

ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO: DESVIRTUAMENTO DE SEUS OBJETIVOS NAS PARCERIAS COM O PODER PÚBLICO

Luciara Lima Simeão Moura

Promotora de Justiça no

Estado da Paraíba

1. Introdução

O presente artigo tem por objetivo traçar um panorama sobre a disciplina legal e jurídica das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP. Trata-se de uma denominação conferida a determinadas pessoas jurídicas de direito privado, mediante procedimento administrativo vinculado junto ao Ministério da Justiça. Hodiernamente, nota-se o crescente interesse que o tema desperta nos meios acadêmico e jurídico, em face da proliferação de entidades com tal qualificação. Existe também interesse em relação às parcerias formadas com o poder público, aspecto que chama a atenção dos profissionais do direito e que merecerá enfoque especial neste trabalho.

Num segundo momento, abordar-se-á o aspecto controvertido das diversas parcerias entre Estado/OSCIP, sobretudo no que concerne à contratação indireta de pessoal, terceirização de mão-de-obra e gestão integral das áreas de saúde e educação. Observa-se-á também como tais vínculos, invariavelmente, podem gerar ilegalidade e fraude, num claro desvirtuamento dos objetivos a que se propõem tais entidades.

2. Lei do Terceiro Setor: regulamentação legal das OSCIP

As Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público tiveram sua disciplina legal estabelecida através da Lei Federal nº 9.790, de 23 de março de 1999, regulamentada pelo Decreto nº 3.100, de 30 de junho do mesmo ano. As OSCIP são pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, instituídas por particulares para o desempenho de atividades e serviços sociais especificados na lei. Recebe a fiscalização do poder público e, sobretudo, seu apoio e incentivo, havendo, por esse motivo, ação conjunta entre as esferas pública e privada.

Impende ressaltar, de forma preliminar, que não se trata de novel modalidade de pessoa jurídica, mas de qualificação especial outorgada à pessoa jurídica de direito privado que se enquadrar nas hipóteses legais, por meio de procedimento administrativo vinculado, disciplinado pela citada lei. A OSCIP não pode, portanto, ser entendida como uma instituição em si mesma. Trata-se de entidade incluída no que os estudiosos denominam “terceiro setor”¹, em oposição aos primeiro e segundo setores: aquele representado pelo Estado e este pelo mercado. O terceiro setor, no qual também se incluem as organizações sociais², serviços sociais autônomos e entidades de apoio, é composto por entidades da sociedade civil, sem fins lucrativos, que desempenham atividades de interesse público pela iniciativa privada.

Outros teóricos utilizam a terminologia “entidades paraestatais”, querendo com isso significar pessoas jurídicas de direito privado que desempenham certas atividades de interesse público em colaboração com o poder público. Há, ainda, os que utilizam a expressão “paraestatal” para referir-se a entidades de direito privado que integram a administração indireta, bem como os serviços sociais autônomos. Há divergências terminológicas e imprecisão entre os estudiosos sobre o correto enquadramento dessas novas modalidades de entidades, dentre elas, em especial, as OSCIP.

O posicionamento da doutrina sobre o acerto desta ou daquela denominação, bem como sobre a localização da OSCIP entre os entes da administração pública indireta, não é de capital importância, porquanto o que se

¹ Terceiro setor é uma terminologia sociológica que dá significado a todas as iniciativas privadas de utilidade pública com origem na sociedade civil. A palavra é uma tradução de *third sector*, vocábulo utilizado para definir as diversas organizações sem vínculos diretos com o primeiro setor (público, o Estado) e o segundo setor (privado, o mercado). Podem-se atribuir às organizações que compõem o terceiro setor as seguintes características: a) formalmente constituídas – alguma forma de institucionalização, legal ou não, com um nível de formalização de regras e procedimentos, para assegurar a sua permanência por um período mínimo de tempo; b) estrutura básica não-governamental – são privadas, ou seja, não são ligadas institucionalmente a governos; c) gestão própria – realizam sua própria gestão, não sendo controladas externamente; d) sem fins lucrativos – a geração de lucros ou os excedentes financeiros devem ser reinvestidos integralmente nos objetivos sociais, não havendo distribuição de dividendos ou lucros aos seus dirigentes; e) trabalho voluntário – possui algum grau de mão-de-obra voluntária, ou seja, não remunerada.

² José dos Santos Carvalho Filho (in *Manual de Direito Administrativo*, 13 ed., p. 273) relaciona os aspectos que diferenciam as organizações sociais (também uma qualificação outorgada à pessoa jurídica) das organizações da sociedade civil de interesse público: “são semelhantes os sistemas de parceria

tenciona é focalizar no regime jurídico a ela aplicado e aos problemas dali decorrentes.

3. Requisitos para qualificação

A pessoa jurídica que desejar obter a qualificação de OSCIP deverá habilitar-se perante o Ministério da Justiça e comprovar o preenchimento de todos os requisitos exigidos em lei. Um dos requisitos é que não poderá ter fins lucrativos, entendendo-se como tal aquela que distribui, entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados ou doadores, eventuais excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades. Significa que deverá aplicar integralmente os recursos na consecução de seus objetivos sociais (art. 1º, §1º, da Lei nº 9.790/99).

Esses objetivos vêm especificados no citado diploma legal e consubstanciam atividades de inegável interesse público. Daí o fomento e o estímulo proporcionados pelo poder público, por meio de parceria. A respeito da matéria, leciona Maria Sylvania Zanella di Pietro³:

Trata-se, no caso, de real atividade de fomento, ou seja, de incentivo à iniciativa privada de interesse público. O Estado não está abrindo mão de serviço público (tal como ocorre na organização social) para transferi-lo à iniciativa privada, mas fazendo parceria, ajudando, cooperando com entidades privadas, que, observados os requisitos legais, se disponham

ensejadores das organizações sociais e das organizações da sociedade civil de interesse público. O núcleo central de ambos é a parceria Estado/entidade privada na busca de objetivos de interesses comuns e benéficos à coletividade. Logicamente, existem pontos específicos que distinguem os regimes. Um deles é a participação de agentes do Poder Público na estrutura da entidade: enquanto é ela exigida nos Conselhos de Administração das organizações sociais, não há esse tipo de ingerência nas organizações da sociedade civil de interesse público. Outro aspecto é a formalização da parceria: com aquelas entidades é celebrado contrato de gestão, ao passo que com estas é firmado termo de parceria. Enfim, nota-se que as linhas da disciplina jurídica das organizações sociais colocam-nas um pouco mais atreladas ao poder Público do que às organizações da sociedade civil de interesse público. Ambas, porém, retratam novas formas de prestação de serviços públicos”.

³ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 468.

a exercer as atividades indicadas no artigo 3º, por se tratar de atividades que, mesmo sem a natureza de serviços públicos, atendem a necessidades coletivas.

São as seguintes as atividades desempenhadas pelas OSCIP, elencadas no art. 3º da Lei nº 9.990/99:

- promoção da assistência social;
- promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico;
- promoção gratuita da educação, observando-se a forma complementar de participação;
- promoção gratuita da saúde, observando-se a forma complementar de participação;
- promoção da segurança alimentar e nutricional;
- defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável;
- promoção do voluntariado;
- promoção do desenvolvimento econômico e social, e combate à pobreza;
- experimentação não-lucrativa de novos modelos sócio-produtivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito;
- promoção de direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar;
- promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais;
- estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações, bem como conhecimentos técnicos e científicos que digam respeito às atividades já mencionadas.

De acordo com o art. 2º, independentemente de qual seja o objetivo social, não podem ser qualificadas como OSCIP: as sociedades comerciais; os sindicatos, as associações de classe ou de representação de categoria profissional;

as instituições religiosas ou voltadas para a disseminação de credos, cultos, práticas e visões devocionais e confessionais; as organizações partidárias e assemelhadas, inclusive suas fundações; as entidades de benefício mútuo destinadas a proporcionar bens ou serviços a um círculo restrito de associados ou sócios; as entidades e empresas que comercializam planos de saúde e assemelhados; as instituições hospitalares privadas não-gratuitas e suas mantenedoras; as escolas privadas dedicadas ao ensino formal não-gratuito e suas mantenedoras; as organizações sociais; as cooperativas; as fundações públicas; as fundações, sociedades civis ou associações de direito privado criadas por órgão público ou por fundações públicas; as organizações creditícias que tenham qualquer tipo de vinculação com o sistema financeiro nacional a que se refere o art. 192 da Constituição Federal⁴.

Para a obtenção da qualificação, como OSCIP, a entidade deve ser regida por estatuto, cujas normas disponham sobre: a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e da eficiência; a 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; a constituição de conselho fiscal ou órgão equivalente, com competência para opinar sobre o desempenho financeiro e contábil, e sobre as operações patrimoniais realizadas; a previsão de que, em caso de dissolução da entidade, o respectivo patrimônio líquido será transferido a outra pessoa jurídica qualificada como OSCIP, preferencialmente que tenha o mesmo objeto social da extinta; a previsão de que, na hipótese de a pessoa jurídica perder a qualificação de OSCIP, o respectivo acervo patrimonial disponível, adquirido com recursos públicos durante o período em que perdurou aquela qualificação, será transferido a outra pessoa jurídica com a mesma qualificação, preferencialmente que tenha o mesmo objeto social.

O estatuto da entidade deve também prever: a possibilidade de se instituir remuneração para os dirigentes da entidade que atuem efetivamente na gestão executiva e para aqueles que a ela prestam serviços específicos; as normas

⁴Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.

de prestação de contas a serem observadas pela entidade, que determinarão, no mínimo, a observância dos princípios fundamentais de contabilidade e das normas brasileiras de contabilidade; a determinação de se dar publicidade, no encerramento do exercício fiscal, ao relatório de atividades e das demonstrações financeiras da entidade, colocando-os à disposição para exame de qualquer cidadão; a realização de auditoria, inclusive externa, sobre a aplicação dos eventuais recursos públicos. Por fim, nos termos do art. 4º, a prestação de contas de todos os recursos e bens de origem pública recebidos pelas OSCIP será feita conforme determina o parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal⁵.

O pedido de qualificação deverá ser encaminhado ao Ministério da Justiça. Somente em caso de ausência de documentos⁶, de não observância do disposto nos arts. 3º e 4º (objetivos sociais e normas do estatuto, respectivamente), e enquadramento no art. 2º (pessoas jurídicas proibidas de se qualificarem como OSCIP), é que o pedido poderá ser indeferido (art. 5º, §3º). Como se observa, trata-se de procedimento administrativo vinculado, haja vista não haver espaço para a discricionariedade da administração pública. A Lei do Terceiro Setor é expressa ao estabelecer, de modo taxativo, as únicas hipóteses em que o pedido de qualificação poderá ser negado, não cabendo análise meritória da necessidade, essencialidade ou utilidade da futura OSCIP. Existe aqui uma opção do legislador em favorecer a criação de OSCIP, com uma disciplina legal mais flexível e desburocratizada. Não por outro motivo, várias pessoas jurídicas ingressaram com pedido de qualificação desde a edição da lei, e outras tantas foram e vêm sendo criadas com este único propósito.

⁵Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder. Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiro, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.

⁶Conforme o art. 5º da Lei nº 9.790/99, são os seguintes os documentos obrigatórios que a pessoa jurídica deve encaminhar com o pedido de qualificação de OSCIP: I-estatuto registrado em cartório; II - ata de eleição de sua atual diretoria; III - balanço patrimonial e demonstração do resultado do exercício; IV - declaração de isenção do imposto de renda; V - inscrição no Cadastro Geral de Contribuintes.

4. Termo de parceria

Termo de parceria é o instrumento por meio do qual se firma o vínculo entre a pessoa jurídica qualificada como OSCIP e o poder público. Por sua natureza jurídica, pode ser enquadrado na categoria de convênio administrativo, uma vez que as partes envolvidas possuem interesses comuns e visam à mútua cooperação, sendo uma delas o poder público, representado por alguma de suas pessoas jurídicas ou algum de seus órgãos. O termo de parceria está sujeito ao controle de legalidade pelo Tribunal de Contas. São cláusulas obrigatórias no termo de parceria, segundo art. 10, §2º, da Lei nº 9.790/99:

- o objeto, que conterà a especificação do programa de trabalho proposto pela OSCIP;
- a estipulação das metas e dos resultados a serem atingidos e os respectivos prazos de execução ou cronograma;
- a previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados;
- a previsão de receitas e despesas a serem realizadas em seu cumprimento, estipulando, item por item, as categorias contábeis usadas pela organização e o detalhamento das remunerações e benefícios de pessoal a serem pagos;
- o estabelecimento das obrigações da OSCIP, entre as quais a de apresentar ao poder público, ao término de cada exercício, relatório sobre a execução do objeto do termo de parceria, acompanhado de prestação de contas dos gastos e receitas efetivamente realizados;
- a publicação, na imprensa oficial do Município, do Estado ou da União, conforme o alcance das atividades celebradas entre o órgão parceiro e a OSCIP, de extrato do termo de parceria e de demonstrativo da sua execução física e financeira.

Com relação ao projeto a ser implementado, governo e OSCIP devem negociar um programa de trabalho que envolva, dentre outros aspectos, objetivos, metas, resultados, indicadores de desempenho e mecanismos de desembolso.

Além disso, antes da assinatura do termo de parceria, o órgão estatal deve consultar o Conselho de Política Pública da área de atuação do projeto, caso ele exista (art. 10, §1º).

O monitoramento e a fiscalização da execução do termo de parceria devem ser feitos pelo órgão estatal parceiro que o assinou, além do Conselho de Política Pública da área a que está afeto. É importante que o órgão estatal mantenha esse Conselho informado a respeito de suas atividades de acompanhamento do termo de parceria. O Conselho de Política Pública, por sua vez, deve encaminhar suas recomendações e sugestões ao órgão estatal, para que este adote as providências (art. 11 da Lei nº 9.790/99).

5. Fiscalização das atividades das OSCIP

A Lei nº 9.790/99 traz, de forma expressa, a possibilidade de qualquer cidadão postular, administrativa ou judicialmente, a perda da qualificação de OSCIP da pessoa jurídica, havendo indícios de fraude ou malversação de bens públicos (arts. 7º e 8º). Dispensável dizer que o Ministério Público é parte legítima para propor tal medida. O interesse público que norteia as atividades das OSCIP, sua parceria com o poder público, ou seja, com o erário tornam indispensável o controle pelo *Parquet*.

À parte o controle social e a fiscalização exercidos pelo Ministério Público, deve, ainda, o ente público, através do órgão competente com o qual se firmou o termo de parceria, estar atento ao cumprimento das obrigações nele estampadas, mormente em decorrência da liberação de recursos públicos. É dever do ente público dar ciência ao Ministério Público e ao Tribunal de Contas de quaisquer irregularidades observadas, sob pena de responsabilidade solidária (art. 12).

A lei prevê, ainda, em seu art. 13, a possibilidade de seqüestro judicial dos bens da entidade qualificada como OSCIP, bem como os de seus dirigentes. Prevê, além disso, a possibilidade de tornar esses bens indisponíveis, em casos de malversação de bens ou recursos de origem pública. Em tais medidas, podem ainda enquadrar-se agentes públicos e terceiros que, de qualquer forma, tenham-se beneficiado através do enriquecimento ilícito, ou causado dano ao erário. Prevê também o art. 13, de forma expressa, a possibilidade de aplicação das demais

sanções estabelecidas na Lei Federal nº 8.429/92, a qual trata da improbidade administrativa⁷.

6. A explosão de OSCIP no Brasil: contratação indireta de pessoal

Desde a edição da Lei nº 9.790/99, centenas de pessoas jurídicas requereram a qualificação de OSCIP perante o Ministério da Justiça, além de que inúmeras outras já foram criadas com este único propósito. Há, portanto, uma verdadeira explosão de OSCIP, sendo cada vez mais corriqueira a parceria com os poderes públicos, sobretudo com os municípios, em especial, nas áreas de saúde e educação.

O que poderia ser uma notícia alvissareira vem-se revelando, na realidade, como prática espúria. O que se nota é a utilização irregular e fraudulenta de tais organizações, por parte do poder público, como forma de escapar a diversos mandamentos e princípios constitucionais intrínsecos à administração pública, em especial, o que estabelece a obrigatoriedade de concurso público. Nesse sentido, observa Maria Sylvania Zanella Di Pietro⁸:

Na prática vem ocorrendo desvirtuamento das Oscips, tendo em vista que os termos de parceria com elas firmados nem sempre observam os seus fins institucionais, que são *atividades privadas de interesse público*. (...) Elas não se prestam à delegação de serviços públicos nem podem ser contratadas pela Administração Pública para prestação de serviços ou obras (sob a forma de empreitada) ou para fornecimento de mão-de-obra, porque isto contraria os objetivos da lei que disciplina a matéria. Elas devem atuar *paralelamente ao Estado* em seu próprio âmbito de

⁷Além do seqüestro e indisponibilidade dos bens, a Lei de Combate à Improbidade Administrativa (Lei n.º 8.429/92) traz, como sanções aos agentes ímprobos, a reparação dos danos, a suspensão dos direitos políticos por período de tempo determinado, segundo o tipo de ato de improbidade cometido, a perda da função pública, imposição de multa, graduada também conforme o tipo de improbidade cometida, e a proibição de contratar com o poder público, em diversas modalidades, por determinados períodos de tempo, conforme, igualmente, os atos ímprobos perpetrados.

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Op. cit.*, p. 469.

atividade, com ajuda do Estado e não substituir-se à Administração Pública. (grifos no original).

Na Paraíba, vinte e quatro municípios vêm sendo investigados pelo Tribunal de Contas do Estado⁹ por celebrarem termos de parcerias nas áreas de saúde e educação, havendo indícios de verdadeira intermediação de mão-de-obra de atividades-fim do Estado, numa acintosa burla ao concurso público por meio de contratação indireta de pessoal.

Em outros Estados, a situação é semelhante. Em Pernambuco, o Tribunal de Contas Estadual já imputou débito a vários prefeitos municipais¹⁰ pela total irregularidade na utilização de OSCIP para intermediação de mão-de-obra nas áreas da saúde, educação, administração, assistência social e urbanismo. A principal irregularidade é que o Município provê todos os recursos, desde a instalação, aos equipamentos, até o numerário. E assim, fica a cargo da OSCIP a mera intermediação de pessoal, na grande parte das vezes de apadrinhados políticos, que são, invariavelmente, contratados diretamente pela prefeitura, apenas assinando contrato de gaveta com a OSCIP.

Quase sempre, as funções exercidas por esse pessoal intermediado pela OSCIP envolvem o exercício de cargos efetivos já existentes na estrutura administrativa do Município, o que tornaria, por conseguinte, obrigatória a realização do certame público. Acrescente-se, ainda, que tal expediente ilegal também resulta, no mais das vezes, em afronta aos dispositivos da Lei de Responsabilidade Fiscal. Isso porque os gastos efetuados com a pessoa jurídica qualificada de OSCIP para recrutamento de mão-de-obra são excluídos do cálculo com despesas de pessoal, cujos limites¹¹ são expressamente estabelecidos

⁹ São eles: Alagoinha, Bayeux, Caaporã, Cachoeira dos Índios, Esperança, Itaporanga, João Pessoa, Lagoa Seca, Livramento, Lucena, Mataraca, Nazarezinho, Patos, Pitimbu, Puxinanã, Remígio, Santa Luzia, São João do Rio do Peixe, São José de Lagoa Tapada, Soledade, Sousa, Taperoá, Teixeira e Uiraúna.

¹⁰ O TCE de Pernambuco já imputou débito e multa aos gestores dos municípios de Carnaubeira da Penha, Serrita, Verdejante, Pombos, dentre vários outros. Na quase totalidade dos casos, houve contratação irregular de OSCIP para fornecimento de mão-de-obra em diversos setores públicos, mais especialmente, na área de saúde. No site www.tce.pe.gov.br, podem-se consultar os acórdãos e decisões referentes à problemática das OSCIP.

¹¹ LC 101/2000. Art. 19. Para os fins do disposto no *caput* do art. 169 da Constituição, a despesa total com pessoal, em cada período de apuração, e em cada ente da Federação, não poderá exceder os

no texto da Lei Complementar n° 101/2000. Outrossim, em diversos casos, observa-se que a pessoa jurídica qualificada como OSCIP sequer tem existência, por ter deixado de vigorar o termo de parceria. Extinto este, perdem seu objeto e única fonte de recursos.

Podem-se estipular as seguintes características dessas entidades qualificadas como OSCIP que têm por objetivo precipuo a burla à legislação:

- buscam intermediar repasses de verba entre entes públicos e destinatários, em troca de parte dos valores repassados: são meras intermediadoras de mão-de-obra;
- encomendam planos de trabalho fictícios (modelo-padrão), quando o fazem;
- utilizam-se de falsos contratos de prestação de serviços ou falsos termos de adesão a trabalho voluntário para descaracterizar a relação de emprego¹²;
- somente existem em razão dos recursos repassados pelos parceiros públicos – normalmente não têm qualquer instalação própria, funcionando, em boa parte dos casos, em salas alugadas;
- são criadas, geralmente, por pessoas ligadas a falsas cooperativas ou a gestores públicos (escritórios e assessorias) que facilitam a obtenção de termos de parcerias com cifras volumosas.

Uma verdadeira OSCIP tem existência própria e objetiva desenvolver atividades de cunho social, detendo os meios de produção dos trabalhos que realiza e dos serviços que presta. Para tanto, elabora e executa planos reais de

percentuais da receita corrente líquida, a seguir discriminados: I- União: 50% (cinquenta por cento); II – Estados: 60% (sessenta por cento); III – Municípios: 60% (sessenta por cento). Art. 20. A repartição dos limites globais do art. 19 não poderá exceder os seguintes percentuais: I – *omissis*; II – *omissis*; III – na esfera municipal: a) 6% (seis por cento) para o Legislativo, incluindo o Tribunal de Contas do Município, quando houver; b) 54% (cinquenta e quatro por cento) para o Executivo.

¹² O termo “voluntariado” ou “voluntário” costuma aparecer nos diversos termos de parcerias firmados hodiernamente entre OSCIP e governo. Todavia, o pessoal intermediado pela entidade não representa verdadeiramente o que se entende por voluntário, uma vez que recebe valores significativos, como verdadeira remuneração pelos serviços prestados. Nesse aspecto, observa-se, mais ainda, o desvirtuamento do propósito legal atribuído a essas entidades qualificadas como OSCIP.

trabalho. É constituída por pessoas verdadeiramente engajadas, que trabalham em prol da entidade, em seus horários livres. Não raro, essas entidades iniciam suas atividades com poucos recursos e projetos simples, alcançando, com o decorrer do tempo, mais adeptos e colaboradores.

7. Participação das OSCIP na promoção da saúde e educação

Consoante especifica o art. 3º da Lei nº 9.790/99, dentre os objetivos sociais da pessoa jurídica qualificada como OSCIP, encontra-se a promoção gratuita da saúde e da educação, observada, sempre, a participação complementar ao Estado. Destarte, à iniciativa privada cabe complementar as atividades nos setores de educação e saúde, não podendo substituir, em hipótese alguma, a responsabilidade do Estado. As entidades do terceiro setor podem e devem, segundo o espírito da lei, atuar em áreas inoperantes, em que a atuação do Estado seja insuficiente ou mesmo inexistente, tendo como parceiro e incentivador o poder público.

Porém, uma análise superficial dos muitos termos de parceria firmados entre municípios e OSCIP demonstra que os repasses de verbas públicas alcançam cifras volumosas. Esse fato configura verdadeira gestão integral pela iniciativa privada da saúde e educação, deveres inarredáveis do Estado, estatuídos na Carta Magna. Com efeito, não é preciso muito esforço hermenêutico para concluir que o constituinte conferiu à iniciativa privada a possibilidade de atuar *ad latere* de um sistema público que já exista.

A participação de quaisquer entidades do terceiro setor deve possuir, portanto, o caráter de acessório, coadjuvante, com o propósito de auxiliar, reforçar, completar, ajudar, expandir as funções do Estado. Por isso mesmo, tem a natureza de atividade subsidiária. Esclarece, nesse ponto, José Alfredo de Oliveira Baracho¹³: “A colaboração do Estado, com as comunidades e organismos particulares, é um fenômeno inerente à aplicabilidade do princípio da subsidiariedade”. É que, apesar de ser possível a participação da iniciativa privada

¹³ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 59-60.

na promoção das atividades de saúde e educação, a obrigação do Estado não é afastada, por ser compulsória, conforme determina a Lei Maior¹⁴.

É interessante ressaltar que a lei federal estipula como objetivo social da OSCIP a promoção gratuita da saúde e da educação. Entende-se gratuita como não sendo possível a cobrança de qualquer numerário pela prestação do serviço, não sendo admissível falar em remuneração ou pagamento pelo serviço por parte do poder público. Ademais, a OSCIP deverá prestar o serviço conforme sua capacidade instalada, utilizando seus recursos, suas instalações e seu próprio pessoal, na forma de verdadeiro voluntariado.

A título de exemplo, suponhamos uma entidade não-governamental, qualificada como OSCIP, cujo objetivo fosse a promoção gratuita da educação na modalidade de acompanhamento de crianças com deficiência na leitura e escrita. Tal entidade deveria ter suas instalações (sede física) para recebimento de alunos fora do horário normal de aula, para reforço escolar, em especial no aprendizado da leitura e da escrita, utilizando, para tanto, seus próprios recursos. A mão-de-obra seria a própria comunidade, composta de voluntários, com experiência pedagógica ou não, conforme a possibilidade. É, em suma, um trabalho voluntário que pressupõe desprendimento, abnegação e sacrifício em prol de uma meta elevada.

Sendo do interesse do Estado o aperfeiçoamento da educação na comunidade, um termo de parceria com determinada OSCIP seria bem-vindo. Nesse caso, o poder público pode repassar recursos a tal entidade, por exemplo, com alguma verba para gastos com material a ser utilizado, como cadernos, canetas, lousas, etc. No exemplo dado, vemos que a atuação do Estado não foi dispensada, mas sim complementada da forma como desejou o legislador. A iniciativa privada se une à atividade pública, no sentido de oferecer uma educação de melhor qualidade à população carente. Este, sim, foi e é o escopo da lei.

Entretanto, o que provavelmente ocorreria seria a contratação da OSCIP com o objetivo de intermediar a contratação de professor para as

¹⁴O artigo 199, § 1º, da Constituição preconiza: “As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos”. Verifica-se, portanto, que a participação de entidades particulares no Sistema Único de Saúde ostenta nítido caráter de *complementaridade*, somente sendo admissível quando o poder público não dispuser de meios e recursos suficientes para realizar prestações de saúde.

referidas aulas de reforço, utilizando, para tanto, a própria sede da escola e todo o material do estabelecimento de ensino. A pessoa contratada estaria exercendo verdadeiramente a função de professor, cargo existente na estrutura administrativa do município, de caráter efetivo, sem, no entanto, ter realizado concurso público. Além disso, o valor despendido com o pagamento do professor não seria computado nos gastos com pessoal, ocorrendo, assim, a afronta à Lei de Responsabilidade Fiscal.

8. Da burla à exigência constitucional do concurso público

O art. 37, II, da Constituição Federal estabelece a obrigatoriedade do concurso público de provas ou provas e títulos para o ingresso aos cargos e empregos públicos, ressalvadas as nomeações para cargos em comissão, declarados em lei, de livre nomeação e exoneração. Outra exceção constitucional diz respeito às contratações temporárias por excepcional interesse público, as quais devem vir disciplinadas em lei editada pela entidade contratadora (federal, estadual ou municipal).

A necessidade do concurso público não se relaciona apenas com o provimento originário no serviço público, mas também com as investiduras derivadas, tais como promoções, remoções, transferências para outros cargos ou categorias funcionais, e transformação de cargos. Assim, ilegal também é a mudança de cargo de determinado servidor para outro diverso daquele para o qual fora legitimamente nomeado, sem novo certame público.

A obrigação do concurso público é mandamento constitucional que tem por corolário a observância dos princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade e eficiência. Sobre a matéria, José dos Santos Carvalho Filho¹⁵ enfatiza:

Baseia-se o concurso em três postulados fundamentais. O primeiro é o princípio da igualdade, pelo qual se permite que todos os interessados em ingressar no serviço público

¹⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 13. ed. rev. amp. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 484.

disputem a vaga em condições idênticas para todos. Depois, o princípio da moralidade administrativa, indicativo de que o concurso veda favorecimentos e perseguições pessoais, bem como situações de nepotismo, em ordem a demonstrar que o real escopo da administração é o de selecionar os melhores candidatos. Por fim, o princípio da competição, que significa que os candidatos participam de um certame, procurando alçar-se a classificação que os coloque em condições de ingressar no serviço público.

Portanto, as parcerias firmadas com OSCIP com o objetivo de contratação de pessoal e intermediação de mão-de-obra para atividades-fim do Estado revelam acintosa e cristalina burla à obrigatoriedade de concurso público. Ora, como conceber possível a celebração de termo de parceria entre município e OSCIP para intermediação de mão-de-obra de médicos e enfermeiros para o hospital local? Ou para contratação de garis para serviço de limpeza urbana? Como pode o município celebrar parceria com OSCIP para contratar professores para suas escolas? Ou, caso mais freqüente, agentes de saúde? Todos os exemplos citados consubstanciam atividades-fim do Estado, das quais não pode se eximir.

Tais profissionais, para que possam ingressar no serviço público e prestar os serviços ao município, deveriam submeter-se a concurso de provas ou provas e títulos. Nos exemplos citados, médicos, enfermeiros, garis, professores e agentes de saúde são cargos normalmente de natureza efetiva, de atividades-fim do poder público (seja União, Estado ou Município), comuns na estrutura administrativa de cada ente federativo.

9. Considerações finais

O objetivo da lei, ao criar a novel figura da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, é louvável. Em nosso atual estágio de desenvolvimento, o Estado, não raras vezes, vê-se desaparelhado e impotente para promover o bem-social, seu fim precípua. A iniciativa privada pode vir em auxílio do poder público, porém nem sempre dispõe dos meios legais ou financeiros suficientes. A parceria poder público/iniciativa privada é bem-vinda, mas carece de uma disciplina jurídica e legal mais abrangente, flexível e encorajadora.

Entretanto, o que se observa é o desvirtuamento na utilização dos termos de parceria com entidades qualificadas como OSCIP. Muitos gestores públicos enxergaram na Lei do Terceiro Setor mais um meio de burlar a lei e ferir a Constituição Federal. As ilegalidades se avolumam, desde a fraude ao concurso público até a afronta à Lei de Responsabilidade Fiscal. É preciso também mencionar a questão, ainda controvertida, da necessidade ou não de licitação para contratação da OSCIP, aspecto não abordado neste trabalho e que, por certo, merece linhas próprias.

Faz-se imprescindível o controle social das atividades das OSCIP, em conjunto com o controle exercido pelos Tribunais de Contas e pelo Ministério Público. Maus gestores e más entidades não-governamentais não podem comprometer as organizações interessadas na promoção do bem-estar social, com pessoal verdadeiramente engajado. Do contrário, as organizações da sociedade civil de interesse público não passarão de uma simples boa idéia no papel.

Referências bibliográficas

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio da subsidiariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 13. ed. rev. amp. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. rev. e amp. Salvador: JusPODIVM, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. *Parcerias na Administração Pública: Concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 4. ed. rev. amp. São Paulo: Atlas, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004.