

Organizações da sociedade civil de interesse público*

Sergio de Andréa Ferreira**

1. A Constituição Brasileira juridicizou a **sociedade** (ora adjetivada como **sociedade civil**, ora referida como **comunidade**, e, ainda, como **coletividade** e **população**), dela cuidando em vários tópicos, na fixação dos objetivos de tê-la '*fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social*'; de fazê-la '*livre, justa e solidária*', qualificando-a como espaço humano '*comprometido, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias*'; e titular de **deveres**, como os vinculados à seguridade social, nos segmentos da saúde, da previdência e da assistência social; à educação e à cultura; ao meio ambiente, à família, à criança, ao adolescente e ao idoso (preâmbulo, e arts. 3º, I; 58, § 2º, II; 188, III; 194; 204, II; 205; 216, § 1º; 225; 226; 227 e 230).

1.1. Outrossim, reconhece os **entes privados com fins sociais**, as **entidades da sociedade civil, de educação e de assistência à saúde**, as **instituições de assistência social**, os **entes filantrópicos, beneficentes, sem fins lucrativos** (arts. 58, § 2º, II; 150, VI, c; 195, § 7º; 199, § 1º; 213).

1.2. Por seu turno, na contextualização constitucional, identifica-se o **Estado Brasileiro** como um todo (a República Federati-

* Comunicação proferida no XIII Congresso Internacional de Direito Comparado, sob o tema "Tendências do Direito Contemporâneo", promovido pelo Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, nos dias 25 a 27 de setembro de 2006, no Rio de Janeiro.

* Advogado. Consultor de entidades do Terceiro Setor. Professor Titular de Direito Administrativo. Desembargador Federal, aposentado. Ex-Curador de Fundações do Ministério Público Estadual. Da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, do Instituto dos Advogados Brasileiros e do Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro.

va do Brasil), que abrange a **organização governamental** (o **Estado** em sentido estrito) e a **organização social**, quer em seu viés **político**, ou seja, o **povo**, o **eleitorado**; quer enquanto **comunidade**, **coletividade**, e seus segmentos, tais como a **família**, os **mercados**, os **índios** (art. 1º; Títulos III, IV, VII e VIII; arts. 173, §§ 3º e 4º; 174; 219; 226 e 231).

2. A Constituição da República Portuguesa também refere **deveres** da **sociedade** e do **Estado** (cf. arts. 67º a 69º); e, no item 5 do art. 63º, dispõe que *‘o Estado apóia e fiscaliza, nos termos da lei, a atividade e o funcionamento das instituições particulares de solidariedade social e de outras de reconhecido interesse público sem caráter lucrativo, com vista à prossecução de objetivos de solidariedade social’*.

O texto constitucional português destaca, de modo especial, dentre esses *‘objetivos de solidariedade social’*, que incumbem à **sociedade** e ao **Estado** (a referência à primeira vem sempre à frente), a proteção da **família**, da **juventude**, dos **cidadãos portadores de deficiência** e da **terceira idade**.

3. No âmbito da **sociedade civil**, identifica-se, ao lado de outros espaços sociais, o chamado **Terceiro Setor**, expressão utilizada, pela primeira vez, em 1973; espaço esse composto por **instituições** — designação adequada às entidades de fins sociais —, e, portanto, com uma **organização estrutural**; criadas, voluntariamente, pela **iniciativa privada**, e, portanto, **entes particulares**, ou, como se costuma dizer, **não-governamentais**, surgindo, daí, a denominação **organizações não-governamentais**, as **ONG’s** (designação considerada de imprecisa abrangência); sendo dotadas de **autogestão**.

3.1. A denominação **Terceiro Setor** calca-se na distinção desse segmento social, em face do **Estado** e do **mercado**, cada um desses dois últimos qualificado, ora como **Primeiro**, ora como **Segundo Setor**.

LEANDRO MARINS DE SOUZA (*'Tributação do Terceiro Setor no Brasil'*, São Paulo, Dialética, 2004, p. 96) fornece seu conceito:

“O Terceiro Setor é, no nosso sentir, de acordo com o percurso evolutivo dos movimentos constitucionais brasileiros e, sobretudo, com a Constituição Federal de 1988, toda ação, sem intuito lucrativo, praticada por pessoa física ou jurídica de natureza privada, como expressão da participação popular, que tenha por finalidade a promoção de um direito social ou seus princípios.”

3.2. As instituições em tela são **peças jurídicas de direito privado**, por não possuírem **poder de império**, estando situadas no **setor privado**; são entidades da **sociedade civil**, que assim se organiza.

3.3. Quanto aos **fins**, são **peças de direito social**, por serem instrumentos de realização dos objetivos da **solidariedade social**, de busca da **redução das desigualdades**, de **promoção do bem-estar** e da **justiça**; e, assim, de efetivação dos **princípios fundamentais nacionais** e da **ordem social** de nosso País, enumerados nos arts. 3º e 193 da CF; e de concretização dos **direitos sociais**, elencados no art. 6º da Carta Magna Nacional.

3.4. No tocante à **estrutura do substrato personificado**, são **associações** (uniões de pessoas) ou **fundações** (patrimônios personalizados), na moldura do Código Civil Brasileiro de 2002 (arts. 44, I e III; e 53 a 69), que qualificou, por seu turno, as **sociedades** como peças jurídicas de **direito de empresa**, com **fins econômicos** (arts. 44, II; e 981 e s.). As **sociedades civis** constituídas sob o regime civil anterior deverão adaptar-se às disposições da nova codificação civil (art. 2.031).

3.5. A designação **instituto**, hoje tão em moda, e que nos vem do Direito Canônico, indica a atual tendência de superação da dicotomia **associação x fundação**, consagrando-se um *tertium genus*, no qual se dá a **personificação**, não da união de pessoas,

nem de um acervo de bens, mas de uma **estrutura organizacional**.

4. As instituições sociais têm recebido, no Brasil, variadas **qualificações jurídicas**, como as de **utilidade pública, filantrópicas, beneficentes de assistência social**.

Neste ponto, não se pode olvidar que os portugueses tiveram relevante papel na formação do setor social privado brasileiro, com a instituição de entidades como a Beneficência Portuguesa, as Caixas de Socorros, as Santas Casas.

Estudo divulgado, em dezembro de 2004, pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), pelo Instituto Brasileiro de Organizações Não-Governamentais (ABONG) e pelo Grupo de Institutos, Fundações e Empresas (GIFE), revelou que, em 2002, havia 276 mil instituições de fins sociais, no Brasil.

5. A Organização da Sociedade Civil de Interesse Público — OSCIP, figura criada pela Lei 9.790, de 23.03.99, que o Decreto 3.100, de 30.06.99, e a Portaria MJ 361, de 27.07.99, regulamentaram, tem sido identificada como instrumento de *'institucionalização do Terceiro Setor'*, seu *'Marco Legal'*. Trata-se de qualificação atribuível, pelo Ministério da Justiça, ao que a Lei rotula como *'pessoas jurídicas de direito privado'* — art. 1º-, cuidando-se, efetivamente, porém, de **pessoas do setor privado**, que, **sem fins lucrativos** — art. 1º, § 1º —, e com os **objetivos sociais** enumerados no art. 3º, não se enquadrem no elenco excludente do art. 2º, que impede a concessão do *status* a pessoas privadas integrantes da Administração Pública, como as fundações públicas (nº XI do art. 2º) e as empresas públicas e mistas (nºs. I e XIII). Até mesmo entidades paradministrativas, ou mesmo particulares, criadas por órgão ou ente público, estão afastadas (nº XII).

6. As qualidades de organização social e de OSCIP não são cumuláveis (art. 2º, IX, da Lei 9.790). É que, embora ambas sejam **entes de colaboração** do Poder Público, pelo aproveitamento

governamental da atividade particular, as primeiras estão inseridas, de modo radical, no fenômeno da *'privatização do social'*, com extinção de unidades estatais, a que substituem; participando, o Governo, de seus órgãos institucionais.

6.1. Embora com algumas diferenças, mas como evolução de projeto inicial do então MINISTÉRIO DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL E DA REFORMA DO ESTADO, foi editada a Lei nº 9.637, de 15.05.98, antecedida pela Medida Provisória nº 1.591, de 09.10.97, várias vezes reeditada, e que dispôs sobre a **qualificação** de entidades como **organizações sociais**, dentro do **Programa Nacional de Publicização**, instituído por esses atos normativos.

6.2. O *status* de **organização social** é produto de uma **qualificação jurídica**, atribuída a **pessoa jurídica de direito privado**, pelo Poder Executivo, desde que atendidos, por aquela, determinados requisitos e pressupostos, dos quais destacamos (arts. 1º, 2º e 3º):

a) ser entidade **sem fins lucrativos**, e com a obrigação de realizar investimentos de seus excedentes financeiros no desenvolvimento de suas atividades, proibida a distribuição de bens ou de parcelas do patrimônio líquido;

b) dedicar-se, com caráter altruístico, a **atividades sociais**, dentre as quais o ensino, a pesquisa, o desenvolvimento tecnológico e a saúde;

c) ser seu órgão de deliberação superior — a que a lei se refere como **Conselho de Administração** — integrado de representantes do Poder Público, em percentual de vinte a quarenta por cento; e, de vinte a trinta por cento, de representantes da **sociedade civil**; sendo que os Conselheiros de ambas as categorias são tidos como *'natos'*, devendo seu conjunto corresponder a mais de cinquenta por cento do colegiado.

6.2.1. A **outorga da qualificação é discricionária**, eis que resultante de juízo de *'conveniência e oportunidade'* do Ministro

ou titular do órgão supervisor ou regulador da correspondente área de atividade, e do então Ministro de Estado da Administração Federal e Reforma do Estado (art. 2º, II).

6.2.2. A ligação da OS com o Poder Público se dá através da celebração de **contrato de gestão** entre eles, *'com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução'* das atividades relativas às áreas enumeradas no art. 1º da Lei (art. 5º).

6.2.2.1. Esse contrato, *'elaborado de comum acordo entre o órgão ou entidade supervisora e a organização social'*, e aprovado pelo Conselho de Administração dessa e pelo Governo (art. 6º, parágrafo único), *'discriminará as atribuições, responsabilidades e obrigações do Poder Público e da organização social'* (art. 6º, caput).

6.2.2.2. Submetido à principiologia público-social (princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e economicidade), o contrato, como é próprio da espécie, estabelecerá programas de trabalho, metas e prazos de seu atingimento, índices de avaliação de desempenho, limites de despesas, assim como outras cláusulas, sendo sua execução fiscalizada pela Administração Pública (arts. 8º e 10).

6.2.2.3. O descumprimento contratual, pela OS, poderá levar à **desqualificação** dessa, pelo Poder Executivo (art. 16, e §§).

6.2.3. A OS pode, por outro lado, ser **destinatária de recursos orçamentários** e de **bens públicos** necessários à execução do **contrato de gestão** (art. 12).

Ainda mais: o Executivo poderá **ceder**, às **organizações sociais, servidores públicos**, *'com ônus para a origem'* (art. 14), sendo permitido o pagamento, pela OS, de vantagens pecuniárias adicionais (§ 1º).

6.2.4. As organizações sociais são, *'ipso iure'*, *'declaradas como entidades de interesse social e utilidade pública, para todos os efeitos legais'* (art. 11).

É, por seu turno, dispensada a **licitação** para a outorga de **permissão de uso de bens públicos** às **OS** (art. 12, § 3º), assim como para a celebração de **contratos de prestação de serviços** por elas à AP Federal direta, autárquica e fundacional, '*para atividades contempladas no objeto do contrato de gestão*': art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666, de 21.06.93, com a redação da Lei nº 9.648.

6.2.5. A **Lei nº 9.637/98** é explícita quanto à **absorção**, pela **OS**, de **atividades e serviços públicos extintos**, inclusive na área da saúde e no âmbito radiofônico e de televisão educativa (art. 18, 19 e 22).

Desde logo, extinguiu o **Laboratório Nacional de Luz Sincroton**, órgão integrante da estrutura do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico — CNPq; e a **Fundação Roquette Pinto**, entidade vinculada à Presidência da República. Ao mesmo tempo, ficou o Poder Executivo autorizado (art. 21, § 3º) a qualificar como **organizações sociais** e **absorver** as atividades desempenhadas pelas citadas entidades extintas, as pessoas jurídicas de direito privado indicadas no Anexo I da Lei: a **Associação Brasileira de Tecnologia de Luz Sincroton — ABTLUS** e a **Associação de Comunicação Educativa Roquette Pinto — ACERP**.

7. Já o título de **OSCIP** exige, para a plenitude da respectiva situação, a celebração e a vigência de **termos de parceria** (art. 9º da Lei 9.790) com um ou vários órgãos estatais: a titulação visa, em verdade, a ensejar essa celebração. Nos termos de **parceria**, discriminam-se direitos, responsabilidades e obrigações, e se estabelecem parâmetros para a fiscalização de sua execução.

Verifica-se, pois, que a qualificação é pressuposto genérico e permanente, enquanto o **termo de parceria** funciona para cada relacionamento com o Poder Público, tendo determinado objeto e prazo certo: art. 13, e §§, do Decreto 3.100.

A escolha da **OSCIP-parceira** é feita sem a obrigatoriedade de processo licitatório (TCU, sessão plenária de 01.11.05) dispondo sobre a matéria o art. 23 do Decreto 3.100/99.

8. Escrevendo logo após a edição da Lei 9.790/99, acentuávamos:

“A qualificação em tela é compatível, apenas por um biênio, com as qualificações de utilidade pública e de fins filantrópicos: findo este prazo, deverá haver opção, pela entidade (art. 18, e §§, da Lei 9.790), o que poderá causar transtornos, sabendo-se do rigor com que o Governo tem tratado as entidades sociais. Com efeito: (a) a legislação não prevê, especificamente, qualquer vantagem no campo, sempre incerto, dos tributos e das contribuições sociais; (b) as demais qualificações, que serão excluídas, são requisito da isenção contributiva (art. 206, I e III, do Decreto 3.048/99); (c) a Lei 9.790 (art. 4º, VI) admite a remuneração de dirigentes, o que conflita com essa isenção (art. 206, VI, do Decreto 3.048/99) e com a imunidade do IR, que, aliás, é pressuposto da qualificação (art. 5º, VI, da Lei 9.790; e 170, § 3º, I, do Decreto 3.000/99). Acentue-se que a Lei 9.790 impõe o atendimento permanente, pela OSCIP, do ‘princípio da universalização dos serviços’, requisito cujo conteúdo tem de ser adequadamente configurado, para se evitarem os questionamentos que, na área fiscal, as entidades têm enfrentado, inclusive judicialmente, em face da exigência da ‘generalidade’ quanto aos destinatários de suas atividades. Questão análoga decorre da caracterização da ‘promoção gratuita da educação e da saúde’ (arts. 3º, III e IV, da Lei; 6º, II e §§ 1º e 2º do Decreto 3.100).

Não se prevê, outrossim, dispensa específica de licitação na contratação da OSCIP (cf. art. 24, XXIV, da Lei 8.666/93, para as OS; e art. 1º da Lei 8.958/94, para as fundações de apoio). O Decreto 3.100, mero diploma regulamentar, prevê (art. 23), porém, concurso público para a escolha de OSCIP, objetivando a celebração de termo de parceria, na busca de entidade fornecedora de bens e serviços e ‘para a realização de atividades, eventos, consultorias, cooperação técnica e assessoria’.

Os pontos exemplificativamente assinalados evidenciam que a disciplina jurídica da situação de OSCIP necessita de aperfei-

çoamento, quanto a aspectos fundamentais, a fim de que seja formatado por completo o respectivo regime, e se dêem, à qualificação, efetiva segurança e real valia.”

8.1. A propósito do tema, escreve JOSÉ EDUARDO SABO PAES (*Fundações, Associações e Entidades de Interesse Social*, Brasília Jurídica, 6ª ed., p. 633):

“Em relação aos incentivos fiscais, segundo a legislação tributária em vigor, as entidades sem fins lucrativos têm isenção do Imposto de Renda, independentemente de qualquer qualificação, desde que não remunerem seus dirigentes (Lei nº 9.532/97).

Em relação aos incentivos fiscais para doações, a Receita Federal reconheceu o direito de as Oscips receberem doações dedutíveis do Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas. De acordo com a Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, arts. 59 e 60, a Lei nº 9.249/95 passa a abranger também as entidades qualificadas como Oscip. Essa lei permite a dedução no Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas até o limite de 2% sobre o lucro operacional das doações efetuadas.

No entanto, as Oscips só podem ser beneficiárias de doações, nos termos e condições estabelecidas pelo inciso III do § 2º do art. 13 da Lei nº 9.249/95 (art. 59 da MP nº 2.158-35/01), se a qualificação de Oscip for renovada anualmente (art. 60 da MP nº 2.158-35/01).”

9. A Lei 9.790/99 prescreve (art. 3º) a **obrigatoriedade** de certas disposições estatutárias; e cuida da **renovação** do título (art. 11, §§ 1º e 2º) e da **perda da qualificação** (art. 7º e 8º).

10. As **OSCIP's** prestam contas ao órgão estatal-parceiro (Lei 9.790/99, arts. 4º, VII, 'd', e 10, V; Decreto 3.100/99, arts. 12 e 18).

10.1. Como estão em jogo interesses sociais, o **Estado** há-de exercer a **provedoria** desses, fiscalizando as instituições que buscam o atendimento dos mesmos.

10.2. Esse *munus* cabe, de modo muito próprio, ao **Ministério Público**, que vela pelas fundações e exerce a fiscalização dos entes do Terceiro Setor.

10.3. Aqueles que são titulados estão, no nível federal, sob a jurisdição do **Ministério da Justiça**, por intermédio de seu Departamento de Justiça, Classificação, Títulos e Qualificação (DJCTQ).

10.4. Recente matéria jornalística destaca que o **MJ** dispõe de apenas doze funcionários, para fiscalizar as contas anuais de milhares de entidades tituladas.

Por seu turno, os demais Ministérios, para o desempenho de fiscalização na aplicação dos recursos públicos repassados por força das parcerias com as **OSCIP's**, não dispõem de equipes específicas; embora esses repasses cheguem, segundo estimativa do Tribunal de Contas da União — que também tem competência na matéria — à cifra anual de oito bilhões de reais.