.

²⁶⁷ BOBBIO, Norberto, Teoria do ordenamento jurídico. 10ª edição. Brasília: UNB, 1999. p. 81.

²⁶⁸ BOBBIO, Norberto, Teoria do ordenamento jurídico. 10ª edição. Brasília: UNB, 1999. p. 93.

²⁶⁹ Caso existisse essa disposição, nesse sentido, na Lei nº 9.790/99, ela teria prevalência, em detrimento da Lei nº 8.666/93, em razão dos critérios da especialidade (forte) e da anterioridade (fraco).

Não há dúvidas de que a natureza jurídica do termo de parceria o aproxima da figura dos convênios, de forma que é fácil deduzir sua condição de “instrumento congênere”, para os fins previstos no citado artigo 116.

Sempre ressaltando que as regras da Lei nº 8.666/93 são cabíveis aos convênios e instrumentos congêneres, apenas quando compatíveis com suas características específicas (motivo pelo qual o legislador utilizou a expressão “no que couber”), com relação aos prazos, é evidente a existência de disciplinamento pelo artigo 57 da Lei nº 8.666/93. O dispositivo estabelece que a duração dos contratos administrativos ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários.

A norma apresenta algumas exceções, transcritas nos incisos do *caput*. Em síntese, respeitando condições como a vantagem da prorrogação e a previsão editalícia, as hipóteses excepcionais seriam: projetos cujos produtos estejam contemplados nas metas estabelecidas no Plano Plurianual, a prestação de serviços a serem executados de forma contínua, o aluguel de equipamentos e a utilização de programas de informática. Deve-se atentar que são poucas as situações de exceção, previstas pela Lei, e que o texto do artigo 57 da Lei nº 8.666/93 parece impor que os contratos administrativos apenas podem vigorar enquanto perdure o respectivo crédito orçamentário, ou seja, até o fim do exercício financeiro que, por regra, coincide com o ano civil.²⁷⁰

Parte da doutrina²⁷¹ entende que, embora a efetiva execução dos contratos esteja vinculada à previsão orçamentária, a regra do *caput* do artigo 57 permite que o prazo contratual não corresponda hermeticamente à vigência dos créditos orçamentários, sendo possível uma duração de 12 meses, mesmo que esta contenha períodos de exercícios financeiros diferentes (Ex: vigência contratual entre o dia 01 de julho de 2006 a 30 de Junho de 2007).²⁷²

Essa compreensão deriva da sensibilidade à problemática gerencial conduzida pela vinculação desses negócios ao exercício financeiro. A sincronia de periodicidade entre todas essas relações jurídicas, com prestações distendidas, levaria a um acúmulo preocupante nas tramitações internas dos processos, situação para a qual os órgãos contratantes não gozam sequer de estrutura ou pessoal qualificado suficiente para suprir tal necessidade. FURTADO lembra que a interpretação literal do dispositivo conduziria a situações de difícil

²⁷⁰ Artigo 34 da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964.

²⁷¹ FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Licitações e contratos administrativos. Ed. Atlas, 2001. Pág. 245.

²⁷² Cabe observar a falta de discussão específica, pela doutrina, em relação aos termos parceria. Nessa feita, citamos autores e julgados que tratam sobre os prazos relacionados aos contratos administrativos, por ser cabível a aplicação, no que couber, dos dispositivos da Lei nº 8.666/93, sobre a perspectiva dos termos de parceria.

gerenciamento, produzindo, indiscutivelmente, imensas dificuldades para a Administração Pública.²⁷³

De forma interessante, o Tribunal de Contas da União, embora defenda a regra geral de coincidência entre a vigência contratual e o exercício financeiro, segue parcialmente essa opinião, permitindo tal compreensão nos contratos a serem executados de forma contínua (inciso II, do artigo 57, do estatuto licitatório), tendo, em seus julgados, determinado a estipulação de prazos de vigência não superiores a doze meses, com a possibilidade de prorrogação contratual.²⁷⁴

Essa compreensão, entretanto, diante dos ditames estabelecidos pelo nosso ordenamento, não dá resposta satisfatória a todos os negócios jurídicos pactuados pela Administração que tornem necessária uma vigência que ultrapasse o exercício financeiro, fazendo com que o tema mereça maior reflexão.

4.1.3.1. DA VIGÊNCIA DO TERMO DE PARCERIA ALÉM DO EXERCÍCIO FINANCEIRO.

É evidente a contradição entre o disciplinamento literal da Lei e o entendimento que permite a dilação do termo de parceria por período que ultrapasse o exercício financeiro, podendo gerar um problema causado pela falta de previsão orçamentária para a continuidade da contratação.

Entendia-se, como solução, que, havendo imprevisão dos recursos orçamentários para custeio da continuidade da relação no exercício subsequente, o resultado deveria ser a impossibilidade de sua continuação, tendo em vista a vedação legal de realização de despesa sem disponibilidade de recursos orçamentários. Essa compreensão parecia compatível com a disposição transcrita no inciso III, do § 2º, art. 7º, da Lei n º 8.666/93, ao regram que as obras e os serviços somente poderão ser licitados quando houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso.

²⁷³ FURTADO, Lucas. Curso de Licitações e contratos administrativos. Ed. Atlas, 2001. Pág. 245.

²⁷⁴ TCU - Acórdão nº 3.564/2006 - 1ª Câmara. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ListaDocumentos?qn=1&p=0&di=1&dpp=20>>. Acesso em 21, fevereiro de 2009.

Seria interpretado, nesse raciocínio, que a legislação limita a necessidade de previsão orçamentária aos negócios jurídicos a serem executados no exercício vigente, o que permitiria que a exigência vinculasse tão somente o exercício financeiro em curso, autorizando a imprevisão em relação ao período posterior. Admitir-se-ia, como legal, firmar termo de parceria por período que extrapolasse o exercício financeiro, bastando o esforço do órgão contratante ou parceiro para incluir na proposta orçamentária do ano subsequente os recursos orçamentários ao adimplemento do restante do período. Todavia, há empecilhos intransponíveis para tal interpretação.

Para alguns, o entendimento que permite a estipulação contratual²⁷⁵ pelo prazo de 12 meses se choca com o disposto no artigo 167 da Constituição Federal, que veda a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais. Esse foi o pensamento externado pelo relator do Acórdão nº 420/2003, do plenário do TCU.²⁷⁶ Pela decisão, mesmo nos casos excepcionais estabelecidos nos incisos I, II e IV, do artigo 57 da Lei nº 8.666/93, em que pode haver prorrogação da vigência contratual, findo o prazo da vigência do respectivo crédito orçamentário, o contrato deve chegar a seu termo, podendo o administrador prorrogá-lo, com o mesmo contratado e nas mesmas condições fixadas no ajuste inicial, sem necessidade de se promover nova licitação.

Em relação ao artigo 167 da Constituição Federal, deve-se asseverar que a intenção do constituinte foi estabelecer um limite quantitativo para a realização de despesas e assunção de obrigações, o que é ínsito à própria natureza da organização orçamentária.

A leitura adequada do dispositivo leva à compreensão de que, no exercício orçamentário, é vedado realizar despesas ou assumir obrigações que extrapolem o orçamento disponível. É uma regra básica: o que ela veda são os gastos que excedam as rubricas orçamentárias, proibição que tem relação direta com os princípios orçamentários da universalidade e da legalidade. A interpretação literal do dispositivo, desprezando a condicionante temporal do exercício financeiro e sua concepção como regra para a execução orçamentária, levaria a uma situação em que qualquer obrigação assumida, que não fosse investimento incluído no plano plurianual, sobre o qual existe ressalva expressa no § 1º do artigo 167, com reflexos financeiros em outros exercícios, seria inconstitucional.

Uma interpretação sistemática indica que a vedação constitucional é circunscrita ao exercício financeiro e se caracteriza como uma regra constitucional de execução

²⁷⁵ Reitere-se, usando o raciocínio de que para o termo de parceria, enquanto instrumento congênere ao convênio, há incidência parcial das regras da Lei geral de licitações e contratos.

²⁷⁶ Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ListaDocumentos?qn=1&p=0&di=1&dpp=20>>. Acesso em 21, fevereiro de 2009.

orçamentária, não servindo como argumento fatal à continuidade dos contratos administrativos em sentido amplo. A Constituição impede a realização de despesas ou assunção de obrigações que, no exercício orçamentário, extrapolem a previsão disponível, não encontrando amparo na legislação orçamentária, que é o instrumento legal de antevisão das despesas e receitas e, portanto, de planejamento da Administração.

Noutro diapasão, pelo princípio da anualidade, a Lei Orçamentária Anual é periódica, restringindo a previsão de despesas relativas à dívida pública, mobiliária e contratual, em relação ao respectivo exercício financeiro. Não haveria sentido em disposição que exigisse a previsão de recursos orçamentários, pela LOA, para os exercícios subseqüentes ao de sua vigência, já que esta seria incabível. Por conta disso, a tentativa de uma interpretação restritiva, do inciso III, do § 2º, art. 7º, da Lei n.º 8.666/93, que libera da exigência a prestação contratual em relação ao exercício financeiro subseqüente, é tecnicamente inadequada.

Quando se permite que o termo de parceria seja celebrado por período superior ao exercício fiscal, sem apresentação de limites a tal celebração, está se autorizando o Poder Executivo a pactuar obrigações que repercutirão em despesas, sem a devida submissão ao controle prévio feito pelo Legislativo, quando da aprovação da legislação orçamentária. Há uma violação ao princípio da interdependência dos poderes constitucionais e um desprezo pelo caráter racionalizador proporcionado pelo planejamento, em relação à atuação do próprio Estado, elemento que induz sua obrigatoriedade.²⁷⁷

Para tratar corretamente a celeuma em debate, qual seja, os obstáculos à vigência dos termos de parceria além do exercício financeiro, é preciso entender os motivos que levam a se impor, para os contratos em sentido amplo, a obediência não apenas aos créditos orçamentários, mas também ao respectivo exercício financeiro.

O orçamento funciona, politicamente, como um instrumento de harmonia e interdependência entre os poderes, pelo qual o Legislativo pode frear exageros ou excessos do Poder Executivo na realização de despesas públicas.²⁷⁸ Juridicamente, como se sabe, o orçamento é lei formal, embora apresente conteúdo de ato de administração, fixando despesas públicas e prevendo as receitas necessárias. No Brasil, a legislação orçamentária possui natureza meramente autorizativa, não impondo a realização das despesas previstas. Essa opção é resultado natural do fortalecimento do Poder Executivo, que, assim, pode usar a

²⁷⁷ TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 2ª Edição. São Paulo: Método. p. 316.

²⁷⁸ DEZEN JÚNIOR, Gabriel. *Curso Completo de Direito Constitucional*. Volume I. 8ª Edição. Brasília: Vestcon, 2004. Pág. 701.

execução orçamentária como instrumento de negociações políticas com bancadas ou com parlamentares, para aprovação de projetos ou assuntos de interesse do Governo.

Além da consolidação da concepção do orçamento como um importante instrumento de planejamento e racionalização da atividade administrativa e econômica,²⁷⁹ deve-se entender que a submissão da proposta orçamentária ao crivo do Poder Legislativo permite que os representantes do povo, no parlamento, possam intervir na estipulação dos gastos públicos, intervenção que condiciona a validade de tal estipulação. Não é à toa que, ressalvada a hipótese de abertura de crédito extraordinário, é vedada a edição de medida provisória sobre matéria orçamentária. Trata-se de uma manifesta disposição constitucional que mantém a estrutura de pesos e contrapesos, garantindo a autolimitação do Poder Político pela atuação de um Poder como instrumento harmônico e democrático de obstáculo a abusos cometidos por outro.

Pois bem, a estipulação de uma parceria que gere transferência de recursos públicos, por órgão do Executivo, com assunção de obrigações em relação ao período no qual o planejamento de despesas (proposta orçamentária) não foi ainda submetido ao crivo do Legislativo ou que desrespeite as regras orçamentárias, fere frontalmente essa harmonia. Tal afronta permitiria que o Executivo impusesse despesas ao Estado sem a necessária autorização do parlamento, atitude que não pode ser admitida, exceto nas hipóteses constitucionalmente permitidas.

Além dessa questão, relacionada ao papel do orçamento e da legislação orçamentária, historicamente, os absurdos administrativos cometidos ajudaram a desenvolver a intelecção de que é imprescindível o controle responsável dos gastos públicos, que deve não apenas ser circunscrito ao montante de despesas, mas também atentar para a capacidade de endividamento da Administração.

Dentro da compreensão política e jurídica de orçamento, é a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/2000) que, em seu artigo 15 e 16, parece criar o grande obstáculo para a compreensão de que o termo de parceria possa extrapolar o exercício financeiro. Seu artigo 15 considera como não autorizada, irregular e lesiva ao patrimônio público a geração de despesa ou assunção de obrigação que não atenda ao disposto por seus artigos 16 e 17. Entre as disposições dos artigos indicados, consta que a criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa exigirá a declaração do ordenador da despesa de que o acréscimo tem adequação orçamentária e financeira com a

²⁷⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal Anotada. 3.^a ed. Saraiva. 2001. p. 1109.

Lei Orçamentária Anual e compatibilidade com o Plano Plurianual e com a Lei de Diretrizes Orçamentárias.

Mais ainda, para fins de compreensão de sua regra, a Lei Complementar estipula que a “adequação com a lei orçamentária anual” pressupõe que a despesa seja objeto de dotação específica e suficiente, ou que esteja abrangida por crédito genérico, de forma que somadas todas as despesas da mesma espécie, realizadas e a realizar, não ultrapassem os limites estabelecidos para o exercício. Ou seja, ao atestar a existência de recursos orçamentários, o ordenador de despesa deve apontar a rubrica específica ou, no caso de dotação genérica, garantir que outras despesas, realizadas ou a realizar, com a utilização de recursos da mesma dotação, não comprometam o adimplemento das obrigações que se pretendem contrair.

Resta evidente que a política de responsabilidade fiscal imposta pela Lei Complementar nº 101/2000 determina o planejamento dos gastos de acordo com o orçamento vigente, isso porque é do espírito da própria Lei exigir instrumentos de consolidação da dívida pública.²⁸⁰ Confirmando essa assertiva, a LC 101/2000, especificamente em seu artigo 37, fazendo uma equiparação com operações de crédito, veda a assunção de obrigações com fornecedores, sem autorização orçamentária, para pagamento *a posteriori* de bens e serviços. Esse dispositivo aponta a impossibilidade de previsão de obrigação que extrapole os limites orçamentários, dessa vez, claramente vinculando o aspecto temporal do negócio jurídico.

Isso tudo porque os preceitos de responsabilidade fiscal exigem controle não apenas dos gastos imediatos, mas também da capacidade de endividamento do ente público. Quando é vedada a assunção de obrigação, sem autorização orçamentária, para posterior pagamento, impede-se justamente a conclusão de pactos negociais que imputem a um momento futuro e incerto a indicação dos recursos suficientes ao seu adimplemento.

A compatibilização do inciso III, do § 2º, Art. 7º da Lei n º 8.666/93 às regras da Lei de Responsabilidade Fiscal induz uma interpretação que não admite, ressalvados os casos permitidos pela Constituição e pela própria LRF, sejam contraídas obrigações para exercício financeiro posterior, sem a respectiva previsão de recursos orçamentários que garantam o pagamento de tais obrigações. Parece intransponível a necessária vinculação dos termos de parceria aos recursos orçamentários do exercício financeiro, embora seja possível a previsão de prorrogação contratual, o que permitirá, oportunamente, a continuidade do negócio jurídico, lastreada em nova atestação de recursos orçamentários, bem como adequação dos gastos aos preceitos da Lei de Responsabilidade Fiscal.

²⁸⁰ MARTINS, Ives Gandra e NASCIMENTO, Carlos Valder do. (Org.). Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal. 2001. Saraiva. Pág. 116/117.

Em conclusão, ao menos em relação aos termos de parceria que ensejem dispêndio de recursos públicos, faz-se necessário vincular, como regra, sua duração à vigência dos créditos orçamentários, não apenas pela disposição do artigo 57 do estatuto licitatório, mas como efeito do planejamento orçamentário, do respeito ao princípio da interdependência entre os poderes e da obediência ao conceito de gestão fiscal responsável, aprimorado com a aprovação da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Admitindo-se uma interpretação que autorize a utilização, por analogia, do entendimento adotado pelo TCU²⁸¹ (em relação aos serviços a serem executados de forma contínua), poder-se-ia permitir, para as parcerias cujo objeto exigisse continuidade das atividades de interesse públicos abrangidas pelo termo de parceria, que a vigência desses instrumentos pudesse ultrapassar o exercício financeiro. Entretanto, além da estipulação máxima de 12 meses, com possibilidade de prorrogação, seria necessário que a previsão orçamentária e o empenho relacionado ao pacto firmado já abrangessem a totalidade dos recursos previstos para o período anterior à eventual prorrogação.

Essa compreensão resguarda o planejamento e o respeito às disposições orçamentárias, podendo as despesas empenhadas e não pagas serem consideradas, no exercício seguinte, como restos a pagar, nos termos do artigo 36 da Lei federal nº 4.320/64.

4.1.3.2. DA PRORROGAÇÃO DO TERMO DE PARCERIA

A Lei nº 9.790/99 não disciplina sobre a prorrogação do termo de parceria. Todavia, em sua regulamentação, o §1º do artigo 13 do Decreto nº 3.100/99 tratou sobre tal possibilidade. Em princípio, não haveria qualquer absurdo na disposição regulamentar que estipulasse a possibilidade de prorrogação, pois, mesmo havendo omissão na Lei nº 9.790/99, verifica-se que o ordenamento permite, em regra, que pactos negociais feitos pela Administração sejam prorrogados, desde que cumpridos determinados requisitos de ordem pública.

²⁸¹ O Tribunal de Contas da União, como comentado, tem permitido que a vigência dos contratos previstos no inciso II do artigo 57 da Lei nº 8.666/93 ultrapasse o exercício financeiro. Contudo, o TCU tem determinado a estipulação de prazos de vigência não superiores a doze meses, embora admita a possibilidade de prorrogação contratual. Vide TCU - Acórdão nº 3.564/2006 - 1ª Câmara.
Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ListaDocumentos?qn=1&p=0&di=1&dpp=20>>. Acesso em 21, fevereiro de 2009.

Identifica-se que a Lei nº 8.666/93, ao estabelecer normas gerais para os contratos administrativos em sentido amplo, admite a prorrogação contratual, conforme se verifica, por exemplo, na leitura de seu artigo 57. Ao dispor sobre a possibilidade de prorrogação do termo de parceria, o regulamento não estaria inovando no ordenamento, mas disciplinando uma situação prevista na Lei Geral de Licitações e Contratos, que seria a norma pressuposto da disposição regulamentar.

Diante desse regramento, discorda-se do entendimento que aponta para a possibilidade de que a prorrogação do termo de parceria pudesse ser providenciada por simples apostila.²⁸² É que, pela Lei nº 8.666/93, a regra geral de alteração contratual exige a realização de termo aditivo, que é o instrumento apto a formalizar sua modificação contratual. A Lei Geral apenas permite que seja utilizada a apostila para algumas situações específicas, para as quais, entendeu o legislador, seria desnecessária a formatação de termo aditivo, que exige procedimento mais burocrático.

Em síntese, a apostila é a anotação ou registro administrativo realizado no contrato ou nos demais instrumentos hábeis que o substituem, podendo ser feita no verso da última página do instrumento contratual ou através da juntada de outro documento. Nos termos do §8º do artigo 65 da Lei nº 8.666/93, a apostila pode ser utilizada nos seguintes casos: variação do valor contratual decorrente de reajuste previsto no contrato, compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento, empenho de dotações orçamentárias suplementares até o limite do seu valor corrigido. Como se vê, a imposição do regramento geral exige que eventuais prorrogações do termo de parceria sejam submetidas a termos aditivos, com os procedimentos naturais à espécie.

Adiante, observa-se que o Decreto não só tratou sobre possibilidade de prorrogação, mas tentou permitir que, mesmo expirada a vigência do termo de parceria, ele, posteriormente, pudesse ser prorrogado. Essa situação interessante, de prorrogar algo após o término de sua existência, poderia ocorrer caso verificado inadimplemento de seu objeto, pelo órgão parceiro, ou caso houvesse excedentes financeiros disponíveis com a OSCIP.

O regulamento busca legitimar despesas, previstas no termo de parceria, mas realizadas apenas no período compreendido entre o encerramento original da vigência e a

²⁸² VIOLIN, Tarso Cabral. As parcerias do terceiro setor com a Administração Pública. Fórum Administrativo – Dir. Público – FA, Belo Horizonte, ano 6, n. 70, p. 8225-8249, dez. 2006. p. 8245. Também nesse sentido, FERRAREZI, Elisabete e REZENDE, Valéria. OSCIP – Organização da Sociedade Civil de Interesse Público: a Lei 9.790/99 como alternativa para o terceiro setor. Brasília: Comunidade solidária, 2000. p. 52.

formalização do novo termo.²⁸³ Essas disposições contrariam o fato de que um negócio jurídico resolvido, pela ocorrência de seu termo final, encontra-se extinto, não podendo ser prorrogado. Esse foi o entendimento apresentado pelo Ministro ZYMLER, do Tribunal de Contas da União:

É nosso entendimento, do Direito Administrativo e Civil, que um contrato resolvido de pleno direito encontra-se extinto e não produz quaisquer efeitos. Importa dizer que os acessórios (aditamentos) devem sempre seguir o principal (contrato). Estando o contrato resolvido de pleno direito, não há que se falar em aditamentos eficazes.²⁸⁴

VIOLIN também defende a inaplicabilidade do regramento disposto pelo Decreto, notadamente, no §1º de seu artigo 13.²⁸⁵

O art. 13, § 1º, do Decreto nº 3.100/99, segundo nosso entendimento, é juridicamente questionável, pois dispõe que mesmo no caso de expiração da vigência do termo de parceria, será possível sua prorrogação, o que não é condizente com o ordenamento jurídico, seja para contratos, convênios, contratos de gestão ou termos de parceria.

Diferentemente do que pretende induzir o Decreto, se a prorrogação não for feita até o vencimento do prazo do termo de parceria, ocorrerá sua extinção, não sendo possível prorrogar, posteriormente, algo já finalizado, conforme as célebres lições de MEIRELLES.²⁸⁶

Eventuais problemas relacionados às despesas realizadas irregularmente, em período sem cobertura do instrumento, devem ser analisadas pela Administração, inclusive, para fins de convalidação, nulidade, responsabilização ou sancionamento da entidade. Essa compreensão é mais correta e adequada que permitir a prorrogação de um instrumento com sua vigência já expirada.

²⁸³ Art. 13. O Termo de Parceria poderá ser celebrado por período superior ao do exercício fiscal.

§ 1º Caso expire a vigência do Termo de Parceria sem o adimplemento total do seu objeto pelo órgão parceiro ou havendo excedentes financeiros disponíveis com a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, o referido Termo poderá ser prorrogado.

§ 2º As despesas previstas no Termo de Parceria e realizadas no período compreendido entre a data original de encerramento e a formalização de nova data de término serão consideradas como legítimas, desde que cobertas pelo respectivo empenho.

²⁸⁴ Acórdão 676/2008 – Plenário. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=4&doc=3&dpp=20&p=0>>. Acesso em 21, fevereiro de 2009.

²⁸⁵ VIOLIN, Tarso Cabral. As parcerias do terceiro setor com a Administração Pública. Fórum Administrativo – Dir. Público – FA, Belo Horizonte, ano 6, n. 70, p. 8225-8249, dez. 2006. p. 8245.

²⁸⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 30ª edição. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 230.

4.2. A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS NÃO EXCLUSIVOS ATRAVÉS DE TERMOS DE PARCERIA

Analisados aspectos técnicos e a natureza jurídica do termo de parceria, convém firmá-lo como instrumento de cooperação, de natureza jurídica semelhante aos convênios, firmado entre o Poder Público e entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, para fins de realização das atividades descritas no artigo 3º da Lei nº 9.790/99.

Amplos debates, realizados no âmbito do Conselho da Comunidade Solidária, envolviam a necessidade de mudança na legislação do Terceiro Setor. Destacava-se a imperiosa reformulação do seu marco legal, com os fins de exigência para que, nas parcerias com o Poder Público, o estabelecimento de direitos fosse acompanhado pela contrapartida de obrigações das entidades, quando envolvidos recursos estatais.²⁸⁷ Como fruto desse novo raciocínio, as OSCIP's surgiram com menores desvirtuamentos que as Organizações Sociais, apresentando-se como importante instrumento para a qualificação de entidades nas parcerias entre Estado e a sociedade civil, para a realização de tarefas socialmente relevantes.²⁸⁸

Ressalte-se que a prestação de serviços não-exclusivos pelas entidades do Terceiro Setor, através de fomento estatal, não retira do Estado a responsabilidade pelo planejamento e pela efetivação de políticas públicas. Inadmissível esse tipo de raciocínio, que busca comprometer a responsabilização social do Estado brasileiro, culminando no que a ALMEIDA denomina “privatização da questão social”.²⁸⁹

Outro aspecto negativo, que merece destaque, é a tentativa de utilização da OSCIP para terceirização de serviços públicos ou a realização de atividades finalísticas do órgão parceiro, como meio de burla ao princípio do concurso público. Tal prática é inaceitável, uma vez que o termo de parceria é instrumento criado para incentivar a atuação do Terceiro Setor e não para transferir as obrigações estatais para o setor privado.²⁹⁰

²⁸⁷ DIAS, Maria Tereza Fonseca. Terceiro setor e Estado: legitimidade e regulação: por um novo marco jurídico. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 166/167.

²⁸⁸ PRADO, Inês Maria Coimbra de Almeida; CASTRO, Taiane Lobato de. (2007.) O controle do terceiro setor. In: Revista de Direito Sanitário. v. 8, n. 2, p. 11-33. jul/out. 2007. (15).

²⁸⁹ ALMEIDA, E. T. V. (2004.) Crítica da metamorfose do conceito de sociedade civil em “terceiro setor”. Revista Serviço Social & Sociedade. Ano XXV, n. 80, nov. p. 94-110.

²⁹⁰ VIOLIN, Tarso Cabral. Estado, ordem social e privatização - as terceirizações ilícitas da administração pública por meio das organizações sociais, OSCIPs e demais entidades do “terceiro setor”. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Nº 12. Dez/jan/fev 2008. Salvador. ISSN 1981-1988. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/buscarevistas.asp?txt_busca=%20Tarso%20Cabral%20Violin> , acesso em 27/02/2009, às 10:45.

A missão de estipular diretrizes para essas relações de parceria exige, inclusive, repensar a própria noção do público e distingui-lo tanto do estatal como do privado.²⁹¹ Simone de Castro Tavares Coelho, analisando as relações entre o Estado e o Terceiro Setor, traçou um estudo comparativo sobre essas relações no Brasil e nos Estados Unidos. A autora concluiu que nos EUA há uma tradição de interação, parcialmente fruto da cultura associativa do país, enquanto, no Brasil, as relações entre as agências públicas e o Terceiro Setor resultam, tradicionalmente, de políticas assistencialistas com critérios pouco universalistas. Ela lembra, ainda, que, enquanto nos Estados Unidos o relacionamento das agências públicas com essas entidades privadas é indiscriminado, no Brasil ainda se verifica um ranço assistencialista.²⁹²

Mas não é esse o espírito que se espera nas relações de parceria. Como explica COELHO, elas não devem significar a transferência de funções do Estado para a sociedade civil. Seria inadmissível tal omissão por parte do Poder Público, notadamente em países que ainda não alcançaram nível de desenvolvimento adequado, por outro lado, o Estado deve prover os meios para que todos tenham acesso aos serviços sociais, o que não implica necessária atuação estatal direta.²⁹³

Tal compreensão tem relação direta com o princípio da subsidiariedade, que se apresenta como modelo inspirador para a reforma do aparelho estatal, rompendo com o “consenso intervencionista e impulsionador da transformação da Administração Pública, que perde sua configuração impositiva e burocratizada, ganhando feição consensual e gerencial, com a substituição do mecanismo clássico da coerção pelo da colaboração”.²⁹⁴ Tudo isso produz uma gestão pública baseada em instrumentos consensuais e negociais, como contratos de gestão, acordos e termos de parcerias, com vistas à obtenção de uma melhor eficiência do atuar da Administração.²⁹⁵

A mudança de paradigma, que permite a concepção de que os serviços de interesse público possam ser realizados pelo Terceiro Setor, com o fomento do Estado, apresenta-se como algo natural ao Estado Democrático de Direito, que tem entre seus princípios

²⁹¹ GONÇALVES, Vânia Maria Nascimento. Estado, Sociedade Civil e Princípio da Subsidiariedade na era da Globalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 144.

²⁹² COELHO, Simone de Castro Tavares. Terceiro Setor: um estudo comparado entre Brasil e Estados Unidos. São Paulo: Editora SENAC, 2000. p. 189.

²⁹³ COELHO, Simone de Castro Tavares. Terceiro Setor: um estudo comparado entre Brasil e Estados Unidos. São Paulo: Editora SENAC, 2000. p. 163/164.

²⁹⁴ PIOVESAN, Flavia; BARBIERI, Carla Bertucci. Terceiro setor e Direitos Humanos. In: CARVALHO, Cristiano; PEIXOTO, Marcelo Magalhães. (Orgs.). Aspectos Jurídicos do Terceiro Setor. São Paulo: Thomson / IOB, 2005. p. 75-98.

²⁹⁵ PIOVESAN, Flavia; BARBIERI, Carla Bertucci. Terceiro setor e Direitos Humanos. In: CARVALHO, Cristiano; PEIXOTO, Marcelo Magalhães. (Orgs.). Aspectos Jurídicos do Terceiro Setor. São Paulo: Thomson / IOB, 2005. p. 75-98.

fundamentais a participação ativa da sociedade na gestão dos interesses públicos.²⁹⁶ Por outro lado, a participação da sociedade civil ganha valor pelo seu papel de ressonância dos problemas sociais, o que pode legitimar e atualizar as ações de políticas públicas desenvolvidas pelo Estado.

Conforme foi aventado, o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado²⁹⁷ destacou a existência de duas formas de Administração Pública relevantes: a administração pública burocrática e a administração pública gerencial. De acordo com o Plano, o modelo burocrático, embora sofra com o excesso de formalismo e com a ênfase no controle dos processos, traz como vantagens a segurança e a efetividade das decisões. Noutro prisma, o modelo gerencial se caracteriza pela busca da eficiência e do resultado.

Nesses termos, no núcleo estratégico, em que o essencial é a correção das decisões tomadas e o princípio administrativo fundamental é o da efetividade, é mais adequado que haja um misto de administração pública burocrática e gerencial. Já no setor dos serviços não-exclusivos, o Plano usou um raciocínio gerencial, fundamentado no princípio da eficiência, priorizando a qualidade e o custo dos serviços prestados aos cidadãos.

BRESSER-PEREIRA, definindo os serviços não-exclusivos como aqueles que o Estado pode prover, mas que também podem ser oferecidos pelo setor privado e pelo setor público não-estatal (serviços de educação, de saúde, culturais e de pesquisa científica), aponta que:

Há três possibilidades em relação aos serviços não-exclusivos: podem ficar sob o controle do Estado; podem ser privatizados; e podem ser financiados ou subsidiados pelo Estado, mas controlados pela sociedade, *i.e.*, ser transformados em organizações públicas não-estatais. O burocratismo e estatismo defendem a primeira alternativa; os neoliberais radicais preferem a segunda via; os sociais liberais ou os social-democratas modernos (ou democratas liberais, na acepção norte-americana) defendem a terceira alternativa. Há inconsistência ente a primeira e a administração pública gerencial; a administração pública gerencial tem dificuldades em conviver com a segunda alternativa, e é perfeitamente coerente com a terceira.²⁹⁸

Os reformistas pretenderam introduzir uma nova fórmula de gestão de serviços públicos, segundo a qual o Estado não mais prestaria tais serviços e sim os financiaria

²⁹⁶ DIAS, Maria Tereza Fonseca. Terceiro setor e Estado: legitimidade e regulação: por um novo marco jurídico. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 27.

²⁹⁷ BRASIL, Presidente. PLANO DIRETOR DA REFORMA DO APARELHO DO ESTADO: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado, Ministério da Administração e Reforma do Estado, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/publi_04/COLECAO/PLANDI.HTM. Acesso em: 08/08/08, às 17:04:45.

²⁹⁸ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Estratégia e estrutura para um novo Estado. Revista de Economia Política. vol. 17, nº 3 (67), julho-setembro/997. p. 35/36.

mediante a outorga de subsídios financeiros a particulares que os prestassem.²⁹⁹ Esses particulares se encontrariam em um setor da sociedade denominado pelos reformistas de público não-estatal, para o qual seria descentralizada a execução dos serviços não exclusivos do Estado, através de fomento público.

Do ponto de vista dos interesses envolvidos, isso parece dar uma condição adequada às atividades de interesse público. Resguarda-se nova distribuição aos segmentos ou setores da sociedade, tradicionalmente concebidos, outrora fulcrados em uma dicotomia Estado-Público/Mercado-Privado, adequando-a à participação da sociedade civil, nas prestações sociais de interesses público.

Foi justificada a utilização, pelos reformistas, da expressão “público não-estatal”. Destaca-se o “público” pela relação desse setor com o interesse público e o “não-estatal” pela negativa de sua condição como parte do aparelho do Estado. Diante da ampliada necessidade de prestação de serviços sociais e da imposição de que o Estado, mesmo quando não titularize a prestação, assuma a condição de incentivador da atuação das instituições privadas, na efetivação dessas prestações de interesse público, o público não-estatal passa a ser um parceiro estratégico para a prestação dos serviços não-exclusivos.

Esses elementos são importantes para a construção de princípios que devem reger essas parcerias entre o Estado e o Terceiro Setor, destacando o caráter público das entidades e a sua separação em relação ao aparelho estatal. É nessa conjuntura que devem ocorrer as parcerias realizadas pelas OSCIPs com o Poder Público, para realização de serviços não-exclusivos, através dos termos de parceria previstos na Lei nº 9.790/99. Foi nesse espírito, de buscar identificar o público não-estatal, que a norma estipulou candidatos positivos e candidatos negativos, para fins de realização da parceria.

Noutro prisma, devem-se identificar duas importantes nuances que envolvem essas parcerias. Em primeiro, elas são consequência da atividade de fomento, ínsita ao princípio da subsidiariedade, de forma que o objetivo não deve se resumir ao custeio do setor privado para a prestação de serviços não-exclusivos, mas propor algo maior, o incentivo a essa atividade privada. Diante da natureza subsidiária da atividade de fomento, devem-se avaliar as atividades já prestadas pelas entidades, impedindo o dirigismo estatal e a dependência econômica do Terceiro Setor:

[...], a atividade administrativa de fomento, como visto, está marcada, especialmente, pelo princípio da subsidiariedade e o da repartição dos riscos, o que impede o Estado de promover, com recursos exclusivos do Tesouro Nacional, as atividades socialmente relevantes desempenhadas pelos

²⁹⁹ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Terceiro Setor. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 40.

particulares, que, por conta dos citados princípios, devem investir recursos próprios nas atividades desenvolvidas, a fim de evitar que a filantropia venha a ser exercida exclusivamente com recursos alheios (governamentais) e o fomento transforme-se em sustento...³⁰⁰

As parcerias com o setor público não-estatal não têm como fundamento o mero intuito de transferência de recursos públicos, com mudança da titularidade da prestação. Elas vinculam-se, essencialmente, à atividade de fomento, relacionada ao princípio da subsidiariedade, anteriormente analisado. Por conta disso, as parcerias não podem (nem devem) gerar dependência ou dirigismo estatal sobre as atividades do Terceiro Setor. O intuito deve ser de incentivo aos serviços não-exclusivos realizados, independentemente da transferência de recursos públicos.

Essa atividade de fomento, em relação às entidades privadas que realizam serviços sociais não-exclusivos, tende a incentivar iniciativas filantrópicas das organizações da própria sociedade civil, o que pode gerar um efeito multiplicador positivo na realização de políticas públicas. Deve ser feito planejamento pelo órgão parceiro, para que a parceria não repercuta em financiamento aleatório, pelo qual o Estado custeie e dirija a atuação dessas entidades do Terceiro Setor. O fomento deve gerar incentivo para a ampliação e livre continuidade das atividades de prestações de serviços não-exclusivos realizadas pelas entidades privadas.

Em segundo, impõe-se que a transferência de recursos públicos para as entidades parceiras implique incidência total ou parcial do regime jurídico administrativo, coibindo abusos e impedindo que esse novo raciocínio de prestação de serviços sociais seja deturpado pela ação predatória da corrupção.

A atuação administrativa não só permite, mas exige a incidência, mesmo que parcial, desse regime publicístico, para resguardar os interesses tutelados pelas prestações que buscam materializar os serviços de interesse público. Não atentar para isso pode gerar um ambiente propício a fraudes e desvio de recursos, para entidades forjadas com interesses outros. Nesse ambiente, em virtude da liberdade institucional permitida a essas entidades privadas, pode-se criar um sistema de corrupção para o qual os instrumentos repressivos tradicionais demonstram-se pouco eficientes.

Diante dos problemas que historicamente têm se apresentado na relação de financiamento entre o Estado e o Terceiro Setor, devem-se identificar as características e a intensidade com que o regime jurídico público deve permear as relações de parceria com essas pessoas jurídicas de direito privado. Assim, evitar-se-á o quadro desenhado por

³⁰⁰ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Terceiro Setor. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 41.

SALAMON, ao afirmar que, no Brasil, a antiga história de oposição entre sociedade civil e Estado autoritário gerou regulamentos que comprometeram seriamente a posição legal do Terceiro Setor, tornando a designação entidade civil de interesse público um caso de favoritismo e vínculos pessoais.³⁰¹

No caso das transferências diretas de recursos públicos para OSCIP's, o favorecimento pode ser verificado na seleção discricionária da entidade parceira, em detrimento de uma pluralidade de organizações interessadas, capazes de prestar o mesmo serviço não-exclusivo. Tal abertura gera riscos, permitindo que essas formas de parcerias resultem no uso do Estado em benefícios de poucos, pela captura estatal, que ocorre quando um grupo de pessoas perpassa o público fazendo uso da máquina de governo para benefício próprio.³⁰²

É este o desafio verificado na atualidade e visitado por esta pesquisa: apontar instrumentos que possam impedir desvios na seleção das organizações parceiras, sem conspurcar a natureza do Terceiro Setor e das relações de parceria imaginadas pela reforma, em relação às entidades qualificadas como OSCIP's.

³⁰¹ LESTER, Salamon. Estratégias para o Fortalecimento do Terceiro Setor. In: IOSCHPE, Evelyn Berg. Terceiro Setor: desenvolvimento social sustentado. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1997. p. 103.

³⁰² PRADO, Inês Maria Coimbra de Almeida; CASTRO, Taiane Lobato de. (2007.) O controle do terceiro setor. In: Revista de Direito Sanitário. v. 8, n. 2, p. 11-33. jul/out. 2007. (27).

5. A ESCOLHA DA ENTIDADE PARCEIRA E A NECESSIDADE DE LICITAÇÃO

Identificados aspectos técnicos do termo de parceria, sua natureza jurídica, as regras necessárias para sua vigência e as nuances que envolvem a prestação de serviços não-exclusivos através desses instrumentos, enfrentar-se-á o principal objetivo deste trabalho. Ele se concentra na discussão sobre a necessidade ou não de licitação para a escolha da entidade parceira, construída através de elementos identificados em nosso ordenamento. Também será analisado o concurso de projetos, forma de seleção indicada pelo Decreto Federal nº 3.100/99, apresentando-se propostas de mecanismos ou instrumentos que podem ser utilizados para a seleção da organização parceira, na intenção de impedir abusos e desvios, sem conspurcar a natureza das entidades e a eficiência das relações de cooperação

Deve-se asseverar que, embora a lei tenha se preocupado em evitar subjetivismos no procedimento de concessão dos títulos de qualificação, não teve o mesmo cuidado ao reger a relação gerada pelos termos de parceria. Através desses instrumentos, são gerados pactos de cooperação que resultam na transferência de recursos públicos para entidades privadas, não pertencentes ao Estado. Isso, em princípio, induz à incidência do regime jurídico administrativo para a seleção das entidades parceiras. Contudo, a Lei nº 9.790/99 foi omissa nesse ponto, permitindo o mesmo tratamento discricionário tradicionalmente admitido na realização de convênios.³⁰³

Já o Decreto nº 3.100/99, em seu artigo 23, prevê a possibilidade de que a escolha da OSCIP, para a celebração do termo de parceria, seja feita por meio de publicação de edital de concursos de projetos, pelo órgão estatal parceiro. No entanto, o regulamento dispõe que a seleção é facultativa, ficando tal opção adstrita ao juízo discricionário do gestor. Essa faculdade permissiva foi criticada pelo plenário do Tribunal de Contas da União, que, no Acórdão de nº 1.777/2005, determinou ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e à Casa Civil da Presidência da República que avaliassem a “inclusão em normativo próprio de

³⁰³ Deve-se observar, de qualquer forma, o claudicante avanço identificado no Decreto nº 6.170/99, que, em seu artigo 4º, admite a possibilidade de que a celebração de convênio com entidades privadas sem fins lucrativos seja precedida de chamamento público, a critério do órgão ou entidade concedente, visando à seleção de projetos ou entidades que tornem mais eficaz o objeto do ajuste.

dispositivo que obrigue a aplicação do critério de seleção de OSCIP previsto no art. 23 do Decreto n.º 3.100/99 em toda e qualquer situação”.³⁰⁴

Na verdade, o regulamento usou, para os termos de parcerias, o mesmo raciocínio utilizado para os convênios, permitindo uma escolha discricionária da entidade parceira. De acordo com o artigo 4º do Decreto Federal nº 6.170/2007, a celebração de convênio com entidades privadas sem fins lucrativos “poderá” ser precedida de chamamento público, a critério do órgão ou entidade concedente. No mesmo sentido, o artigo 5º da Portaria Interministerial MPOG/MF/CGU nº 127, de 29.05.2008, estabelece que, para a celebração dos convênios e contratos de repasse, inclusive com entidades privadas, o órgão ou entidade da Administração Pública Federal poderá, para selecionar projetos e órgãos ou entidades que tornem mais eficaz a execução do objeto, realizar chamamento público no Sistema de Gestão de Convênios e Contratos de Repasse - SICONV.³⁰⁵

Essa permissividade tornou-se regra na condução dos convênios e termos de parcerias firmados com as OSCIP's, o que exige mudança no regramento dessas relações de cooperação, que geram a disposição e transferência de recursos públicos para entidades privadas.

Identificam-se permissividades no tocante à seleção das entidades, comportamento administrativo que não parece se coadunar com os princípios constitucionais ínsitos à Administração Pública, reforçando a ideia de que é necessária a realização de seleção objetiva das entidades parceiras. Por outro lado, aponta-se certa incompatibilidade do procedimento licitatório tradicional, que o tornaria inaplicável para a celebração de termos de parceria e autorizaria a escolha discricionária da organização privada.

Esse dilema parece produzir uma situação paradoxal, contudo, diante das normas captadas em nosso ordenamento, é possível identificar um raciocínio que sistematize a resolução do problema. Será demonstrado que o paradoxo é apenas aparente, compatibilizando, juridicamente, a ideia da necessidade de incidência do regime licitatório com as nuances específicas das relações de parcerias em análise.

³⁰⁴ Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ListaDocumentos?qn=1&p=0&di=1&dpp=20>>. Acesso em 13, fevereiro de 2009.

³⁰⁵ SICONV é o Sistema de Gestão de Convênios e Contratos de Repasse que está sendo desenvolvido pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG). Nele devem ser registradas a celebração, a liberação de recursos, o acompanhamento da execução e a prestação de contas dos convênios. O acesso ao SICONV está disponível no endereço <www.convenios.gov.br>, desde 1º de julho de 2008.

5.1. ANÁLISE DO APARENTE PARADOXO: NECESSIDADE DE SELEÇÃO X INCOMPATIBILIDADE DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO TRADICIONAL

Há autores, como Marcos Juruena Villela Souto, que defendem a liberdade na escolha das entidades do Terceiro Setor beneficiadas com a transferência de recursos públicos. Nesse raciocínio, esta pode se dar sem qualquer processo seletivo, sendo livre a opção pelo gestor.³⁰⁶

OLIVEIRA E MÂNICA³⁰⁷ enaltecem a inaplicabilidade da Lei de Licitações, ressaltando que o concurso de projetos, apresentado pelo regulamento, constitui-se como opção discricionária do parceiro público.

[...] 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. A adoção de tal procedimento possui inegável valor, pois proporciona isonomia no tratamento das OSCIPs que atuam 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.

No mesmo sentido, alegando a similaridade com os convênios e a falta de competição, pelo objetivo público comum a ser alcançado, FRANÇA defende a inaplicabilidade da seleção licitatória e a livre escolha da entidade parceria, pelo gestor:

No fomento, o Poder Público pode designar recursos públicos para entidades do terceiro setor para que elas possam prestar serviços públicos sociais como maior eficiência. A celebração de convênios, contratos de gestão ou termos de parceria para viabilizá-lo não necessita de prévia licitação, haja vista a ausência de competição entre os administrados nesse campo. Afinal, tal como o poder público, terceiro setor tem por meta o alcance do interesse público.

Por conseguinte, a seleção do administrado que realizará a atividade sob tal regime fica sujeita à discricção da autoridade administrativa competente.

³⁰⁶ Neste sentido Marcos Juruena Villela Souto, *Direito administrativo das parcerias*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. Pág. 279/280.

³⁰⁷ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de; MÂNICA, Fernando Borges. *Organizações da sociedade civil de interesse público: termo de parceria e licitação*. Fórum Administrativo, n. 49, p. 5225-5237, mar. 2005. (pg. 5234)

Mesmo assim, ainda que a licitação seja inexigível para essas situações, é preciso que a Administração, em decisão fundamentada, exponha as razões de fato e de direito que impeliram a sua opção, demonstrando a sua legalidade e conveniência. Não é despidendo lembrar que os acordos de fomento não ficam excluídos do controle externo da atividade administrativa.³⁰⁸

Essa respeitável opinião se fundamenta na evidente natureza diferenciada das prestações envolvidas nas relações de parceria, o que permitiria a decisão discricionária, pelo órgão público, da entidade parceira. Nesse pensamento, seria utilizada a regra permissiva tradicionalmente utilizada nos convênios. No entanto, tal raciocínio, exaltado a termos absolutos, é temerário e afronta princípios da atividade administrativa. O princípio da impessoalidade e o princípio da isonomia não parecem autorizar tal liberalidade, segundo a qual, diante de uma pluralidade de entidades interessadas e capacitadas à obtenção de fomento administrativo, a seleção da parceira beneficiada fosse definida pela livre vontade discricionária do gestor, seja em convênios ou em termos de parceria.

Há, por outro lado, autores como JUSTEN FILHO,³⁰⁹ que defendem a necessidade de incidência do regime licitatório para a seleção da entidade do Terceiro Setor que firmará o termo de parceria. Idêntica posição é adotada por CARVALHO, que, admitindo o regime licitatório, critica a livre escolha pelo gestor, bem como a omissão legal e a faculdade descrita no regulamento:

Observe-se que o Regulamento Federal atribui natureza facultativa ao concurso de projetos e não indica o critério de seleção a ser adotado, o que merece reflexão atenta. Entende-se inadmissível escolha livre, pelo Poder Público, de um só interessado, na hipótese de haver multiplicidade de entidades já qualificadas como OSCIP que atendem aos requisitos normativos e que desejem firmar vínculo com o Estado.³¹⁰

Essa posição, corretamente, preocupa-se com o desrespeito à impessoalidade e à isonomia, que pode ser causado pela liberalidade dada ao gestor. Não obstante, deve ser ponderado que as relações envolvidas nesses tipos de acordos não possuem caráter similar aos contratos econômicos regrados pela rígida Lei nº 8.666/93, o que gera certa incompatibilidade com parte das regras estabelecidas pelo Estatuto Geral de Licitações.

³⁰⁸ FRANÇA, Vladimir da Rocha. Reflexões sobre a prestação de serviços públicos por entidades do terceiro setor. *REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO*, Rio de Janeiro: Renovar, n. 238, p. 345-362, Out/Dez/2004. (pg. 15).

³⁰⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de licitações e contratos administrativos*. 11ª ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 25/27.

No mesmo sentido: ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro Setor*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006. Pág. 91.

³¹⁰ CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de Direito Administrativo*. Volume I. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 921.

Em termos práticos, as atividades resultantes dos termos de parceria, pelas OSCIP's, parecem mais com aquelas relacionadas aos convênios, comumente realizados entre órgãos públicos, do que com as contratações mercantis realizadas pelos entes estatais.

O molde licitatório previsto na Lei nº 8.666/93 não é totalmente compatível com esse tipo de parceria, pois, quando de sua criação, a norma visou regrav relações de outra natureza, em que os interesses eram contrapostos e ensejavam um forte ambiente de disputa econômica. Ademais, a diversidade de objetos e as características próprias relacionadas ao respectivo programa ou projeto, fundamentadores da relação de parceria, dificultariam a precisão de uma única regra para essas seleções.

Mas qual a solução para esse aparente paradoxo, que se forma diante da necessidade de seleção entre as entidades e a incompatibilidade com o integral regime estipulado pela Lei nº 8.666/93?

O nosso ordenamento já apresenta a resposta. Basta ao operador do Direito, seguindo as lições de Norberto Bobbio, desprender-se da mera verificação das normas, como um sistema de regras postas e transmitidas, para buscar sua verdadeira função, pela análise dos fatos sociais e construção do direito adequado.³¹¹

A indisponibilidade do interesse público e a impessoalidade embasam a necessidade de que a seleção das entidades se dê através de processo seletivo objetivo. O artigo 116 da Lei nº 8.666/93 estabelece que as disposições daquele estatuto (que regrav as licitações e os contatos administrativos em sentido amplo) aplicam-se, apenas, no que couber, aos acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração. Sendo a natureza jurídica do termo de parceria equivalente à dos convênios e instrumentos congêneres indicados pelo dispositivo, deve-se permitir a incidência das regras licitatórias naquilo que for compatível com a natureza jurídica das entidades privadas qualificadas como OSCIP's e com a relação de parceria que será formada.

Destaque-se, aqui, que as relações que envolvem os convênios entre pessoas jurídicas de Direito Público se diferenciam das relações que, muitas vezes, envolvem os entes públicos e as OSCIP's, seja através de termos de parceria ou através de convênio. Isso porque, quando da relação entre entes públicos, comumente, há inviabilidade de competição. Quando a União pretende atender uma necessidade social, através de algum de seus programas (em um Município), pela parceria com o Poder Público Municipal, há uma evidente inviabilidade de competição. Essa parceria deve ser formada com o Município, através de quem o representa.

³¹¹ BOBBIO, Norberto. Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Beccia Versiani. Barueri, SP: Manole, 2007.

Da mesma forma, caso a parceria seja realizada entre a União e o Poder Público Estadual, o respectivo Estado, através de quem o represente, deve ser o parceiro procurado.

Não é cabível competição entre unidades federativas para se firmar a relação de convênio pretendida no território das demais. Não seria admissível uma disputa, entre municípios paraibanos, para que a prestação de serviços sociais, através de parcerias com a União, fosse feita por um deles, em todos os demais. Da mesma forma, não seria possível um certame, entre os Estados Federados, para seleção daquele que, através de convênio com a União, realizaria prestação de determinados serviços sociais por todo o país. A autonomia federativa gera a inviabilidade de competição, o que impede a realização de certame.

Noutro prisma, quando se pretende firmar relação de parceria para fomentar a atuação de entidades privadas, qualificadas como OSCIP's (seja através de convênios ou de termos de parceria), é possível identificar a existência de uma pluralidade de organizações que tenham interesse, disposição e capacidade para realizar tais atividades. Nesse ambiente, parece despropositado admitir que a escolha da entidade parceira seja entregue à livre opção discricionária do gestor. Essa liberalidade permitiria abusos, desvios e, na melhor das hipóteses, afrontaria o princípio da isonomia.

Com essa assertiva, deve-se fixar: os princípios ínsitos à Administração Pública exigem que, havendo pluralidade de entidades privadas interessadas na formação dessas parcerias, deve ser estabelecido um processo de seleção que resguarde tratamento isonômico para todos os pretendentes, o que pode ser caracterizado como uma licitação, em sentido amplo. Isso decorre da própria incidência do regime jurídico administrativo, em face dos recursos públicos transferidos. Serviria à quebra desarrazoada da isonomia permitir que, havendo pluralidade de entidades interessadas, a escolha da OSCIP parceira se desse pela livre vontade do gestor.

A necessidade de seleção não implica, necessariamente, cumprimento rigoroso das regras estabelecidas pela Lei nº 8.666/93. Fundamenta esse raciocínio, tanto a autorização normativa dada pelo artigo 116, como a constatação de que o princípio licitatório é apenas um comando de otimização relativo,³¹² que deve ser temperado pelo aplicador do Direito, de acordo com as premissas estabelecida pelo constituinte, no inciso XXI do artigo 37 da CF.

PIOVESAN defende que, quando houver a transferência ou a renúncia de recursos públicos, a flexibilização do regime jurídico de Direito Público é excepcionalmente admitida,

³¹² MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Vertentes na estrutura da contratação das entidades privadas, beneficiadas com recursos públicos. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Nº 7. Ago/set/out 2006. Salvador. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-7-AGOSTO-2006-CARLOS%20MOTTA.pdf>, Acesso em 26/02/2009.

nas situações de atendimento aos cânones do Estado Social de Direito, observando-se os princípios da moralidade, impessoalidade, igualdade e a legislação infraconstitucional que os densifica.³¹³ Na verdade, diante da natureza jurídica específica dessas relações, é necessária a concepção de modelos próprios que, embora garantam mecanismos de controle e de resguardo da isonomia, evitem excessivas burocracias formais, frustradoras da eficiência e contrárias à natureza das entidades da sociedade civil. A realização da parceria é um objetivo maior que o formalismo em si mesmo, que é instrumento de seu alcance, motivo pelo qual a necessidade e a exigência do procedimento licitatório devem sempre ser avaliadas à luz de seus objetivos e dos princípios que norteiam a atividade administrativa.

Como solução, aponta-se que os modelos adotados para o regramento da seleção das parcerias poderão ter suas regras gerais estabelecidas por decreto, com a possibilidade de que as minúcias, peculiares aos específicos serviços públicos não-exclusivos envolvidos, sejam descritas pelo regulamento próprio, editado pelo órgão público parceiro. Não obstante, os princípios básicos do estatuto licitatório devem ser respeitados, uma vez que sua concepção visa, justamente, à seleção de uma proposta que atenda ao interesse público.

Parece inafastável, para o regramento de seleção pertinente a essas parcerias, a incidência do artigo 3º da Lei nº 8.666/93, impondo que a seleção formatada destine-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para o interesse público, sendo processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos.

Cabem algumas observações sobre a aplicação desses princípios e sobre os ditames apresentados pelo citado dispositivo legal. Primeiramente, deve-se esclarecer que os princípios se diferenciam das regras, por se expressarem em estruturas abertas, flexíveis, podendo, por isso mesmo, ser mais ou menos observados. Havendo conflito entre dois princípios, é sempre possível uma solução que atenda em certa medida a um e em certa medida ao outro, o que não ocorre com o conflito entre regras, que exige, sob o prisma tradicional, opção por uma delas.³¹⁴ No entanto, BRAGA lembra que, se antes os princípios eram considerados subsidiários, na fase pós-positivista do Direito, eles alcançaram hegemonia

³¹³ PIOVESAN, Flavia; BARBIERI, Carla Bertucci. Terceiro setor e Direitos Humanos. In: CARVALHO, Cristiano; PEIXOTO, Marcelo Magalhães. (Orgs.). Aspectos Jurídicos do Terceiro Setor. São Paulo: Thomson / IOB, 2005. p. 75-98. (93)

³¹⁴ MACHADO, Hugo de Brito. Introdução ao estudo do Direito. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 210.

sobre as regras jurídicas, sendo convertidos em pedestais normativos sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais.³¹⁵

Nas relações de parceria, a **proposta mais vantajosa** será selecionada através dos requisitos estabelecidos pelo edital ou pelas nuances que envolverem a pretendida relação de parceria. Nelas, o interesse público não é identificado, somente, pela escolha da parceria mais barata ou dos menores preços apresentados. O atendimento do interesse público se dá pela seleção da melhor opção de parceria, com vistas a uma prestação de serviços não-exclusivos eficiente, de boa qualidade e que atenda satisfatoriamente a necessidade coletiva.³¹⁶

A vantagem, exigida na seleção, tem relação com o princípio da eficiência. O gestor público deve sempre buscar a melhor e mais adequada solução para os problemas administrativos, tendo como parâmetro o interesse público e a legalidade (ambos, em seu sentido amplo). Esse bom trato da *res pública* tem relação direta com a concepção de Estado Democrático de Direito, no qual as regras e a atuação administrativa buscam dar garantias à coletividade, mas também protegem o indivíduo, inclusive de uma atuação exageradamente onerosa ou ineficiente do Estado que ele sustenta, através dos tributos.

Com relação ao **princípio da igualdade**, é inafastável que a Administração, diante de uma pluralidade de entidades aptas e interessadas, deve respeitar o tratamento isonômico, para fins de escolha da organização parceira. Essa determinação impede discriminação, seja através de cláusulas que favoreçam uns em detrimento de outros, seja mediante julgamento tendencioso ou subjetivo.

Embora a igualdade não seja mais compreendida sobre seu prisma formal, ela ainda é resguardada em nosso ordenamento, que enaltece a busca pela igualdade material. A Constituição Federal, notadamente no caput do seu artigo 5º, não apenas garante a igualdade aos brasileiros e estrangeiros residentes no país, mas abriga também a igualdade como princípio que se coloca perante a lei. Se outrora a doutrina percebia essa igualdade perante a lei em seu caráter eminentemente formal, atualmente, ela passou a ser concebida em seu prisma material. Como explica CARVALHO,³¹⁷ não é mais satisfatório o mero reconhecimento formalista de direitos, a proibição teórica de favoritismos ou perseguições deve se aliar à diminuição efetiva das desigualdades que atentem contra o sistema vigente.

³¹⁵ BRAGA, Valeschka e Silva. Princípios da proporcionalidade & da razoabilidade. 2ª. ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 36.

³¹⁶ A identificação dos elementos só será possível de acordo com o perfil das parcerias propostas em seu todo, o que envolve: o tipo de prestação, a região alvo, o perfil das parcerias aptas, aspectos sociais envolvidos, entre outros.

³¹⁷ CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. Curso de Direito Administrativo. Volume I. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 149.

MELLO ensina que o alcance do princípio da igualdade não se limita a nivelar os cidadãos diante da norma legal posta. Seu respeito exige que a própria lei seja editada em conformidade com a isonomia, não se constituindo em fonte de privilégios ou perseguições. Resta-lhe cumprir o papel de instrumento regulador da vida social, tratando equitativamente os cidadãos. “Este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes”.³¹⁸

A isonomia deve ser respeitada, tanto pelos órgãos executores da norma quanto pelo próprio legislador. Ela não exige um tratamento igualitário absoluto e formal a todos, mas, um tratamento desigual, diante de situações desiguais, na medida dessas diferenças. O Supremo Tribunal Federal já proclamou que a lei pode, sem violação do princípio da igualdade, distinguir situações, a fim de conferir, a uma, tratamento diverso do que atribui a outra. Para que possa fazê-lo, contudo, sem que tal violação se manifeste, é necessário que a discriminação guarde compatibilidade com o conteúdo do princípio.³¹⁹

Identifica-se que é possível distinguir situações, entretanto, elas devem ser compatíveis com o nosso ordenamento, que resguarda a isonomia. Apontam, nesse sentido, as lições de Raquel Melo Urbano de Carvalho:

Note-se, portanto, que o princípio da igualdade não proíbe que as demais normas ou os comportamentos administrativos estabeleçam distinções, nem mesmo impõe um nivelamento mecânico de todos os atingidos pela norma. O que se veda são as diferenciações sem justificativa fática e jurídica razoável, aquelas fundadas em aspectos pessoais que não atendem qualquer necessidade pública concreta, bem como as que são incompatíveis com o interesse coletivo e com o restante do ordenamento. Esta foi uma evolução relevante no entendimento da igualdade: estabelecer as situações em que a igualdade assume a face de vedação de discriminações arbitrárias, de modo a expurgar privilégios e perseguições indevidos.³²⁰

Fica claro que, embora se permita o tratamento desigual aos desiguais, este deve ocorrer na medida das desigualdades postas. Tratamentos que ultrapassem esse limite descambarão para discriminações indevidas, materializadas em privilégios ou perseguições incabíveis no Estado Democrático de Direito.

³¹⁸ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 09/10.

³¹⁹ STF - ADI N. 3.070-RN - RELATOR: MIN. EROS GRAU – Noticiado no Informativo 490

³²⁰ CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. Curso de Direito Administrativo. Volume I. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 149.

A doutrina³²¹ apresenta critérios para identificação do desrespeito à isonomia: o elemento tomado como fator de discriminação, a correlação lógica abstrata entre o fator erigido em critério de *descrímen* e o tratamento jurídico diferenciado, e a consonância desta correlação lógica com o sistema constitucional (ordenamento jurídico). Nesse raciocínio, para identificar eventual desrespeito à isonomia, é necessário investigar o critério discriminatório, a correlação lógica entre a discriminação posta e a desigualdade proclamada, além de sua compatibilidade com o sistema normativo constitucional.

No mesmo sentido, o **princípio da impessoalidade** repele e abomina favoritismos e restrições indevidas, exigindo tratamento equânime e marcado pela neutralidade. Muito bem explica DI PIETRO:

Exigir impessoalidade da administração tanto pode significar que esse atributo deve ser observado em relação aos administrados como à própria Administração. No primeiro sentido, o princípio estaria relacionado com a finalidade pública que deve nortear toda a atividade administrativa. Significa que a Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que é sempre o interesse público que tem que nortear o seu comportamento. (...) No segundo sentido, significa, segundo José Afonso da Silva, baseado na lição de Gordillo que, os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa da Administração Pública, de sorte que ele é o autor institucional do ato. Ele é apenas o órgão que formalmente manifesta a vontade estatal.³²²

Outro princípio de respeito obrigatório, nessas seleções, deve ser o da **legalidade**. Por legalidade, tradicionalmente, entendia-se que, no âmbito do Direito Público, existe uma relação de subordinação do administrador ao que estabelece a lei, de forma que a ele só compete fazer o que o legislador expressamente autorizar ou determinar. Sob este prisma, a legalidade se concretizou como uma garantia aos administrados, que poderiam exigir a consonância do ato administrativo com a lei, sob pena de sua invalidação.

Essa legalidade administrativa, que nasceu com o pensamento inspirador do Estado Liberal, foi influenciada pela preocupação da burguesia com as arbitrariedades do período absolutista, do que resultou a ideia de restringir a atuação administrativa à mera execução legal.³²³ Não obstante, a legalidade administrativa não pode mais ser compreendida como antes. A mudança no paradigma estatal, a evolução do valor da Constituição e a complexidade

³²¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 21.

³²² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 12ª edição. São Paulo: Atlas, 2000. p. 71.

³²³ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A constitucionalização do direito administrativo: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 38-40

das relações sociais atuais e dos serviços públicos prestados, não permitem, sob pena de comprometimento da efetividade das normas constitucionais, que a legalidade continue a ser imposta em seu sentido estrito, como uma amarra do agente público à letra da Lei, um trilho limitador da atuação estatal.

A busca pela eficiência e uma visão diferenciada sobre a supremacia do interesse público (que apresenta como referência o interesse da sociedade e não o interesse estatal) implicaram mudanças à concepção clássica do princípio da legalidade administrativa. O necessário desenvolvimento de técnicas de gestão pública, a simplificação de procedimentos (desburocratização), a flexibilização da execução de políticas públicas, o uso preferencial de processos convencionais e a garantia de estabilização mínima das relações jurídicas surgiram como valor fundamental para modificar essa base filosófica, que fundamentou a limitação estatal através da legalidade, fazendo com que, nesse contexto, a doutrina começasse a utilizar a noção de juridicidade.³²⁴

A juridicidade se apresenta como um conceito maior, que extrapola a ideia tradicional de legalidade estrita, segundo a qual o administrador fica vinculado à função de mero executor da regra apresentada pelo legislador. Ela, a juridicidade, vincula a Administração Pública ao ordenamento jurídico como um todo, permitindo uma margem maior de autonomia, dentro dos limites apresentados pelo ordenamento e para a satisfação das diretrizes apresentadas por ele. Diante dessa mudança paradigmática no Direito Administrativo, a Constituição passou a exercer um papel norteador da atividade administrativa.

Deve-se destacar também a necessidade de obediência, pela Administração, ao princípio da **moralidade**. Ele exige que a ação do Poder Público seja ética e respeite os valores jurídicos e morais. Este princípio, de índole constitucional, está associado à legalidade, contudo, mesmo na hipótese de lacuna ou de ausência de disciplina legal, o administrador não está autorizado a proceder em confronto com a ética e com a moral, de forma que, mesmo que uma conduta seja aparentemente compatível com a lei, verificada sua imoralidade, não deve ser praticada.

A **publicidade** também se apresenta como princípio a ser obedecido nas seleções. Ela ganha mais força na concepção de um Estado Democrático de Direito, em que deve ser fomentada a participação do cidadão na gestão e no controle da coisa pública. Nesse sentido, esse princípio deve vencer seu tradicional aspecto burocrático, que se contenta com a

³²⁴ CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. Curso de Direito Administrativo. Volume I. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 44.

publicação meramente formal e pouco efetiva, em diários oficiais. As novas tecnologias de informação permitem uma publicização efetiva, que gere instrumentos de participação social no controle e na propositura das ações administrativas relacionadas a políticas públicas.

Em um país continental como o nosso, abarrotado por milhares de entes e órgãos responsáveis por centenas de contratações diárias, nas mais diversas localidades, deve ser fomentada a participação popular no controle e fiscalização dos atos administrativos, evitando desvios de recursos, muitas vezes, não identificados pelos órgãos de controle. O combate à corrupção, além da necessária atitude repressiva para aqueles que praticam os atos lesivos ao erário, deve evoluir para o implemento e a acentuação de atitudes preventivas, sobretudo aquelas que não criem empecilhos demasiados à agilidade da máquina administrativa. A *Internet* permite uma interação entre a sociedade e a atuação administrativa, que deve ser utilizada para a consecução do interesse público.

A **probidade administrativa** também é um preceito que vincula o administrador público, inclusive na execução dessas parcerias com o setor privado. A probidade administrativa é imposta pela Constituição, ao estabelecer que os atos de improbidade importarão suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao erário, na forma e na graduação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

A **vinculação ao instrumento convocatório** se apresenta como resultado dos demais princípios. Impõe-se o respeito às normas previamente estabelecidas como regramento do certame. De qualquer forma, o edital não pode afrontar ou fugir aos ditames impostos pelo ordenamento, nem prejudicar o alcance do interesse público. O instrumento convocatório não é lei entre os licitantes, é regra de competição que, enquanto norma inferior, precisa se adequar aos ditames legais e aos princípios correlatos.

Com relação ao **juízo objetivo**, este também se apresenta como reflexo da legalidade e da isonomia. Ele deve ser temperado em relação à seleção de entidades parceiras, sem abdicar-se do raciocínio de que restam impedidas regras que criem subjetivismos, estabeleçam privilégios ou discriminações incompatíveis com o nosso ordenamento. Exigir juízo objetivo induz à percepção de que as regras específicas, para seleção das entidades parceiras, devem evitar cláusulas de beneficiamento subjetivo ou tendenciosas, que conspurquem o sentido isonômico da seleção.

Em síntese, todos esses princípios devem incidir sobre as parcerias realizadas entre o Estado e as OSCIP's, impondo a realização de seleção da entidade privada parceira e temperando os limites de incidência das regras licitatórias gerais, compatíveis, apenas em

parte, com as relações de cooperação que se materializam nas parcerias entre o Estado e o Terceiro Setor. Mais ainda, tais princípios devem orientar as regras estabelecidas para essas seleções, servindo como diretriz para a confecção dos respectivos editais.

Tudo isso demonstra que o paradoxo apontado (entre a necessidade de seleção e a incompatibilidade de realização do procedimento licitatório) é apenas aparente. Se, por um lado, os princípios jurídicos ínsitos à atividade “contratual” administrativa impõem a necessidade de seleção, nas situações em que há uma pluralidade de entidades aptas, interessadas na realização da parceria, o próprio ordenamento autoriza que as regras licitatórias estipuladas pela Lei nº 8.666/93 sejam aplicadas, apenas, naquilo que compatível com a relação de cooperação pretendida.

Diante disso, permite-se que sejam estabelecidas regras gerais, fulcradas nos princípios identificados no artigo 3º da Lei Geral de Licitações, que podem ser complementadas pelos órgãos parceiros, em seus específicos editais de seleção.

Noutro diapasão, deve-se registrar que a necessidade de seleção comporta exceções, o que é natural à incidência do regime licitatório. Isso admite, como ocorre nas licitações em geral, a regulação de hipóteses em que a seleção objetiva será desnecessária ou inviável, permitindo que a escolha se dê sem um certame específico. Parece importante, então, completando a análise sobre a incidência do regime jurídico licitatório para a indicação da entidade parceira, tratar sobre as hipóteses de desnecessidade ou inviabilidade do certame, identificadas em nosso ordenamento, bem como sobre a modalidade seletiva apontada pelo Decreto nº 3.100/99, denominada concurso de projetos.

5.2. HIPÓTESES DE DESNECESSIDADE OU INVIABILIDADE DA SELEÇÃO POR CERTAME

Firmado o entendimento acima de que é possível a realização de seleção da entidade parceira, através de procedimento licitatório específico, cumpre observar que eventuais situações exigirão uma indicação direta da entidade parceira, sem submissão a procedimento seletivo. Isso se apresenta como constatação natural à reflexão decorrente das peculiaridades das relações negociais no ambiente das licitações públicas. A solução para sistematizar o tratamento dessas situações se encontra no próprio ordenamento, que prevê, mesmo para as

contratações em geral, construções jurídicas que justificam a escolha direta da entidade privada.

Havendo pluralidade de entidades interessadas na realização de parcerias, a necessidade de submissão a procedimento de seleção é obrigatória. Entretanto, seria inadmissível impor essa regra de forma absoluta, pela constatação de que a realidade, com suas complexidades e variáveis, não se compatibiliza com regras herméticas. Visualizando isso, o constituinte permitiu ao legislador ressaltar hipóteses em que o gestor pode prescindir da seleção formal ou certame. Tal concepção pode e deve ser adotada na seleção das parcerias com OSCIP's, em que há transferência de recursos públicos para a finalidade de prestação de serviços não-exclusivos.

A Lei Geral de Licitações prevê hipóteses de contratação³²⁵ direta (dispensa e inexigibilidade), porque admite que nem sempre a realização do certame levará à melhor seleção pela Administração ou que, pelo menos, nem sempre a sujeição do negócio ao procedimento formal e burocrático previsto pelo estatuto serve ao eficaz atendimento do interesse público. De qualquer forma, mesmo sem a observância dos procedimentos relativos às modalidades licitatórias, a contratação direta deve obediência aos princípios do Direito Administrativo, exigindo, por exemplo, a realização de um procedimento formal, destinado a justificar a escolha direta da entidade parceira, motivo pelo qual parte relevante da doutrina sugere que a contratação direta seria uma “modalidade anômala de licitação”.³²⁶

Com relação à dispensa, consolidou-se o entendimento de que o caso concreto se enquadrará como dispensa se ficar caracterizada uma das situações previstas pela legislação. Nesse caso, as hipóteses legais são taxativas. Na dispensa, a competição seria possível, mas o legislador entendeu por bem torná-la não obrigatória, naquelas hipóteses fixadas pela Lei. Outrossim, mesmo caracterizada uma hipótese de dispensa, entendendo o gestor que a realização de seleção atende ao interesse público, poderá fazê-la, pois ela permite a faculdade de escolha sobre a realização ou não do procedimento seletivo.

O inciso XXIV do artigo 24 da Lei nº 8.666/93 cria, como hipótese de dispensa, a celebração de contratos de prestação de serviços com as Organizações Sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão. Parte da doutrina tem entendido que o dispositivo também se aplica às OSCIP's.³²⁷

³²⁵ Contratação em seu sentido amplo, que abrange a relação jurídica consensual decorrente de outros instrumentos, que não contrato em sentido estrito.

³²⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de licitações e contratos administrativos. 11ª ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 344.

³²⁷ ZYMLER, Benjamin. Direito Administrativo e Controle. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005. p. 142.

Não obstante, como é cediço, em regra, as exceções são tratadas e interpretadas de forma restritiva. Pois bem, as hipóteses de dispensa são, sem dúvida, ressalvas à obrigatoriedade de submissão ao procedimento licitatório. Pensando assim, permitir a utilização extensiva de dispositivo excepcional que claramente se reporta, apenas, às Organizações Sociais (OS's) parece ampliar uma exceção prevista pelo legislador, o que seria inapropriado.

Por outro lado, parece esdrúxulo impor a necessidade de submissão a um certame objetivo para as OSCIP's e não para as Organizações Sociais (OS's), entidades do Terceiro Setor que, embora mantendo peculiaridades formais em relação às primeiras, possuem muitas semelhanças, inclusive em sua vocação para a realização de atividades de interesse público, fomentadas pelo Estado.

Contudo, na verdade, o dispositivo não trata da seleção da entidade parceira, mas da contratação de prestações de serviços, relacionadas às atividades contempladas no contrato de gestão. No caso das OSCIP's, por exemplo, referir-se-ia ao mesmo tipo de prestações, contempladas no termo de parceria firmado. Uma vez celebrado e em vigor o convênio, termo de parceria ou contrato de gestão, parece um despautério exigir licitação para a execução de seus termos. Não há sentido em se realizar tal procedimento seletivo, pois, uma vez firmado o instrumento, é estranho conceber a existência de um certame competitivo no ambiente interno dessa relação de cooperação. Nesse aspecto, parece inútil a hipótese de dispensa aprovada pelo legislador.

Não obstante, deve-se assentar que o legislador, buscando o atendimento do interesse público, em virtude de situações específicas que respeitem o ordenamento pátrio, pode criar hipóteses de dispensa, para que a Administração firme determinados tipos de termos de parcerias com OSCIP's, sem a necessidade de realizar procedimento seletivo.

Outra situação, prevista pela legislação, que torna inviável a realização de certame, é a inexigibilidade, prevista no artigo 25 da Lei nº 8.666/93. Ela se fundamenta na impraticabilidade de realização de um procedimento de disputa, como no caso em que inexistem pluralidade de alternativas para a formação da parceria. Diferentemente da dispensa, em que a competição é possível, porém o legislador permite não fazê-la, na inexigibilidade a competição é inviável. Isso torna inócuo o procedimento seletivo, já que sua razão de ser é, justamente, fomentar a competição em busca da melhor proposta de contrato ou de parceria, para o atendimento do interesse público.

Tendo por fundamento a inviabilidade de competição, as hipóteses de inexigibilidade são abertas, de forma que, uma vez verificada a impossibilidade de disputa, restará justificada a contratação direta com base no *caput* do artigo 25 da Lei Geral de Licitações.

No caso da inexigibilidade, não há sentido em se exigir submissão da parceria ao procedimento licitatório se este não é apto (ou é prejudicial) ao atendimento do interesse público (objetivo pretendido com determinada contratação), pois, a finalidade, a razão de ser do formalismo licitatório, é tal atendimento, através de seleção da melhor proposta. Sob esse prisma, a inexigibilidade se confunde com a verificação de existência do pressuposto jurídico da licitação (exigência de que a licitação seja apta a satisfazer o interesse da Administração – que difere de interesse do administrador, enquanto indivíduo).³²⁸ Assim, competição inviável não seria, apenas, aquela em que é impossível haver disputa, mas aquela em que a disputa ofereça obstáculos ao interesse público, tornando sua realização inútil ou prejudicial, pelo confronto e contradição com aquilo que a justifica (o interesse público).

A doutrina ensina que a inviabilidade de competição não é um conceito simples, que corresponda a uma ideia única, mas um gênero, que comporta várias modalidades. JUSTEN FILHO busca sintetizá-la nas situações de: ausência de pluralidade de alternativas, ausência de mercado concorrencial, impossibilidade de julgamento objetivo, ausência de definição objetiva da prestação.³²⁹ CARVALHO, admitindo a possibilidade de ocorrência de situações de inexigibilidade, lembra, como possibilidade dessa caracterização, a situação em que a Administração aceita como colaborador todos aqueles que, atendendo as motivadas exigências públicas, manifestem interesse em firmar acordo administrativo.³³⁰

Realmente, quando a realização de parcerias for colocada de forma aberta, acessível para todas as pessoas que satisfaçam os requisitos exigidos e nela tenham interesse, não haverá sentido em se fixar qualquer competição. Nesse caso, não há uma seleção, no sentido de disputa, mas um cadastramento, qualificação ou habilitação da entidade parceira, como pressuposto para alcançar-se o benefício estatal decorrente da parceria. Essa é a lógica identificada nos certificados de filantropia, que permitem benefícios fiscais a todas as entidades que se adéquem ao regramento específico.

De qualquer forma, parece fundamental que o gestor apresente justificativa para a seleção direta da entidade, nas hipóteses de inexigibilidade, deixando claro seu principal elemento caracterizador, que é a inviabilidade de competição. A intenção do legislador de garantir a inexigibilidade, para situações em que a competição reste demonstrada como

³²⁸ MELLO, Celso Antonio Bandeira de, Curso de Direito Administrativo. 19ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 505.

³²⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 347.

³³⁰ CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. Aspectos controversos da inexigibilidade e do patrocínio privado em favor da Administração Pública. In. CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. Direito do Estado: questões atuais. Salvador: JusPodivm, 2009. p.70.

inviável, não pode ser utilizada como fundamento para burla ao certame, resultante de favorecimentos escusos, assentados em detrimento ao erário.

Por fim, as possibilidades de dispensa e de inexigibilidade não comprometem o raciocínio de que, em regra, as seleções de entidades privadas sem fins lucrativos para a realização de parcerias para prestação de serviços não-exclusivos, mediante transferência direta de recursos públicos, devem ser precedidas de procedimento seletivo. Este, embora permita especificidades relacionadas à parceria pretendida, deve respeitar os princípios básicos do procedimento licitatório.

5.3. DO CONCURSO DE PROJETOS

O Decreto nº 3.100/99, em seus artigos 24 a 31, apresenta um modelo de procedimento para a seleção das entidades, denominado concurso de projetos. O nome do procedimento parece fazer remissão à modalidade “concurso”, prevista no inciso IV do artigo 22 da Lei nº 8.666/93,³³¹ cujo regramento legal é bastante esparso, permitindo que a maioria das regras de seleção fosse estabelecida através de seu regulamento.

Retirando a falha do inciso VI do artigo 27, que faz remissão a um dispositivo inexistente, e o caráter facultativo dado à realização do concurso de projetos (art. 23), o regramento mínimo apresentado demonstra correção, por permitir que as minúcias relacionadas à seleção sejam especificadas pelo edital, adequando-o ao serviço não-exclusivo a ser prestado.

Em relação ao caráter facultativo dado à realização do concurso de projetos, parece irrefutável que a observância aos princípios que regem a atividade administrativa exige que, havendo pluralidade de entidades interessadas em prestar as atividades de interesse da coletividade objeto da eventual parceria e sendo possível a competição, deve ocorrer a seleção.³³² A escolha da entidade parceira deve se dar mediante processo licitatório (em sentido amplo) que oportunize ampla participação, publicidade e julgamento que busque a

³³¹ Diferença importante, refere-se à nuance de que o § 4º do artigo 22, conceituou concurso como a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias. Assim, aparentemente, houve uma restrição ao objeto desse certame, para a escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, o que não coincide com possíveis objetos de parcerias para a prestação de serviços não-exclusivos.

³³² JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de licitações e contratos administrativos. 11ª ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 268.

melhor proposta para a prestação dos serviços não-exclusivos, mediante critérios seletivos objetivos, de acordo com as diretrizes e os objetivos do respectivo programa. Em síntese, a seleção é obrigatória, sendo desnecessária, apenas, nas hipóteses de dispensa ou inexigibilidade, porventura identificadas.

Quanto ao modelo indicado pelo Decreto, ele possui o mérito de evitar minúcias do procedimento seletivo, estabelecendo parâmetros gerais que deverão ser respeitados pela Administração Pública. A intenção apresentou-se correta, diante da grande diversidade de prestações passíveis de ser relacionadas a termos de parceria. Tentar impor um regramento hermético, certamente, geraria incompatibilidades burocráticas de difícil resolução. Nesse norte, o regramento disposto pelo Decreto nº 3.100/99 apresenta informações mínimas que devem constar no edital do concurso (art. 25), elementos que deverão ser levados em conta na seleção e julgamento dos processos (art. 27), critérios de seleção inaceitáveis, para fins de pontuação ou desqualificação (arts. 28/29), aspectos relacionados à comissão julgadora e aspectos atinentes ao julgamento do concurso (arts. 30/31).

Para a realização desse certame, o órgão estatal parceiro deverá preparar, com clareza, objetividade e detalhamento, a especificação técnica do bem, do projeto, da obra ou do serviço a ser obtido ou realizado por meio do termo de parceria. Uma vez instaurado o processo de seleção, será vedado ao Poder Público celebrar termo de parceria para o mesmo objeto, fora do concurso iniciado.

O Decreto impõe, como conteúdo mínimo do edital, informações sobre prazos, condições e forma de apresentação das propostas; especificações técnicas do objeto do termo de parceria; critérios de seleção e julgamento das propostas; datas para apresentação de propostas; local de apresentação de propostas; datas do julgamento e da provável de celebração do termo de parceria; além do valor máximo a ser desembolsado. Todas essas regras possuem correspondência com o regime de competição previsto pela Lei nº 8.666/93, criando sintonia entre o concurso de projetos e o entendimento defendido neste trabalho, relacionado à aplicabilidade das normas da Lei Geral de Licitações, naquilo que é compatível com a natureza desses instrumentos de cooperação.

Aberto o edital, a OSCIP deverá apresentar seu projeto técnico e o detalhamento dos custos a serem realizados na sua implementação ao órgão estatal parceiro, atitude que se assemelha à apresentação de propostas previstas pelo estatuto licitatório. Obviamente, diante das peculiaridades que envolvem as relações de parceria e do seu objetivo comum, que é a prestação de um serviço não-exclusivo, seria impraticável estipular o critério menor preço

como preferencial para respectiva seleção, como se dá, em regra, na maioria dos contratos regidos pela Lei nº 8.666/93.

Há quem defenda que a escolha pelo Poder Público deve recair sobre a OSCIP que desenvolva o melhor projeto, de forma célere e eficiente, cumprindo os objetivos propostos no termo de parceria.³³³ Nada obstante, tal solução não auxilia a consolidar balizas objetivas para esse tipo de seleção, permitindo que ela reste adstrita ao ambiente das subjetividades. O regulamento parece ter adotado melhor solução. Sem adentrar minúcias, que serão tratadas pelo respectivo edital, ele estabelece elementos que deverão ser considerados na seleção e julgamento dos processos, como: o mérito intrínseco e adequação ao edital do projeto apresentado, a capacidade técnica e operacional da candidata, a adequação entre os meios sugeridos, seus custos, cronogramas e resultados, o ajustamento da proposta às especificações técnicas, a regularidade jurídica e institucional da OSCIP, e a análise dos documentos referidos no artigo 12, § 2º do próprio Decreto.

Excetuada a alusão do inciso VI, do artigo 27, ao § 2º de seu artigo 12 (já que não há esse dispositivo no Decreto), os elementos indicados pelo regulamento respeitam nuances específicas às várias possibilidades de parceria, sem descuidar de apresentar diretrizes que deverão ser respeitadas na seleção.

No mesmo sentido, o artigo 28 elenca critérios de seleção, desqualificação ou pontuação inaceitáveis, enquanto o artigo 29 apresenta regra de vinculação da seleção aos critérios estipulados no edital, em homenagem ao princípio da vinculação, entronizado na Lei nº 8.666/93.

O julgamento do concurso de projetos deverá ser realizado por comissão designada pelo órgão estatal parceiro. Sua composição deve abarcar, pelo menos, um membro do Poder Executivo, um especialista no tema do concurso e um membro do Conselho de Política Pública da área de competência (quando houver), não sendo remunerado o trabalho de seus membros. Para evitar dirigismo ou intervenção descabida, não cabe recurso ao órgão estatal parceiro, contra as decisões da comissão julgadora. Da mesma forma, o órgão estatal não poderá anular ou suspender administrativamente o resultado do concurso nem celebrar outros termos de parceria, com o mesmo objeto, sem antes finalizar o processo iniciado pelo concurso.

³³³ ZEN, Marcela Rosa Leonardo. Licitação e Terceiro Setor: reflexões sobre o concurso de projetos da Lei das OSCIP. Biblioteca Digital Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS, Belo Horizonte, ano 2, n. 4, jul./dez. 2008. Disponível em: <www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=55480>. Acesso em: 31 março 2009.

A simplificação dos procedimentos e a possibilidade de delegação, para o edital, da maioria das regras da disputa, estão sintonizadas com a maior autonomia do gestor (característica da administração gerencial), sem rejeitar instrumentos mínimos de controle burocrático, essenciais ao resguardo da *res pública*. Esse procedimento, de regras gerais simples, permite a configuração de um certame célere, objetivando a seleção da melhor proposta de parceria e evitando que a máquina administrativa seja indevidamente utilizada.

Há, contudo, aspectos que mereceriam ser acrescentados ao regramento geral, pela importância de suas disposições.

Merece criteriosa avaliação, devendo ser devidamente regradada pelo edital, a **habilitação mínima necessária para as parcerias**. O Decreto nº 3.100/99, em seu artigo 27, estipula que na seleção e no julgamento deve ser levada em conta a capacidade técnica e operacional, além da regularidade jurídica. Esses dispositivos se apresentam como requisitos gerais de habilitação, que não podem ser utilizados para justificar a exigência de comprovações que restrinjam indevidamente a participação de entidades. Por tal motivo, eles devem, no sentido preconizado pelo inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal, restringir-se àquilo que for indispensável à garantia do cumprimento das obrigações. Isso exige criterioso cuidado, para evitar que a correta opção de seleção objetiva seja deturpada, em função da fixação de critérios que tolham a participação de entidades legítimas ou que viciem o resultado da disputa.

Noutro ponto, vale observar a necessidade de apresentação de certidões negativas de débito, relacionadas ao sistema de seguridade social, por conta da exigência disposta pelo artigo 195 da Constituição Federal.³³⁴ Embora isso não tenha sido estabelecido pela Lei, é imprescindível que essa comprovação anteceda o termo de parceria,³³⁵ motivo pelo qual deve, obrigatoriamente, constar do regramento da seleção.

³³⁴ Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

§ 3º - A pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

³³⁵ De certa forma, essa compreensão foi adotada no item 9.3 do Acórdão nº 1.777/2005 do Plenário do TCU, que assim firmou entendimento:

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, diante das razões expostas pelo Relator, em:

9.1 adotar, para fins de fiscalização deste Tribunal e orientação dos órgãos e entidades da Administração Pública, as seguintes conclusões:

(...)

9.3 firmar entendimento no sentido de que previamente à assinatura de Termos de Parceria, deve ser exigida da Oscip interessada em celebrar parceria com o Poder Público, as certidões negativas mencionadas no art. 4º, inciso VII, "b", da Lei n.º 9.790/99, tendo em vista o disposto no art. 195, § 3º, da Constituição Federal;

No mais, as exigências de habilitação devem ser dirimidas pelo edital, permitindo que essas restrições resem adequadas à natureza da parceria intentada, envolvendo várias possibilidades, como experiência anterior (não em relação às parcerias, mas em relação às atividades), tempo de existência da entidade ou mesmo capacidade logística, tudo, sempre, na medida estritamente necessária ao cumprimento das obrigações decorrentes da pretendida parceria.

Importante também, como regra geral, a **avaliação do representante indicado**. De acordo com o artigo 22 do Decreto nº 3.100/99, a OSCIP deverá indicar, para cada termo de parceria, pelo menos um dirigente, que será responsável pela boa administração dos recursos recebidos. Deveria ter sido apresentada, como regra geral, a necessidade de comprovação de idoneidade desse representante, de modo a evitar o uso de laranjas ou a indicação de pessoas inidôneas, para a função de gestão dos recursos públicos recebidos.

Outra regra importante, sobre a qual quedou silente a Lei nº 9.790/99, e que deveria ser imposta como regra geral para as seleções de entidades parceiras, relaciona-se ao impedimento para que entidades que sofram a pena involuntária da qualificação fiquem, durante algum período, impossibilitadas de firmar termos de parceria com a Administração. Seria uma espécie de **período de quarentena**. Deve-se lembrar que a perda de qualificação será resultado do descumprimento das regras legais estabelecidas, para a qualificação e o funcionamento da OSCIP, e decorrerão de decisão proferida em processo administrativo ou judicial, de iniciativa popular ou do Ministério Público, no qual serão assegurados, ampla defesa e o devido contraditório.

Não parece admissível permitir que, verificado tal comportamento ilícito, após longa tramitação processual, a entidade possa se qualificar, no célere prazo previsto pela Lei nº 9.790/99, e imediatamente já firmar novo termo de parceria. Para essas situações, o Decreto poderia estabelecer período de quarentena de, pelo menos, 12 (doze) meses, a contar da perda involuntária da qualificação, durante o qual a entidade novamente qualificada não poderia firmar novos termos de parceria.

Por fim, pelos motivos já aprofundados anteriormente, convém a correção do Decreto regulamentador, no sentido de **restringir a vigência do termo de parceria ao exercício financeiro ou ao prazo máximo de 12 meses**, com possibilidade de prorrogação.

Parece irrefutável que, naquilo que couber, há incidência das regras da Lei Geral de Licitações, nos termos de parceria firmados entre o Poder Público e OSCIP's. Em função

dessa constatação, com relação aos prazos de vigência, é evidente a existência de disciplinamento pelo artigo 57 da referida Lei, ao estabelecer que a duração dos contratos administrativos (em sentido amplo) ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários. Outrossim, já foi tratado acerca das regras apresentadas pela Lei Complementar nº 101/2000, denominada Lei de Responsabilidade Fiscal, que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal.

Pois bem, a compatibilização dos dispositivos da Lei nº 8.666/93 com as regras da Lei de Responsabilidade Fiscal e as normas constitucionais induz a uma interpretação que não admite, ressalvados os casos permitidos pela Constituição e pela própria LRF, que sejam contraídas obrigações para exercício financeiro posterior, sem a respectiva previsão de recursos orçamentários que garantam o pagamento de tais obrigações.

Usando analogia, em relação ao entendimento adotado pelo TCU³³⁶ (para fins das contratações relacionadas aos serviços a serem executados de forma contínua), poderia ser permitido que a vigência dos termos de parceria ultrapassasse o exercício financeiro, com estipulação máxima de 12 meses e possibilidade de prorrogação. De qualquer forma, seria necessário que a previsão orçamentária e o empenho relacionado ao pacto firmado já abrangessem a totalidade dos recursos previstos para todo o período anterior à eventual prorrogação.

Esse mecanismo de controle resguardaria o planejamento e o respeito às disposições orçamentárias, em relação às despesas relacionadas com o termo de parceria, adequando-o ao atual ordenamento jurídico.

³³⁶ O Tribunal de Contas da União, como comentado, tem permitido que a vigência dos contratos previstos no inciso II do artigo 57 da Lei nº 8.666/93 ultrapasse o exercício financeiro. Contudo, o TCU tem determinado a estipulação de prazos de vigência não superiores a doze meses, embora admita a possibilidade de prorrogação contratual. Vide TCU - Acórdão nº 3.564/2006 - 1ª Câmara.
Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ListaDocumentos?qn=1&p=0&di=1&dpp=20>>. Acesso em 21, fevereiro de 2009.

6. CONCLUSÃO

Este trabalho se propôs a investigar as relações de parceria realizadas entre o Estado e as entidades do Terceiro Setor, detentoras da qualificação OSCIP. Tais relacionamentos foram percebidos como manifestação do princípio da subsidiariedade e da atividade de fomento estatal. Esse enfoque exige certo cuidado na configuração dessas parcerias, evitando que o fomento seja transformado em dirigismo estatal, e na determinação do grau de incidência, sobre elas, do regime jurídico administrativo. Essa abordagem apresentou-se como pressuposto para a análise do aparente paradoxo que envolve a necessidade de licitação para a escolha da entidade parceira e a incompatibilidade do procedimento licitatório tradicional.

A transferência de recursos públicos exige a incidência do regime jurídico administrativo, em face à seleção das entidades escolhidas para as relações jurídicas formadas através do termo de parceria. Esse raciocínio também é cabível nos pactos convencionais realizados com Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, que ensejem transferência de recursos públicos.

A permissividade com que o assunto é tratado, inclusive, por alguns órgãos de controle, gera um quadro de total passividade, diante de um ambiente propício à corrupção e à utilização do Terceiro Setor como instrumento de fraudes ou como mecanismo de favorecimentos pessoais.

A titulação OSCIP é de fácil consecução, diante dos poucos requisitos, da enorme gama de entidades associativas passíveis dessa qualificação e das garantias procedimentais trazidas pela Lei. Essa foi uma característica correta da Lei nº 9.790/99, sob o ponto de vista de enquadramento geral para a grande diversidade de entidades do Terceiro Setor, no Brasil, e de facilitação do processo de obtenção do título. Nossa história recente mostra que exigências burocráticas exacerbadas afastam entidades legítimas das parcerias com o Estado. Muitas organizações, de estrutura humilde, embora atuem brilhantemente na prestação de serviços de interesse público, não gozam de condição suficiente para cumprir todas as rigorosas exigências outrora estabelecidas, vencidas, apenas, pelas entidades profissionalizadas, muitas vezes imbuídas de interesses nada altruísticos.

Contudo, na atualidade, diante da facilidade de obtenção da titulação como OSCIP, que, sob certo aspecto, democratiza o ambiente de eventuais parceiras, torna-se perigoso permitir que a escolha dessas parceiras ocorra de maneira totalmente discricionária. Em um

ambiente formado por milhares de organizações qualificadas como OSCIP, parece evidente a existência de uma pluralidade de entidades associativas que desejem participar dessas parcerias e, assim, receber o fomento estatal para o incremento de suas ações de interesse público. Como admitir, então, sob a perspectiva do Estado Democrático de Direito, que a escolha dessas entidades parceiras se dê de forma discricionária ou mesmo autoritária, pelo Estado? Como impedir que essa escolha não seja viciada pelos interesses privados do gestor que comanda o órgão parceiro?

Se, na concepção da burocracia estatal weberiana, os burocratas poderiam obstaculizar os excessos dos interesses políticos do Governo, na realidade brasileira atual, identifica-se um número exacerbado de cargos em comissão, preenchidos através da livre nomeação de indivíduos que não fazem, necessariamente, parte do quadro efetivo da Administração. Ademais, na maior parte das vezes, tais agentes comissionados são vinculados política ou pessoalmente à autoridade nomeante e, em regra, ocupam os postos responsáveis pela decisão de realizar parcerias com OSCIP's.

Diante desse quadro, em que há um envolvimento pessoal, político ou partidário das autoridades gestoras, seria possível, em face à liberdade discricionária conferida, imaginar que a escolha das entidades não seria influenciada pelos interesses das autoridades que dispõem do poder para a realização dessas parcerias? É evidente que o atual quadro é permissivo, possibilitando favorecimentos indevidos e promiscuidade no manuseio de recursos públicos. Autorizando-se a escolha discricionária, não haverá empecilho ao favorecimento e ao paternalismo. Relegar-se-á o controle, apenas, ao aspecto repressivo, nas situações em que forem identificados desvios para fins outros, algo de difícil verificação e com recomposição ao erário quase impraticável.

Estabelecido que a permissividade generalizada de uma escolha discricionária é prejudicial ao interesse da sociedade, impõe-se indagar: há possibilidade jurídica de realização de licitação para a seleção das OSCIP's parceiras?

O nosso ordenamento apresenta a resposta. Os princípios jurídicos do Direito Administrativo, aos quais deve obediência a Administração Pública, exigem o estabelecimento de critérios mínimo de seleção que, sem gerar empecilhos burocráticos desnecessários, resguardem a impessoalidade na escolha das entidades parceiras. A indisponibilidade do interesse público e a impessoalidade embasam a necessidade de que a seleção dessas entidades se dê através de processo seletivo objetivo e isonômico. O próprio direito positivo, consubstanciado no artigo 116 da Lei nº 8.666/93, estabelece que as regras licitatórias são passíveis de aplicação nos convênios, acordos, ajustes e instrumentos

congêneres, naquilo que compatíveis com esses pactos negociais. A disposição normativa abre espaço para que, respeitando a natureza desses instrumentos, sejam estabelecidos procedimentos específicos para a seleção das entidades parceiras, observados os princípios e diretrizes básicas do regime licitatório. Sendo a natureza jurídica do termo de parceria equivalente à dos convênios, esse raciocínio tem validade para as duas figuras jurídicas.

Outrossim, da mesma forma que incidem as regras licitatórias pertinentes à necessidade de um procedimento seletivo, incide também seu disciplinamento acerca das situações que não são passíveis de seleção, denominadas pelo nosso ordenamento e pela doutrina, classicamente, como hipóteses de dispensa e de inexigibilidade.

O legislador pode estabelecer situações em que a seleção, para essas parcerias, possa não ocorrer, o que caracterizaria uma situação de dispensa. Da mesma forma, certamente, existirão situações em que a disputa seletiva demonstrar-se-á inviável, como nas situações de: ausência de pluralidade de alternativas,³³⁷ impossibilidade de julgamento objetivo ou de definição objetiva da prestação, ausência de disputa ou quando a parceria for aberta a todas as entidades aptas (situação em que não há seleção, no sentido de disputa, mas uma qualificação de entidades parceiras). Todas essas situações não implicam fuga ao regime licitatório, ao revés, suas exceções fazem parte dele, foram disciplinadas por sua Lei Geral.

Noutro prumo, quando se pretende firmar termo de parceria específico, com entidades privadas, qualificadas como OSCIP's, é possível a existência de uma pluralidade de organizações que tenham interesse, disposição e capacidade para realizar as atividades fomentadas. Em um quadro como esse, parece despropositado admitir que a escolha da entidade parceira seja livremente discricionária. Os princípios ínsitos à Administração Pública exigem que, havendo pluralidade de entidades privadas interessadas na formação dessas parcerias e sendo viável estabelecer seleção competitiva, seja realizado um processo de seleção que resguarde tratamento isonômico para todos os pretendentes, o que pode ser caracterizado como uma licitação, em sentido amplo.

O próprio modelo gerencial não pode suportar uma estrutura permissiva de desvios. Em última análise, essa permissividade impede a consecução de uma administração eficiente. Ademais, a necessidade de seleção não implica, necessariamente, o cumprimento rigoroso das regras estabelecidas pela Lei nº 8.666/93. Conforme já repisado, a disciplina do artigo 116 da citada Lei permite que a seleção dos termos de parceria se submeta a regime diferenciado,

³³⁷ Como ocorre nos convênios entre unidades da federação. Seriam inadmissíveis disputas que interferissem ou confrontassem os princípios do pacto federativo, o que limita a possibilidade de seleção nos convênios celebrados entre entes públicos.

compatível com nuances comuns a essas relações de cooperação e fomento, embora obedientes aos princípios básicos do regime licitatório.

Na regulação desse procedimento, o Decreto Federal nº 3.100/99 disciplina que a escolha da OSCIP, para firmar termo de parceria, pode se dar através de edital de “concurso de projetos”. O caráter facultativo merece uma leitura de acordo com a Constituição e com os princípios jurídicos que norteiam a Administração Pública, entendendo-se que sempre deverá ocorrer a seleção por meio desse procedimento competitivo, ressalvando-se as situações de inviabilidade de competição (inexigibilidade) e as situações expressamente autorizadas pelo legislador (dispensa).³³⁸

Deve-se ressaltar que o regramento trazido pelo Decreto teve a correta atitude de estabelecer, apenas, regras básicas, compatíveis com esses tipos negócios jurídicos, o que, sem adentrar minúcias da seleção, permite regramento específico pelo edital, adequando-o ao serviço não-exclusivo a ser prestado.

Por outro lado, este trabalho sugere que devem ser agregados novos instrumentos ao regramento geral, para coibir que essas parcerias sejam conspurcadas por gestores corruptos. Urge que se dê continuidade à regulamentação institucional sobre o Terceiro Setor no Brasil. Os passos dados pelos reformistas, com a Lei nº 9.790/99, não podem ser esquecidos nem deturpados. Se, de um lado, a configuração do título de OSCIP, delineada por esta Lei, teve variados méritos, pela tentativa de produzir um novo marco geral para o Terceiro Setor; hoje, identifica-se uma utilização promíscua de suas entidades por partidos políticos e gestores públicos, encantados com as facilidades da fuga ao regime jurídico-administrativo.

Estabelecidas as balizas para a qualificação, é necessário um debate acerca das diretrizes para as relações com o Poder Público. Não apenas sobre o prisma individual de sua execução, mas sobre a visão coletiva de todo o conjunto do Terceiro Setor e as formas de potencializar sua atuação, inclusive, fora das parcerias estatais, pelo estímulo às ações filantrópicas e pelo resgate da autonomia e da legitimidade da sociedade civil.

Medida imprescindível se relaciona ao **cadastro do terceiro setor parceiro**. Tal providência já foi iniciada pelo Ministério da Justiça que, através da Secretaria Nacional

³³⁸ O Tribunal de Contas da União começa, em seus Acórdãos, a disciplinar a questão nesse sentido. No Acórdão nº 1.331/2008, de seu Plenário (item 9.2.2), o TCU orientou, em relação aos convênios, que os órgãos e entidades da Administração Pública editassem normativos próprios, visando estabelecer a obrigatoriedade de instituir processo de chamamento e seleção públicos previamente à celebração de convênios com entidades privadas sem fins lucrativos, em todas as situações em que se apresentar viável e adequado à natureza dos programas a serem descentralizados. Disponível em: <https://www.convenios.gov.br/portal/arquivos/AcordaoTCU_1331_2008.pdf>. Acesso em: 27, fevereiro de 2009.

de Justiça, em outubro de 2007, considerando o cumprimento das metas estabelecidas na Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro – ENCCLA e a necessidade de se atribuir maior transparência à gestão pública, criou o Cadastro Nacional de Entidades de Utilidade Pública.

Esse cadastro envolve um conjunto de mecanismos eletrônicos de coleta, processamento, análise e transmissão de dados, destinados à integração dos procedimentos administrativos de reconhecimento, de prestação de contas e de renovação correspondentes à outorga e à manutenção de qualificações federais, bem como dos recursos públicos repassados às entidades sociais.³³⁹ Seu objetivo principal é facilitar a comunicação entre Estado, entidades e sociedade, desburocratizando, padronizando e dando transparência aos processos referentes. Na verdade, o cadastro serve ao cumprimento da disposição estabelecida pelo artigo 17 da Lei nº 9.790/99, segundo o qual, o Ministério da Justiça deve permitir livre acesso público a todas as informações pertinentes às OSCIP's.

Desprezado o atraso, já que a referida Lei data de 1999, a medida merece elogios. Deve ser destacado o avanço correto que faz na construção de meios de incentivo e facilitação à participação da sociedade no controle das ações administrativas, através do uso de um instrumento democrático e eficiente, que é a internet, para o qual ainda se verifica certo claudicar por conta da Administração. Contudo, o cadastro ainda se encontra em construção. Os dados abertos ao público não são suficientes para permitir um eficiente controle pela sociedade. Não basta noticiar a existência das entidades qualificadas, é imprescindível permitir o acesso público aos dados relacionados às parcerias e ao funcionamento da organização, como os objetos dos termos de parceria pactuados, seus valores, a composição de sua diretoria e de seu conselho.

A **utilização da internet** é outro ponto que exige avanços. Em relação aos convênios, foi criado o Sistema de Gestão de Convênios e Contratos de Repasse – SICONV. Esse sistema gera uma melhor organização administrativa e facilita o controle das relações nele registradas. Contudo, o SICONV ainda não se encontra adaptado para a inserção dos dados relacionados aos termos de parceria pactuados.

Ademais, para que, efetivamente, torne-se instrumento para o controle social, esse sistema deve conter informações claras e de fácil acesso ao público e às entidades potencialmente parceiras. Vale fazer referência à sugestão dada pelo Tribunal de Contas da União ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG). Sintonizado à

³³⁹ BRASIL. Manual de entidades sociais do Ministério da Justiça. ROMÃO, José Eduardo Elias (ORG.). Brasília : Secretaria Nacional de Justiça, 2007.

necessidade de evolução nesse sentido, o Tribunal recomendou que o MPOG avaliasse a oportunidade e a conveniência de implementar solução, de preferência em único sítio na *Internet*, com o objetivo de divulgar aos possíveis interessados a disponibilidade de recursos orçamentários alocados pelos órgãos/entidades da Administração Pública, a serem executados por meio de descentralização para outros entes públicos ou privados, que possam ser consultados por filtros, no mínimo, por Município, Estado, ação, programa de trabalho e órgão/entidade.³⁴⁰

Medidas como essa representam efetiva obediência ao princípio da publicidade e servem ao fortalecimento do **controle social**, mecanismo democrático que permite a participação da sociedade no controle e na fiscalização dos atos praticados pela Administração Pública.

Tal participação pode ser ampliada com a utilização da *Internet*, pela informação clara e didática dos atos praticados pelo Poder Público, com a inclusão das motivações e justificativas para as decisões administrativas tomadas. A digitalização dos processos judiciais vem demonstrando a possibilidade atual de se transpor para o mundo virtual, de forma segura, documentos que contenham manifestações necessárias às consultas dos interessados.

O controle social representa o controle da sociedade sobre os assuntos públicos,³⁴¹ permitindo a fiscalização do interesse público geral, de forma, inclusive, mais eficiente e barata do que os meios burocráticos tradicionalmente concebidos. Exercido pela sociedade, esse controle permite a fiscalização dos serviços prestados pelas OSCIP's e da aplicação e gerenciamento dos recursos públicos recebidos pelas entidades. Diante do Estado Democrático de Direito, consagrado pela Constituição Federal, é necessário implementar os instrumentos que viabilizem a participação do cidadão e seu acesso aos dados e registros administrativos e a informações sobre atos de governo, conforme estabelece o inciso II, do § 3º do artigo 37 da Carta Magna. O aprofundamento da democracia pode produzir a redução da corrupção, pela concepção de mecanismos de controle social sofisticados, que fomentem a participação ativa da sociedade na fiscalização da coisa pública.³⁴²

Mesmo os reformistas já admitiam que esse ambiente de transferência de recursos públicos para que entidades do Terceiro Setor realizem as prestações de serviços de interesse

³⁴⁰ TCU – Acórdão 1.331/2008 – Plenário. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=7&doc=7&dpp=20&p=0>>, acesso em 12, janeiro de 2009.

³⁴¹ GONÇALVES, Vânia Maria Nascimento. Estado, Sociedade Civil e Princípio da Subsidiariedade na era da Globalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 168.

³⁴² BUFFON, Marciano. A crise do estado contemporâneo: a falência da neotributação e a reconstrução do fundamento da solidariedade. In MORAIS, José Luis Bolzan de (Organizador). O Estado e suas crises. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005. Págs.73-124.

da coletividade só é viável no contexto de uma sociedade civil com capacidade para exercer controle social.³⁴³ Essa transformação, necessária na Administração Pública, permite o forjar de uma democracia participativa, em que os cidadãos e a sociedade civil não só participam da realização das ações públicas e de seu controle, mas, com o amadurecimento da experiência acumulada, passam a exercer função primordial na concepção de políticas públicas, ampliando não só a eficiência, mas também a legitimidade dessas ações.

Junto com a necessária seleção objetiva das entidades parceiras, esses elementos são importantes para democratizar o acesso aos recursos públicos oriundos das parcerias com o Terceiro Setor, para a prestação de serviços não-exclusivos. Seu desenvolvimento adequado criará um ambiente de incentivo à organização e ao desenvolvimento de atividades privadas altruísticas, mesmo fora de tais relações de cooperação, manifestação que são da atividade de fomento preconizada pelo princípio da subsidiariedade.

³⁴³ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Reforma da gestão e avanço social em uma economia semi-estagnada. Semi-Estagnada. Revista Brasileira de Administração Pública, Rio de Janeiro, v. 38, n. 4, p. 543-560, 2004.

7. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Érica T. Vieira de. (2004.) **Crítica da metamorfose do conceito de sociedade civil em “terceiro setor”**. In: *Serviço Social & Sociedade*. Ano XXV, n. 80, nov. p. 94-110.

ARATO, Andrew. COHEN, Jean. **Sociedade civil e teoria social**. In: *Sociedade Civil e democratização*, Leonardo Avritzer (Org.). Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 1994. Pág. 164.

ARATO, Andrew. **Uma reconstrução da teoria hegeliana da sociedade civil**. In: *Sociedade Civil e democratização*, Leonardo Avritzer (Org.). Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 1994.

AVRITZER, Leonardo. **Sociedade civil: além da dicotomia Estado-Mercado**. In: *Sociedade Civil e democratização*, Leonardo Avritzer (Org.). Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 1994.

BARBOSA, Maria Nazaré Lins. **A experiência dos termos de parceria entre o poder público e as organizações da sociedade civil de interesse público**. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005

_____. **Os termos de parceria como alternativa aos convênios: aspectos jurídicos**. In SZAZI, Eduardo (Org.). *Terceiro setor: temas polêmicos 1*. São Paulo: Peirópolis, 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito econômico**. São Paulo. Celso Bastos. 2004.

BELO, Manoel Alexandre. **Estruturas sociais e políticas: problemas de mudança, comunicação e participação nos sistemas transicionais**. *Verba Juris*. Ano 4, n. 4, jan/dez. 2005.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução de Daniela Beccia Versiani. Barueri, SP: Manole, 2007.

_____. **O Conceito de Sociedade Civil**. Rio de Janeiro: Graal, 1982.

_____. **O futuro da democracia**. 10ª edição. São Paulo: Paz e terra, 2000.

_____. **Sociedade Civil**. In: BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de Política*. 8. ed.

Brasília: Ed. UnB, 1995, v. 2, p. 1208-1209.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10ª edição. Brasília: UNB, 1999

BOLSI, Andressa. **Parceira entre Estado e OSCIP: uma abordagem social e jurídica à luz da legislação vigente**. In OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. (Org.). *Direito do terceiro setor: Atualidades e perspectivas*. Curitiba: OAB, Seção do Paraná, 2006. Pág. 55-68.

BRAGA, Valeschka e Silva. **Princípios da proporcionalidade & da razoabilidade**. 2ª. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

BRASIL. **Manual de entidades sociais do Ministério da Justiça**. ROMÃO, José Eduardo Elias (ORG.). Brasília : Secretaria Nacional de Justiça, 2007.

BRASIL. **PLANO DIRETOR DA REFORMA DO APARELHO DO ESTADO**: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado, Ministério da Administração e Reforma do Estado, 1995.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **A volta da política**. Folha de S.Paulo, 20.10.2008

_____. **Entre o Estado e o Mercado: o Público Não-estatal**. 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. 16-17

_____. **Estratégia e estrutura para um novo Estado**. *Revista de Economia Política*. vol. 17, nº 3 (67), julho-setembro/1997.

_____. **Sociedade civil: sua democratização para a reforma do Estado**. In *Sociedade e Estado em transformação*. Bresser-Pereira, Luiz Carlos; WILHEIM, Jorge e SOLA, Lourdes (orgs.). *Sociedade e Estado em Transformação*. UNESP/ENAP, 1999. 67-116.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BUFFON, Marciano. **A crise do estado contemporâneo: a falência da neotributação e a reconstrução do fundamento da solidariedade**. In MORAIS, José Luis Bolzan de (Organizador). *O Estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 3.ª ed. Saraiva. 2001

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. 4ª edição.

Coimbra: Almedina, 1999.

_____. **O Direito Constitucional Passa, o Direito Administrativo Passa Também.** In Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CARDOSO, Ruth. **Fortalecimento da sociedade civil.** In: IOSCHPE, E. B. (Org). Terceiro Setor: Desenvolvimento Social Sustentado. 2. Ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Aspectos controversos da inexigibilidade e do patrocínio privado em favor da Administração Pública.** In. CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. Direito do Estado: questões atuais. Salvador: JusPodivm, 2009.

_____. **Curso de Direito Administrativo.** Volume I. Salvador: JusPodivm, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo, 14^a ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

CICONELLO, Alexandre. **O conceito legal de público no Terceiro Setor.** In SZAZI, Eduardo (Org.). Terceiro setor: temas polêmicos 1. São Paulo: Peirópolis, 2004. p. 45-66.

COELHO, Simone de Castro Tavares. **Terceiro Setor: um estudo comparado entre Brasil e Estados Unidos.** São Paulo: Editora SENAC, 2000.

COUTINHO, Ana Luísa Celino. **Servidor público: reforma administrativa, estabilidade, emprego público, direito adquirido.** Curitiba: Juruá, 2003.

_____. **Servidor público: reforma administrativa, estabilidade, emprego público, direito adquirido.** Curitiba: Juruá, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração Pública: Concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas.** São Paulo: Atlas. 2005.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Terceiro setor e Estado: legitimidade e regulação: por um novo marco jurídico.** Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DURIGUETTO, Maria Lúcia. (2005.) **Sociedade civil, esfera pública, terceiro setor: a dança dos conceitos.** Revista Serviço Social & Sociedade, Brasil, v.1, n. 81. p. 82-101, 2005.

ESCOLA, Hector Jorge, **Compendio de Derecho Administrativo.** Vol. II. Buenos Aires:

Depalma, 1990.

_____. **Compendio de Derecho Administrativo**. Vol. II. Buenos Aires: Depalma, 1990.

EVANS, Peter B. **Análise do Estado no mundo neoliberal: uma abordagem institucional comparativa**. Revista de Economia Contemporânea. Nº 4. jul/dez. 1998.

FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. **Paradigmas Inconclusos: Os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados**. Coimbra. Coimbra Editora. 2007.

FERNANDES, Jorge Ulysses Jacoby. **Contrato de gestão com organizações sociais – Observações a sua implementação**. In. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP. Belo Horizonte., ano 6. n. 66, p. 7-9. Jun/2007

FERRAREZI, Elisabete e REZENDE, Valéria. **OSCIP – Organização da Sociedade Civil de Interesse Público: a Lei 9.790/99 como alternativa para o terceiro setor**. Brasília: Comunidade solidária, 2000.

FERRAREZI, Elisabete. **OSCIP: Saiba o que são organizações da sociedade civil de interesse público**. Brasília: Agência de Educação para o Desenvolvimento, 2002,

FOGIATO, Alessandra Deslandes. **Os acordos administrativos e a Lei nº 8.666/93**. In OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. (Organizador). **Direito do terceiro setor: Atualidades e perspectivas**. Curitiba: OAB, Seção do Paraná, 2006. p. 43-54

FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Reflexões sobre a prestação de serviços públicos por entidades do terceiro setor**. Revista de direito administrativo, Rio de Janeiro: Renovar, n. 238, p. 345-362, Out/Dez/2004.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Licitações e contratos administrativos**. Ed. Atlas, 2001.

_____. **Entidades do terceiro setor e dever de licitar**. In. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP. Belo Horizonte., ano 6. n. 65, p. 9-11. Mai/2007

GERONE, Acyr de. **As organizações religiosas e o Terceiro Setor**. Revista de Direito do Terceiro Setor RDTs, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, p. xx-xx, jan./jun. 2008. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteúdoShow.aspx?idConteúdo=53684>>. Acesso em: 31 março 2009.

GONÇALVES, Vânia Maria Nascimento. **Estado, Sociedade Civil e Princípio da Subsidiariedade na era da Globalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 144.

GRAMSCI, Antonio. **Cadernos do cárcere**. v.1. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1999.

GROTTI, Dinorá Adelaide Mussetti. **O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Parcerias na Administração Pública**. In; FIGUEIREDO, Marcelo e PONTES FILHO, Marcelo (Organizadores). Estudos de direito público em homenagem a Celso Antonio Bandeira de Mello. São Paulo: Malheiros, 2006. p.233-307.

GUERRA, Glauco Martins. **Apontamento sobre o terceiro setor no Brasil – breve análise jurídica**. Fórum Administrativo. Rio de Janeiro: Editora Fórum, Vol. 23. Ano 2. Jan.2003. Págs. 1723-1746.

GUERRA, Glauco Martins. **Apontamentos sobre o terceiro setor no Brasil – Breve análise jurídica**. Revista Fórum Administrativo – Direito Público. V. 23. 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Volume II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Pág. 99.

HEGEL, G. W. F. **A sociedade civil burguesa**. Lisboa: Editorial Estampa, 1979.

HOBBSBAWN, Eric J. **Era dos extremos: O breve século XX – 1914-1991**. 2ª edição. São Paulo: Companhia das letras, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contatos Administrativos**. 11ª Edição. São Paulo: Dialética, 2005.

_____. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

LESTER, Salamon. **Estratégias para o Fortalecimento do Terceiro Setor**. In: IOSCHPE, Evelyn Berg. Terceiro Setor: desenvolvimento social sustentado. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1997. p. 103.

MACHADO, Hugo de Brito. **Introdução ao estudo do Direito**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MÂNICA, Fernando Borges. **Panorama Histórico-Legislativo do Terceiro Setor no Brasil**:

Do conceito de Terceiro Setor à Lei das OSCIP. In OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. (Org.). *Direito do terceiro setor: Atualidades e perspectivas*. Curitiba: OAB, Seção do Paraná, 2006. p. 17-42.

MARTINS, Humberto Falcão. **Em busca de uma teoria da burocracia pública não-estatal: Política e administração no terceiro setor.** *Revista de administração contemporânea*, v.2, nº 3, set/dez, 1998, pág. 109-128.

MARTINS, Ives Gandra e NASCIMENTO, Carlos Valder do. (Org.). **Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal.** 2001. Saraiva.

MATIAS, Eduardo Felipe P. **A Humanidade e suas Fronteiras: Do Estado Soberano à Sociedade Global.** São Paulo. Paz e Terra, 2005.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEDINA, Paulo. **O Princípio da subsidiariedade.** In: *As vertentes do direito constitucional contemporâneo*. MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.). Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 30ª edição. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade.** 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Curso de Direito Administrativo.** 19ª edição. São Paulo: Malheiros, 2005.

MODESTO, Paulo. **Reforma Administrativa e Marco Legal das Organizações Sociais no Brasil.** *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro. Ed. Renovar. n. 214, Págs. 55-68, out.dez., 1998.

_____. **Reforma do marco legal do terceiro setor no Brasil.** *Revista de Direito Administrativo*. N ° 214, 1998.

_____. **Reforma do Estado, Formas de Prestação de Serviços ao Público e Parcerias Público-Privadas: Demarcando as fronteiras dos conceitos de serviço público, serviços de relevância pública e serviços de exploração econômica para as parcerias público-privadas.** In: OSÓRIO, Fábio Medina; VILLELA, Marcos Juruena. (Org.). *Direito Administrativo: Estudos em Homenagem a Diogo Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro:

Lumen Juris, 2006. p. 1.009-1.051

MORAIS, José Luis Bolzan de. **As crises do Estado**. In MORAIS, José Luis Bolzan de (Organizador). O Estado e suas crises. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. **Mutações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000,

MOREIRA, Egon Bockmann. **Organizações sociais, organizações da sociedade civil de interesse público e seus “vínculos contratuais” com o Estado**. In: CÚELLAR, Leila MOREIRA, Egon Bockmann. Estudos de direito econômico. Belo Horizonte: Fórum, 2004

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

MORRIS, Clarence. (Org.) **Os grande filósofos do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

NEDER, Ricardo Toledo. **Figuras do Espaço Público Contemporâneo - Associações Civis, Fundações e ONGs no Brasil**. Primeira Versão. nº 70. Campinas: UNICAMP – IFHC, 1997. V. 01. p. 53.

NUNES, Andréa. **Terceiro setor: controle e fiscalização**. 2ª edição. São Paulo: Método, 2006.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. **O terceiro setor e a gestão privada de recursos públicos para fins públicos**. In OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. (Organizador). Direito do terceiro setor: Atualidades e perspectivas. Curitiba: OAB, Seção do Paraná, 2006.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de; MÂNICA, Fernando Borges. **Organizações da sociedade civil de interesse público: termo de parceria e licitação**. Fórum Administrativo, n. 49, p. 5225-5237, mar. 2005.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **A constitucionalização do direito administrativo: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PAES, José Eduardo Sabo. **Fundações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários**. 2ª Ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

PINHEIRO, Armando Castelar e SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro. Elsevier/Campus, 2005.

PIOVESAN, Flavia; BARBIERI, Carla Bertucci. **Terceiro setor e Direitos Humanos**. In: CARVALHO, Cristiano; PEIXOTO, Marcelo Magalhães. (Orgs.). Aspectos Jurídicos do Terceiro Setor. São Paulo: Thomson / IOB, 2005. p. 75-98.

POZAS, Luiz Jordana de. **Ensayo de una teoria del fomento en el derecho administrativo**. *Revista de estudios políticos*, Madrid, v. 54, pp. 41-54, nov./dez, 1949.

PRADO, Inês Maria Coimbra de Almeida; CASTRO, Taiane Lobato de. **O controle do terceiro setor**. In: *Revista de Direito Sanitário*. v. 8, n. 2, p. 11-33. jul/out. 2007.

ROCHA, Silvio Luiz Ferreira da. **Terceiro Setor**. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma reinvenção solidária e participativa do Estado**. In *Sociedade e Estado em transformação*. Bresser-Pereira, Luiz Carlos; WILHEIM, Jorge e SOLA, Lourdes (orgs.). Sociedade e Estado em Transformação. UNESP/ENAP, 1999.

SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito do marketing**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SANTOS, José Anacleto Abduch. **Licitação e terceiro setor**. Fórum de contratação e gestão pública. Volume 58. Ed. Fórum. 2006.

SOUTO, Marcos Juruena Vilela. **Direito administrativo das concessões**. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004

_____. **Direito administrativo das parcerias**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

SOUZA, Leandro Marins de. **Terceiro setor e cooperativas sociais**. In: SZAZI, Eduardo (Org.). Terceiro setor: temas polêmicos 1. São Paulo: Peirópolis, 2004. p. 25

SUNDEFELD, Carlos Ari. **Fundamentos do Direito Público**. São Paulo: Malheiros, 1992.

TORRES, Silvia Faber. **O princípio da subsidiariedade no Direito Público contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VIOLIN, Tarso Cabral. **As parcerias do terceiro setor com a Administração Pública**.

Fórum Administrativo - Direito Público. V. 70. 2006.

_____. **As parcerias do terceiro setor com a Administração Pública.** Fórum Administrativo – Dir. Público – FA, Belo Horizonte, ano 6, n. 70, p. 8225-8249, dez. 2006.

_____. **Estado, ordem social e privatização - as terceirizações ilícitas da administração pública por meio das organizações sociais, OSCIPs e demais entidades do “terceiro setor”.** Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Nº 12. Dez/jan/fev 2008. Salvador. ISSN 1981-1988. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/buscarevistas.asp?txt_busca=%20Tarso%20Cabral%20Violin, acesso em 27/02/2009, às 10:45.

_____. **O “terceiro setor” e as cooperativas sociais.** In OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. (Organizador). Direito do terceiro setor: Atualidades e perspectivas. Curitiba: OAB, Seção do Paraná, 2006. p. 197-219.

_____. **Peculiaridades dos convênios administrativos firmados com as entidades do terceiro setor.** Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 4, n. 48, p. 6466-6475. Dez.2005.

ZEN, Marcela Rosa Leonardo. **Licitação e Terceiro Setor: reflexões sobre o concurso de projetos da Lei das OSCIP.** Biblioteca Digital Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS, Belo Horizonte, ano 2, n. 4, jul./dez. 2008. Disponível em: <www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=55480>. Acesso em: 31 março 2009.

ZYMLER, Benjamin. **Direito Administrativo e Controle.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005.