

Organizações da sociedade civil de interesse público: da seleção das entidades para a celebração do termo de parceria

Carlos Caram Calil¹

Sumário: 1 – Introdução; 2 – Privatização; 2.1 – Conceito; 2.2 – O Estado Social de Direito; 2.3 – O Estado Subsidiário; 3 – O Terceiro Setor; 3.1 – Conceito; 3.2 – Entidades do Terceiro Setor e os vínculos firmados com o Poder Público; 3.2.1 – Serviços Sociais Autônomos; 3.2.2 – Entidades de Apoio; 3.2.3 – Organizações Sociais; 4 – Das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público; 4.1 – O Conceito de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público; 4.2 – Entidades Assemelhadas; 4.3 – Requisitos para a Qualificação; 4.4 – Atividades da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público; 4.5 – Termo de Parceria; 5 – Da Seleção das Entidades para a Celebração do Termo de Parceria; 5.1 – Da Importância da Atividade de Seleção; 5.2 – Formas de Seleção; 5.3 – Da Análise do Cabimento da Licitação; 5.4 – Da Obrigatoriedade de Utilização de Procedimento Objetivo de Escolha; 5.5 – Do Concurso de Projetos; 5.5.1 – Do Procedimento do Concurso de Projetos; 5.5.2 – Da Previsão em Decreto Federal; 5.5.3 – Da Abrangência da Aplicação do Concurso de Projetos; 6 – Conclusão; Bibliografia.

¹ Procurador do Estado de São Paulo. Especialista em Direito do Estado pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.

1. Introdução

A crescente demanda por atividades estatais ocasionou a criação de um Estado Social de Direito gigantesco. Incumbido de inúmeras funções, surgiram as dificuldades de realizar todas estas atividades com a eficiência esperada. Nesse contexto, o Estado clamou pela participação do setor privado, podendo-se verificar a passagem para o Estado Subsidiário.

Surge o fenômeno da privatização. O termo privatização é amplo e compreende variadas formas de repasse de atribuições estatais aos particulares.

Feitas estas considerações, teremos condições de delimitar as fronteiras do terceiro setor. Assim, analisaremos seu conceito e as entidades que o compõem.

Em regra, estas entidades atuam na execução de serviços de relevância pública, ou seja, realizam serviços sociais, que apesar de sua relevância, não são executados com exclusividade pelo Estado. Dada a própria natureza destas atividades, não há a possibilidade ou a viabilidade de obtenção de lucro, motivo pelo qual não despertam o interesse do mercado. Assim, deverão ser prestadas pelo Estado ou por pessoas interessadas.

Faremos uma análise das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, bem como do vínculo jurídico que estas entidades podem estabelecer com o Poder Público.

Feita esta análise essencial, passaremos a discorrer, tendo sempre em mente a importância destas Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, sobre a relevância da atividade de seleção destas pelo administrador público. Analisaremos as formas de seleção, notadamente o concurso de projetos, procedimento de escolha previsto no Decreto federal nº 3.100/99; verificaremos se decorre do direito posto a obrigatoriedade deste instituto ou de outro procedimento pautado em critérios objetivos de escolha.

Esperamos, com isso, emprestar ao trabalho uma utilidade prática; servir de instrumento de gestão pública para o administrador público, destacando a importância destas entidades e dos respectivos termos fir-

dados com o Poder Público, que, se utilizados de modo adequado, muito contribuirão para a prestação eficiente de serviços sociais no Brasil.

2. Privatização

2.1. Conceito

Segundo a lição da professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro², o fenômeno da privatização abrangerá técnicas de desregulação, visando à diminuição de emissão de regras de intervenção do Estado no domínio econômico, concedendo maior liberdade ao mercado; de desmonopolização de atividades econômicas; de concessão de serviços públicos, repassando aos setores privados o exercício dos serviços, bem como o denominado *contracting out*, abarcando os acordos de colaboração entre o Poder Público e os setores privados, desde os convênios celebrados, até os contratos de obras e prestação de serviços.

Há, ainda, outro aspecto da privatização, qual seja, a aplicação de instrumentos de gestão privada em entidades públicas. A privatização está ligada à ideia de desburocratização. Com efeito, adota-se a necessidade de despir as entidades públicas de institutos essencialmente burocráticos, que apenas travam os atos por elas praticados, sem contribuir para a eficiência do ato.

Agora, o contexto do surgimento deste fenômeno passa necessariamente pela análise do Estado Social de Direito, de suas deficiências e da criação do Estado Subsidiário.

2.2. O Estado Social de Direito

O Estado Social de Direito surgiu como alternativa ao Estado Liberal. Com efeito, este Estado, fundado na necessidade de proteger as liberdades individuais, essencialmente, se omitia na prática de atos que tivessem o potencial de ferir os direitos individuais, na medida em que, no contexto histórico de sua criação, era o próprio Estado – Absolutista

2 Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras Formas, p. 5.

– que ameaçava a integridade destes direitos. No máximo, deveria pôr à disposição seu poder de polícia, para reprimir atos atentatórios originados de outros particulares.

Contudo, este Estado abriu espaço para graves desigualdades econômicas e sociais. Com efeito, leciona o ilustre jurista Paulo Bonavides:

Aquela liberdade conduzia, com efeito, a graves e irreprimíveis situações de arbítrio. Expunha, no domínio econômico, os fracos à sanha dos poderosos. O triste capítulo da primeira fase da Revolução Industrial, de que foi palco o Ocidente, evidencia, com a liberdade do contrato, a desumana espoliação do trabalho, o doloroso emprego de métodos brutais de exploração econômica, a que nem a servidão medieval se poderia, com justiça, equiparar.³

Assim, haveria a necessidade de criação de um Estado que suprisse as inúmeras necessidades sociais existentes. Surgiu, assim, o Estado Social de Direito. Este novo Estado deveria, então, ingressar nas relações sociais, regulamentando-as, proteger novos direitos sociais e econômicos, seja mediante a utilização do poder de polícia, seja mediante a efetiva prática de atividades tendentes a suprir as necessidades consonantes com estes novos direitos.

Observou-se, contudo, que este novo Estado assumiu inúmeras atribuições, demandando a criação de uma estrutura administrativa e financeira gigantesca e complexa para que todas as atividades assumidas fossem prestadas com a qualidade necessária. Não suportando as atividades assumidas, passamos a lidar com as ineficiências deste Estado.

Por todos estes motivos, clamava-se por uma solução. Era muito difícil, senão impossível, a criação de um Estado perfeito, próximo a um garantidor universal, que suprisse todas as necessidades da sociedade no âmbito social e econômico. Não seria viável a criação de uma estrutura administrativa para isto, tampouco a obtenção de recursos para isto. Assim, a solução aventada foi a mudança da concepção do Estado, com a participação do setor privado.

3 BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social, p. 59.

2.3. O Estado Subsidiário

Com esta mudança não se operou a ruptura de ideias ocorrida na passagem do Estado Liberal ao Estado Social. Com efeito, não se deixou de se constatar a importância da proteção de inúmeros e crescentes direitos econômicos e sociais. Apenas foi concebida a necessidade de participação da sociedade neste processo, criando diversas formas de participação das pessoas privadas na consecução destas atividades.

Bem, o Estado Subsidiário prega a adoção do princípio da subsidiariedade, criado pela Doutrina Social da Igreja, pelas Encíclicas *Rerum Novarum* (1891), de Leão XIII, *Quadragesimo Anno* (1931), pertencente a Pio XI, *Mater ET Magistra* (1961), de João XXIII e, finalmente, pela *Centesimus Annus* (1991), de João Paulo II, conforme os ensinamentos da professora Maria Sylvia Di Pietro.⁴

Pode-se observar que o fundamento do princípio da subsidiariedade consiste na tese de que o Estado deverá deixar um espaço ao indivíduo para se desenvolver. Isto é, há a ideia de que, para a preservação dos direitos individuais, a iniciativa privada deverá ter primazia sobre o domínio estatal. Portanto, não é somente o problema da falta de eficiência do Estado Social de Direito que faz aflorar o princípio da subsidiariedade; há a crença na tese de que o indivíduo precisa se desenvolver, praticando os atos que lhes são compatíveis.

Ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro que:

No âmbito interno, o princípio da subsidiariedade está na própria base da nova concepção do Estado de Direito Social e Democrático, ou seja, de um Estado em que os direitos fundamentais do homem já não constituem apenas uma barreira à atuação do Estado, como se via no período liberal, mas constituem a própria razão de ser do Estado. Cabe a este promover, estimular, criar condições para que o indivíduo se desenvolva livremente e igualmente dentro da sociedade; para isso é necessário que se criem condições para a participação do cidadão no processo político e no controle das atividades governamentais.⁵

4 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras Formas*, p. 15.

5 *Ibid.*, 16.

Aliás, prega esta doutrina não somente estas relações do Estado com a iniciativa privada, mas sim relações entre indivíduos privados, na medida em que defende que se uma atividade pode ser realizada por apenas um indivíduo, não deve ser entregue a grandes sociedades. Nesta análise, temos o princípio da subsidiariedade em seu sentido horizontal.

A abstenção do Estado, com a consequente diminuição de seu tamanho, dá-se pela privatização, cujo conceito já foi analisado. Pode-se concluir, então, que surge o fenômeno da privatização para solucionar as crises de ineficiência do Estado Social na prestação dos serviços à sociedade, advindas de dificuldades de ordem financeira, na obtenção de recursos, bem como nos entraves materiais surgidos com a necessidade de criação de uma gigantesca e complexa máquina administrativa, valendo-se, ainda, da concepção do Estado Subsidiário.

É preciso notar que o Estado deverá deixar que os particulares exerçam os serviços sociais, mas deverá fornecer os meios necessários para que o particular pratique estas atividades. Trata-se, assim, da atividade de fomento estatal, que propicia a efetivação de diversas parcerias do Poder Público com os setores privados, para a prática de serviços de relevância pública, constituindo um universo próprio, chamado terceiro setor.

3. O Terceiro Setor

Como decorrência do fenômeno da privatização, o Estado estabelecerá parcerias com o setor privado. Com efeito, o termo parceria poderá englobar os serviços públicos concedidos aos particulares, tanto na forma da concessão tradicional quanto pela parceria público-privada, e os meios de fomento à iniciativa privada, no exercício de serviços de relevância pública.

Insta consignar que a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro possui uma concepção mais abrangente do termo parceria. Acrescenta a ilustre doutrinadora os contratos de prestação de serviços e os instrumentos de desburocratização como meios de parcerias. Contudo, sustentamos não se adequarem ao termo, em que pese se relacionarem com a ideia mais ampla, de privatização.

Delimitado o termo, deveremos analisar somente as parcerias promovidas pela Administração Pública para a implementação das técnicas

de fomento. Nesse sentido, denominaremos de terceiro setor as entidades privadas que firmam estas parcerias.

3.1. Conceito

O terceiro setor é, assim, composto das entidades privadas que exercem serviços sociais de relevância pública, fomentadas pela Administração Pública. Estas entidades são chamadas de paraestatais. É dizer: são entidades que atuam paralelamente ao Estado; são privadas, contudo, agem, ao menos no que toca aos seus objetivos, como se Estados fossem.

Estes entes exercem atividades de relevância pública. Estas são serviços não exclusivos do Estado. Se prestados pelo ente público, serão serviços públicos; se prestados por particulares, serão reputados serviços sociais de relevância pública.

Deveras, a importância destas atividades e, por conseguinte, das entidades que as exercem recomendam que o Estado incentive e propicie sua realização pelos particulares. Assim, deverá implementar diversas técnicas de fomento direcionadas a este setor.

Assim, a Administração Pública poderá fomentar a atividade prestada pelos entes privados, concedendo prêmios ou subvenções financeiras, por exemplo.

Feitas estas considerações, passaremos a analisar, brevemente, as modalidades de parcerias da Administração Pública no terceiro setor.

3.2. Entidades do Terceiro Setor e os vínculos firmados com o Poder Público

Entidades do terceiro setor são, assim, as entidades privadas que desempenham atividades não lucrativas na seara dos serviços sociais, não exclusivos do Estado.

Nesse passo, a doutrina qualificada reconhece quatro espécies de entidades paraestatais: serviços sociais autônomos, entidades de apoio, organizações sociais e organizações da sociedade civil de interesse social.

3.2.1 Serviços Sociais Autônomos

São pessoas de direito privado, sem fins lucrativos, que exercem serviços sociais, não exclusivos do Estado. Atuam, de modo específico, na área da assistência social e do ensino.

Ademais, possuem uma característica que as diferenciam: são criadas para atender às necessidades de um determinado círculo de pessoas, uma determinada categoria profissional e seus familiares. Anote-se que não há óbice a que estas entidades atendam às pessoas que estão fora de determinado círculo social, contudo, há a prioridade de atendimento deste círculo.

Não se trata de qualquer privilégio instituído pela Lei, justamente porque haverá outras entidades que suprirão as eventuais omissões destas entidades.

Com efeito, é o conceito adotado por Hely Lopes Meirelles:

(...)Serviços sociais autônomos são todos aqueles instituídos por lei, com personalidade de Direito Privado, para ministrar assistência ou ensino a certas categorias sociais ou grupos profissionais, sem fins lucrativos, sendo mantidos por dotações orçamentárias ou por contribuições para fiscais. São entes paraestatais, de cooperação com o Poder Público, com administração e patrimônio próprios, revestindo a forma de instituições particulares convencionais (fundações, sociedades civis ou associações) ou peculiares ao desempenho de suas incumbências estatutárias. São exemplos desses entes os diversos serviços sociais da indústria e do comércio (SENAI, SENAC, SESC, Sesi), com estrutura e organizações especiais, genuinamente brasileiras.⁶

Como se observa da lição proferida, estas entidades, então, podem receber contribuições para fiscais, para a sua manutenção.

3.2.2 Entidades de apoio

Verifica-se a existência das características comuns às demais entidades do terceiro setor, na medida em que se trata de uma entidade de

⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, p. 386.

direito privado, sem fins lucrativos, disposta a prestar serviços não exclusivos do Estado.

Observe-se que, na maioria dos casos, são constituídas fundações de direito privado para servirem como entidades de apoio. Nota-se, ainda, que são constituídas por servidores públicos. Tais elementos já permitem a conclusão de que estas entidades são constituídas para assumir os serviços sociais que já estão sendo prestados pelo Poder Público.

O fomento da Administração Pública dá-se por meio de convênios celebrados, para o repasse de verbas e bens públicos.

3.2.3 Organizações sociais

As Organizações Sociais são entidades previstas, no âmbito federal, na Lei nº 9.637, de quinze de maio de 1998. Como as demais entidades do terceiro setor, são entes privados, sem finalidade lucrativa, criados para desempenhar serviços de relevância pública. Para a implementação do fomento estatal, o ente público firma, com estas entidades, um contrato de gestão, por meio do qual dispõe os objetivos e metas que a entidade privada deverá cumprir, bem como o auxílio que prestará à Organização Social.

Interessante notar que, para obter a qualificação de Organização Social, a entidade deverá firmar, com a Administração Pública federal, o contrato de gestão, além dos requisitos consignados na lei citada. A entidade somente poderá atuar nas áreas de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde; ademais, de acordo com a Lei federal, haverá a necessidade de participação de representantes do Poder Público em seu órgão de deliberação superior; por fim, observa-se que os seus dirigentes não poderão ser remunerados pelos serviços prestados.

Bem, percorrido sobre temas indispensáveis ao conhecimento do universo no qual se encaixam as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, passaremos, no próximo capítulo, a analisá-las de modo específico.

4. Das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público

As Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público são os entes que melhor se amoldam ao mundo do Terceiro Setor.

Com efeito, é adequado imaginarmos que um ente do terceiro setor deverá ser formado por pessoas privadas idôneas, dispostas a exercer, com eficiência e dedicação, atividades sociais, sem finalidade lucrativa. Deverá já ter algum patrimônio formado, demonstrando que já possui alguns alicerces financeiros e técnicos, para o desempenho das atividades de relevância social. Não obstante a ausência de lucro, os dirigentes, para a plena dedicação à entidade, deverão ser retribuídos por seus serviços – anote-se que a retribuição ainda serviria, inegavelmente, como um dos meios de gratidão da coletividade pelos serviços prestados.

Ademais, a entidade não deverá estar ligada a nenhum círculo social que possa limitar, por alguma forma, sua atuação. Assim, não deverá ser um sindicato ou uma organização partidária. Tampouco uma associação de classe ou uma instituição religiosa. Tais circunstâncias poderiam restringir sua atuação.

Além disso, deverá haver a garantia da universalidade de atendimento: atender um número máximo de pessoas necessitadas, com a máxima eficiência.

Outrossim, não poderá ser uma sociedade comercial, tampouco uma instituição creditícia que tenha vinculação com o sistema financeiro nacional: não poderia ficar tão próxima à ideia de lucro.

Acrescente-se que, se no Estado Subsidiário as atividades passíveis de serem executadas por uma pessoa ou por uma sociedade privada devem ser prestadas por estas, para a sua plena realização, entidades públicas não devem fazer parte deste mundo. Ora, se existem pessoas privadas dispostas a realizar estas atividades, não há razões para imputar ao Estado as atividades sociais que estas poderiam realizar com qualidade e eficiência. Por esta ideia, uma entidade pública não poderia fazer parte do terceiro setor, tampouco sua diretoria poderia ser composta por algum agente público. Não sustentamos que o Estado não possa ser constituído por agentes altruístas, dedicados e responsáveis, mas dando chance a pessoas privadas, que demonstrem tal disposição, a ajudar o próximo, que escolhem, de modo puramente espontâneo, determinada atividade social; certamente, obteremos mais qualidade e dedicação, na prestação destes serviços.

De outro lado, é inegável que deve haver a ajuda do Estado para o desempenho de suas atividades. Com efeito, o Estado dispõe de recursos financeiros para tanto, ao exigir a contribuição da sociedade. Nada mais adequado que o Estado forneça subsídios financeiros às entidades do terceiro setor. Também o Estado deverá prestar a ajuda técnica necessária à entidade. Não basta a ajuda financeira.

Ora, todos estes elementos estão presentes na Lei federal nº 9.790, de 1999, que dispõe sobre a qualificação das pessoas de direito privado como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, bem como sobre o vínculo jurídico formado com os Entes Públicos, o termo de parceria.

Curioso notar que deverá haver uma necessária relação entre uma entidade do terceiro setor e a ideia de altruísmo, palavra e criada por Auguste Comte, filósofo francês, que significa o conjunto de disposições humanas que fazem com que os indivíduos se dediquem aos outros. Nota-se que a palavra altruísmo possui um significado mais amplo do que a mera solidariedade, sendo o inverso do conceito de egoísmo.

Assim, unidos os esforços necessários, tanto no âmbito legislativo quanto de aplicação da lei, pelos administradores públicos, para a seleção de setores privados que, de modo autêntico, se dediquem a práticas altruístas, certamente atingiremos todos os objetivos almejados.

4.1 O Conceito de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público

As notas acima já deram uma noção do conceito das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, cumprindo, agora, consolidá-lo com as abordagens necessárias.

A professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro dispõe sobre o conceito destas entidades:

(...)Trata-se de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, instituídas por iniciativa de particulares, para desempenhar serviços sociais não exclusivos do Estado com incentivo e fiscalização pelo Poder Público, mediante vínculo jurídico instituído por meio de termo de parceria.⁷

7 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, p. 422.

Estas entidades estão previstas na Lei federal nº 9.790, de vinte e três de março de 1999, dispondo que as entidades privadas poderão obter a qualificação de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, desde que cumpridos os requisitos previstos. O Decreto nº 3.100, de 30 de junho de 1999, regulamenta o instituto.

Importante, ainda, consignar que a Lei traz, em seu artigo 1º, § 1º, o que se deve entender por entidade sem fins lucrativos:

Para os efeitos desta Lei, considera-se sem fins lucrativos a pessoa jurídica de direito privado que não distribui, entre seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados ou doadores, eventuais excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, bonificações, participações ou parcelas de seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplica integralmente na consecução do respectivo objeto social.

Não obstante, há uma inovação importante: a Lei permite a instituição de remuneração para os dirigentes da entidade que atuem na gestão executiva e para aqueles que prestem serviços específicos, desde que compatíveis com os pagos no mercado. Esta característica muito contribui para a transparência e lisura da entidade.

Nota-se que a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público é, assim, uma qualificação dada à entidade privada que preencha os requisitos objetivos necessários. Portanto, a qualificação provém de um ato administrativo, efetivado pelo Ministério da Justiça, conforme dispõe o artigo 5º da citada Lei federal. E este ato é vinculado, na medida em que o administrador público não poderá se recusar a conceder este título à entidade privada que demonstrar possuir todos os requisitos previstos na lei. É a prescrição explícita contida no § 2º do art. 1º. Anote-se, contudo, que a obtenção desta qualificação não implica a obrigatoriedade do Poder Público de firmar termo de parceria com a respectiva entidade privada.

Importante observar que o Estado de São Paulo editou a Lei nº 11.598, de 15 de dezembro de 2003, que declara estabelecer disposições sobre as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público. Contudo, seu conteúdo dispõe meramente sobre o termo de parceria firmado com a Administração Pública estadual. Assim, o ente estadual nada inovou

no que toca à qualificação de uma entidade privada para exercer atividade de relevância social. Vale-se, assim, da qualificação atribuída pela Lei federal, para firmar seus termos de parceria.

4.2 Entidades Assemelhadas

Anote-se que a Lei federal nº 9.790/99 não inaugurou a previsão de subsídios estatais a entidades formadas por particulares, associações privadas ou fundações públicas, que buscam o auxílio de entes estatais. Ainda, não estamos nos referindo às Organizações Sociais, Serviços Sociais Autônomos ou às Entidades de Apoio.

Com efeito, verifica-se que as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público assemelham-se às antigas entidades que recebiam o título de utilidade pública, na esfera federal, pela Lei nº 91, de 28 de agosto de 1935, alterada pela Lei nº 6.639, de 8 de maio de 1979, e regulamentada pelo Decreto nº 50.517, de 2 de maio de 1961. Estas entidades eram pessoas jurídicas de direito privado, formadas por particulares, constituindo associações ou fundações privadas, que tinham, por objetivo, a prestação de serviços de relevância social; para a consecução destas atividades, buscavam o auxílio do Estado, passando pela tarefa de buscar este título. Possuem, assim, muitos pontos de contato com as entidades previstas na Lei de 1999.

Assim, ressalta-se a maior dificuldade de preenchimento dos requisitos para a obtenção do título, bem como a natureza discricionária do ato administrativo de concessão deste, conforme sustenta autorizada doutrina.

Há, ainda, o certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social – antigo certificado de fins filantrópicos, existente desde o ano de 1959. Há poucas entidades com este título. Para obter esta qualificação, a entidade privada, primeiro, deverá obter o título de utilidade pública comentado.

Observe-se que o título que o Poder Público concede às entidades privadas de interesse público tende a conferir maior credibilidade à entidade e a possibilidade de obter subvenções públicas. Contudo, pelos requisitos necessários para sua obtenção, bem como pelo controle efetivado pelas entidades públicas e instituições fiscalizadoras, tanto de meio

quanto de resultado, a entidade privada perderá, inegavelmente, parcela de sua liberdade.

4.3 Requisitos para a Qualificação

Verifica-se que os requisitos para a obtenção dos títulos regulados pelos diplomas legais anteriores à Lei 9.790/1999 eram mais complexos, de difícil obtenção. A Lei das Organizações da Sociedade Civil instituiu critérios mais simples e ágeis à concessão do título público respectivo.

Cabe destacar que a Lei federal das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público e Termo de Parceria é bem estruturada e possui fácil compreensão.

Sem prejuízo dos requisitos já comentados nas notas acima, há que se observar que também há alguns requisitos no que toca às atividades da entidade privada. Nesse sentido, somente as entidades que contiverem em seus estatutos a previsão de uma das atividades consignadas no artigo 3º da Lei federal de 1999, poderão se qualificar como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público.

Há, ainda, a necessidade de observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e eficiência. Simplesmente, exige-se o óbvio: que a entidade particular aja com lisura, dedicação e eficiência.

Ademais, na mesma linha, deverá adotar práticas de gestão administrativa, de forma a impedir condutas ilícitas dentro da entidade. Necessária, portanto, a constituição de órgãos de controle dentro da entidade, com a criação de um conselho fiscal ou órgão equivalente. Outrossim, exige-se que, na regulamentação do procedimento de prestação de contas da entidade, esta deverá observar os princípios fundamentais de contabilidade e das normas brasileiras de contabilidade; que haja publicidade, no final do exercício fiscal, do relatório de atividades e demonstrações financeiras da entidade, incluindo certidões negativas de débitos junto ao INSS e FGTS; que haja a previsão de auditoria; e, finalmente, que se observe o artigo 70 da Constituição Federal.

Por fim, deverá ser previsto que, em caso de dissolução do ente privado, o respectivo patrimônio líquido será transferido para outra

Organização da Sociedade Civil de Interesse Público. O mesmo deverá ocorrer se a Organização perder sua qualificação.

Consigne-se que todos estes requisitos deverão estar comprovados nos documentos arrolados no artigo 5º da Lei nº 9.790/1999.

4.4 Atividades da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público

Conforme já explicitado, enquanto entidade do terceiro setor, a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público atuará no âmbito dos serviços sociais. Estes, em breve síntese, são serviços de interesse da coletividade, de relevância pública. Na medida em que não são exclusivos do Estado, poderão ser prestados pela iniciativa privada. Contudo, o Poder Público deverá exercer maior fiscalização sobre estes serviços, bem como promover atos de incentivo à sua realização pelos particulares, por meio da atividade de fomento. Convém consignarmos que, se prestados pelo Estado, estes serviços serão considerados públicos.

Esta entidade do terceiro setor foi prevista para praticar serviços sociais paralelamente ao Estado. Em outras palavras, a entidade não assumirá um serviço já prestado pelo Estado em determinada região, retirando-lhe a qualidade de serviço público, embora de relevância pública, como ocorre, por exemplo, quando uma Organização Social assume os serviços que antes eram prestados pelo Estado num determinado hospital.

Ademais, a Lei federal nº 9.790/1999 estabelece de forma exaustiva, em seu artigo 3º, os âmbitos de atuações desta entidade do terceiro setor.

Gustavo Henrique Justino de Oliveira e Fernando Borges Mânica especificam, de modo oportuno, as atividades que uma Organização da Sociedade Civil de Interesse Público poderá praticar:

Sustenta-se que a Lei federal nº 9.790/99 inaugurou um novo modelo de prestação, a ser viabilizada por meio de um acordo administrativo colaborativo firmado entre o Poder Público e uma OSCIP (Termo de Parceria). Entretanto, importa esclarecer que a OSCIP não recebe delegação do Poder Público para a prestação de serviços, atuando a entidade privada sem fins lucrativos de modo complementar ou suplementar aos serviços prestados pelo Poder Público, por meio (i) da realização de

projetos, programas e planos de ações correlatas; (ii) das doações de recursos físicos, humanos e financeiros; ou (iii) através da prestação de serviços intermediários de apoio a outras organizações sem fins lucrativos e a órgão do setor público que atuem em áreas afins.⁸

Ainda, sustentam que:

O art. 23 do Decreto nº 3.100/99 esclarece o que são “serviços intermediários de apoio” passíveis de serem objeto de termos de parceria. Embora o dispositivo não faça alusão direta à expressão, tais serviços são todas as atividades desenvolvidas pela OSCIP tendo o parceiro público como destinatário direto, podendo consistir em eventos, consultorias, cooperação técnica e assessoria, ou até mesmo o fornecimento de bens e a realização de obras. O tema é polêmico, e vem gerando inúmeros posicionamentos na doutrina.⁹

Convém, então, observarmos que os serviços denominados como “serviços intermediários de apoio” possuem a característica marcante de terem como destinatário direto o parceiro estatal, segundo consignaram os balizados autores.

E, ainda, podemos constatar que estes serviços intermediários de apoio se assemelham aos “serviços a serem executados de forma contínua”, nos termos do inciso II do artigo 57 da Lei federal nº 8.666/93. Gustavo Henrique Justino de Oliveira consigna a lição de Marçal Justen Filho, a respeito destes últimos:

A identificação dos serviços de natureza contínua não se faz a partir do exame propriamente da atividade desenvolvida pelos particulares, como execução da prestação contratual. A continuidade do serviço re-trata, na verdade, a permanência da necessidade pública a ser satisfeita. Ou seja, o dispositivo abrange os serviços destinados a atender necessidades públicas permanentes, cujo atendimento não exaure prestação semelhante no futuro. Estão abrangidos não apenas os serviços essenciais, mas também compreendidas necessidades públicas permanentes relacionadas com atividades que não são indispensáveis. O que é fun-

8 OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de; Mânica, Fernando Borges. Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público: Termo de Parceria e Licitação, p. 10.

9 Ibid., p. 21.

damental é a necessidade pública permanente e contínua a ser satisfeita através de um serviço.¹⁰

Enfim, a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público prestará serviços de relevância pública, em complementação aos serviços já prestados pelo Estado, dentro das áreas previstas no artigo 3º da Lei federal nº 9.790/99, que consistirão nas atividades mencionadas: realização de projetos, programas e planos de ações correlatas, doações de recursos e prestação dos chamados serviços intermediários de apoio.

4.5 Termo de Parceria

Obtida a qualificação da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, o ente privado estará capacitado a tentar obter a celebração do termo de parceria. Embora qualificado, não possui o imediato direito de firmar termo de parceria com qualquer ente público, portanto.

Podemos observar que, tanto a obtenção da mera qualificação da entidade quanto de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, como a efetiva celebração do termo de parceria, reduzem a liberdade da entidade. Com efeito, a simples entidade privada estará sujeita às regras do regime jurídico aplicado a este setor. A partir do momento em que obtém uma qualificação por um ente público, ou mais, celebra um termo de parceria com este, ficará sujeita a algumas regras diversas, perdendo, em comparação com as outras entidades privadas normais, parte de sua liberdade.

Desse modo, o termo de parceria trará alguns deveres à entidade do terceiro setor, como condições necessárias para que o ente público coopere com ele, fomentando a atividade prestada.

O controle da execução do termo de parceria será executado pelo órgão público da respectiva área de atuação e pelos Conselhos de Políticas Públicas das áreas correspondentes de atuação existentes, em cada nível de governo (art. 11 da Lei federal nº 9.790/99). Haverá, também, o controle pelo Tribunal de Contas.

O Termo de Parceria é, portanto, um instrumento útil e adequado para a prática de fomento pela Administração Pública.

10 JUSTEN FILHO, 2000 apud Oliveira, 2005, p. 1.

5. Da Seleção das Entidades para a Celebração do Termo de Parceria

A partir da noção do fenômeno da privatização, entendemos o motivo da emergência do terceiro setor, sua finalidade, enfim, sua importância. Após, constatamos a adequação de uma Organização da Sociedade Civil de Interesse Público para a consecução de seus fins correspondentes.

Contudo, há que se ter especial atenção na seleção destas entidades, por meio do processo adequado. Sem a necessária diligência do Administrador Público nesta atividade, de nada adiantará toda a estrutura jurídica montada; não se obterá o objetivo almejado, qual seja, a adequada prestação de um serviço social, com eficiência. Por isso, analisaremos o motivo da importância desta seleção, o instrumento jurídico posto à sua disposição e seus aspectos.

5.1 Da Importância da Atividade de Seleção

Creemos que a prestação de serviços sociais por uma entidade do terceiro setor será muito mais proveitosa e de maior qualidade se os indivíduos envolvidos nesta atividade estiverem trabalhando de modo extremamente voluntário, com a única finalidade de ajudar o próximo. Desse modo, sustentamos que a composição de uma entidade por pessoas altruístas constituirá um fator de extrema importância para a obtenção dos objetivos almejados.

Ainda, é preciso que a entidade seja constituída de pessoas honestas. Finalmente, a entidade do terceiro setor deverá possuir capacidade física e técnica para tanto. Deveras, não basta ser formada de pessoas altruístas e dedicadas, que possuam a intenção de ajudar o próximo. É preciso que tenham toda uma estrutura física e técnica que, aliada à cooperação governamental, propicie a adequada prestação dos serviços de relevância pública.

Enfim, são estes os três elementos que devem estar presentes em uma entidade do terceiro setor.

Assim, a atividade de seleção da entidade do terceiro setor, neste contexto, destaca-se como de extrema relevância. De modo que o administrador público, por meio da atividade de seleção, visando à celebração do termo de parceria, deverá identificar a entidade privada com as três

características acima mencionadas, que, acreditamos, são fundamentais para a consecução das atividades de interesse social.

5.2 Formas de Seleção

Reconhece Luciano Ferraz três formas adequadas de seleção das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público:

Sobre o tema, registro a existência de projeto de lei em tramitação na Câmara Municipal de Belo Horizonte – PL nº 122/2009 –, que contou com minha colaboração ao tempo do exercício do cargo de Controlador Geral, que previu regras específicas sobre a formulação do termo de parceria com OSCIP's. Sugeriu-se ali a adoção de três formas diferentes para a seleção da entidade da sociedade civil de interesse público (nos termos do art. 26 da Lei de Responsabilidade Fiscal), para a assinatura do termo de parceria: a) **Credenciamento**: utilizável toda vez que se afigure possível repartir de forma isonômica entre as entidades qualificadas o fomento que o Estado se compromete a repassar. Nesse caso, a competição é desnecessária à medida que o Poder Público não exclui eventual interessado, prontificando-se a fomentar todos, de maneira uniforme. b) **Inexigibilidade**: aplicável toda vez que apenas uma entidade qualificada seja detentora da capacidade necessária ao desempenho do termo de parceria, reconhecendo-se aqui a prevalência de aspectos subjetivos de escolha, à moda do art. 25, II e III, da Lei nº 8.666/93. c) **Concurso de projetos**: aplicável quando não for possível aplicar as regras anteriores. Nesse caso, além dos aspectos legais e objetivos, a entidade teria que cumprir aspectos subjetivos previstos no Edital para se tornar apta à disputa.¹¹

Nas duas primeiras hipóteses mencionadas pelo autor, de credenciamento e de inexigibilidade, na verdade, não há qualquer escolha a ser feita, porquanto, no primeiro caso, o ente público fomentará todas as entidades – que, logicamente, preenchem os requisitos legais – de igual maneira, não tendo que escolher alguma delas, e, na segunda hipótese, somente haverá uma entidade para receber o fomento estatal.

11 FERRAZ, Luciano. Poder Público e Terceiro Setor: considerações acerca do dever de licitar e anteprojeto de lei da nova organização administrativa brasileira, p. 3.

A única hipótese que cogita de competição é a do concurso de projetos. Somente neste caso o administrador público terá que selecionar uma ou algumas entidades dentre várias existentes e que preencham os requisitos legais.

Assim, o que se pode perceber é que o mencionado autor somente consignou um procedimento de seleção das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público. Nesse sentido, podemos, diversamente, pôr em debate outras formas de seleção destas entidades: o procedimento licitatório e a mera opção discricionária do administrador público e, finalmente, a utilização do concurso de projetos.

Convém, por oportuno, destacar a posição assumida pelo Tribunal de Contas da União no sentido de entender relevante a utilização de um procedimento objetivo de seleção de uma Organização da Sociedade Civil de Interesse Público.

Com efeito, é este o entendimento exposto no Acórdão 002557/009/07, que discutia o fato de o Município de Laranjal Paulista ter celebrado Termo de Parceria, em caráter emergencial e sem a realização do concurso de projetos, que sustentava que a contratada detinha notória experiência na elaboração de projetos na área da saúde.¹²

Assim, quando existir várias entidades do terceiro setor da mesma espécie, o administrador público deverá selecionar uma delas. Desta questão surgem as discussões sobre qual o procedimento adequado, bem como se há a obrigatoriedade de sua utilização para a celebração de todo e qualquer termo de parceria.

5.3 Da Análise do Cabimento da Licitação

A Lei federal nº 8.666/1993 define as normas gerais de licitação e contratos da Administração Pública Direta e Indireta da União, Estados,

12 Sustentou-se, no acórdão, que “muito embora não sejam aplicáveis ao instituto do termo de parceria os parâmetros da racionalidade competitiva previstos na Lei Federal nº 8.666/93, não é lícito à Administração deixar de realizar procedimento objetivo de seleção entre as organizações sociais qualificadas no seu âmbito de atuação para que, de forma impessoal, escolha com qual delas irá realizar a parceria. Essa obrigatoriedade decorre dos princípios da moralidade, razoabilidade, igualdade, impessoalidade, economicidade e da motivação contemplados na Constituição Federal, não se admitindo a possibilidade de escolha livre, desmotivada e sem publicidade prévia.”

Distritos e Municípios. Para analisarmos a aplicabilidade desta lei às Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, mais precisamente, aos Termos de Parcerias celebrados pelos entes públicos com estas entidades privadas, deveremos descobrir, primeiramente, a natureza deste vínculo jurídico formado.

Com efeito, o Termo de Parceria possui a natureza de um convênio, na exata medida em que há a formação de interesses harmônicos, as entidades celebrantes possuem os mesmos objetivos, os bens repassados não podem ser utilizados para finalidade diversa da prevista no vínculo jurídico formado. Deveras, o Termo de Parceria difere do contrato, por estas características. No contrato, haverá interesses contrapostos, a existência de contraprestação, bem como o valor repassado ao ente privado passará a integrar seu patrimônio, constituindo sua remuneração.

O convênio foi disciplinado no artigo 116 da Lei federal nº 8.666/1993 e sua concepção inicial visou aos acordos somente entre entidades públicas. Todavia, passou-se a usar esta designação para os vínculos formados por um ente público e uma entidade privada sem fins lucrativos.

Mais uma vez nos valem os lúcidos ensinamentos da professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, para consignar o conceito de convênio:

Define-se convênio como forma de ajuste entre o Poder Público e entidades públicas ou privadas para a realização de objetivos de interesse comum, mediante mútua colaboração. O convênio tem em comum com o contrato o fato de ser um acordo de vontades. Mas é um acordo de vontades com características próprias. Isto resulta da própria Lei nº 8.666/93, quando, no art. 116, *caput*, determina que suas normas se aplicam aos convênios “**no que couber**”. Se os convênios tivessem natureza contratual, não haveria necessidade dessa norma, porque a aplicação da Lei já decorreria dos artigos 1º e 2º.¹³

A mesma doutrinadora entende que não há a exigência de licitação aos convênios, porquanto não haverá competição entre entidades:

13 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, p. 292.

Quanto à exigência de licitação, não se aplica aos convênios, pois neles não há viabilidade de competição; esta não pode existir quando se trata de mútua colaboração, sob variadas formas, como repasse de verbas, uso de equipamentos, recursos humanos, imóveis. Não se cogita de preços ou de remuneração que admita competição. Aliás, o convênio não é abrangido pelas normas do art. 2º da Lei nº 8.666/93; no *caput*, é exigida licitação para obras, serviços, compras, alienações, concessões, permissões e locações, quando **contratadas** com terceiros; e no parágrafo único define-se o contrato por forma que não alcança os convênios e outros ajustes similares, já que nestes não existe a “estipulação de obrigações recíprocas” a que se refere o dispositivo.¹⁴

Com efeito, entendemos que a razão está com a professora Maria Sylvia, porquanto o artigo 37 da Constituição Federal, em seu inciso XXI, estabelece a obrigatoriedade de licitação somente para contratos, na exata medida em que o dispositivo aduz a contratação de obras, serviços, compras e alienações. Enquanto convênio, servindo como meio de permitir a atividade de fomento pelo ente público, não há qualquer contratação nos termos expostos pelo citado dispositivo constitucional. Não há que se falar, portanto, em exigência de licitação.

Acrescente-se que a previsão do artigo 24, incisos XIII, XX e XXIV, que estabelece regras de dispensa de licitação em relação a entidades privadas sem fins lucrativos, não está tratando exatamente da formação de convênio que une estas entidades privadas à entidade governamental. Ao contrário, está cuidando de efetivas contratações que o Poder Público poderá celebrar com estas entidades, não obstante a atividade de fomento.

É de se ressaltar que o Tribunal de Contas da União, no corpo do Acórdão nº 002557/009/07, já chegou a afirmar que não são aplicáveis os “parâmetros de racionalidade competitiva” previstos na Lei federal nº 8.666/93, às Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público.

Acrescenta, ainda, Gustavo Henrique Justino de Oliveira, em artigo denominado as “OSCIPs e a Lei federal nº 8.666/93”:

A obrigatoriedade ou não de submissão do Poder Público ao princípio licitatório insculpido no inc. XXI do art. 37 da Constitui-

¹⁴ Ibid., p. 296.

ção da República é objeto de intensa polêmica na doutrina pátria e na jurisprudência dos Tribunais de Contas Brasileiros. Entretanto, em face (i) da natureza e das especificidades das atividades levadas a cabo pelas OSCIP's; (ii) das disposições normativas especialíssimas da Lei federal nº 9.790/99 e do Decreto nº 3.100/99, diplomas legislativos que não se referem à obrigatoriedade de realização de um procedimento licitatório e sim à faculdade de realização de um prévio “concurso de projetos”; e (iii) da natureza jurídica dos Termos de Parceria, os quais constituem *acordos administrativos colaborativos*, e não *contratos administrativos* nos moldes tipificados pela Lei federal nº 8.666/93, parece não haver subordinação do Poder Público à obrigatoriedade de realização de um processo licitatório nos moldes disciplinados pela Lei federal nº 8.666/93 para a celebração de Termos de Parceria com OSCIPs.¹⁵

De todo o exposto, concluímos que não é aplicável a exigência de licitação para a celebração de convênios.

Ainda, deveremos notar que as regras de licitação não podem ser aplicadas aos convênios exatamente pela falta de adequação deste instituto. Em outras palavras, não há uma efetiva competição de modo a utilizar estas regras. Isto não significa que não podemos ou devemos utilizar outro procedimento objetivo de escolha.

A discussão caminha, agora, para a verificação da adequação e obrigatoriedade de utilização de algum outro procedimento com critérios objetivos de escolha da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, para a celebração do Termo de Parceria. Saberemos se é obrigatória a utilização de algum outro procedimento para a escolha ou se o Administrador Público poderá dispensar este procedimento, utilizando seu juízo discricionário.

5.4 Da Obrigatoriedade de Utilização de Procedimento Objetivo de Escolha

Sabe-se que a observância das regras de licitação, nas contratações efetuadas pela Administração Pública, tem por finalidade garantir o

15 OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. As OSCIPs e a Lei Federal nº 8.666/93, p. 5.

princípio da isonomia previsto na Constituição Federal, bem como permitir a seleção da melhor proposta à Administração Pública, garantindo, por conseguinte, diversos outros princípios constitucionais.

Em síntese, a utilização do instituto da licitação tem por fim garantir, basicamente, os princípios da supremacia do interesse público sobre o particular, igualdade, impessoalidade, moralidade e, por fim, da eficiência.

Desse modo, o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular é um princípio maior. Aliás, deste decorre o instituto da licitação. É um princípio angular do regime jurídico de direito administrativo, tendo, na outra ponta, o princípio da legalidade. Ambos irão estabelecer as restrições e os privilégios da Administração Pública: a supremacia do interesse público sobre o privado importará a concessão de privilégios à Administração, enquanto que o outro estabelecerá as restrições.

Assim, na licitação, este princípio irá determinar que a Administração Pública escolha a entidade que melhor satisfaça os interesses públicos envolvidos, com o menor custo.

O princípio da igualdade, aplicado ao instituto da licitação, assegura, primeiramente, a igualdade de direitos e oportunidades a todos os particulares interessados em celebrar contratos administrativos. Dando oportunidade a todos, terá condições de escolher a melhor proposta dentre as existentes.

Já o princípio da impessoalidade decorre do princípio da igualdade e estabelece que todos os participantes do certame deverão ser tratados igualmente; prescreve que a Administração Pública deverá se pautar por critérios objetivos na escolha do particular.

Anote-se, por fim, que este princípio possui estreita relação com o princípio do julgamento objetivo, que contém a mesma significação.

Ademais, o instituto da licitação também visa a resguardar o princípio da moralidade. Com efeito, na medida em que o Administrador Público instaura um procedimento administrativo, abrindo oportunidade aos particulares de divulgarem suas propostas, escolhendo a que melhor atenderá ao interesse público envolvido, diminuirá as margens de privilégios, desvios de verbas e outros atos ofensivos à moralidade. Ainda, o princípio deve ser aplicado no decorrer do procedimento.

Por fim, há que se mencionar o princípio da eficiência. Podemos ver que o instituto da licitação tem por fim a escolha da melhor proposta para a Administração Pública, de modo a conseguir contratar um particular que execute o objeto do contrato com a melhor eficiência possível.

A escolha do Administrador Público deverá pautar-se por critérios objetivos que denotem, em tese, esta capacidade do particular, qual seja, de exercer, com eficiência, a tarefa necessária.

Agora, tudo que se disse antes a respeito da não aplicação do instituto da licitação à celebração de convênios e, especialmente, de Termos de Parcerias com Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público não quer significar que não deveremos aplicar os princípios que circundam este instituto ao ato de escolha destas entidades.

Todos estes princípios devem ser observados pelo Administrador Público na escolha do ente privado para a celebração do Termo de Parceria, devendo, portanto, se valer de um procedimento objetivo de escolha.

Contudo, não haverá a aplicação das regras consignadas na Lei federal nº 8.666/93 ao procedimento de escolha das entidades do terceiro setor, na medida em que não é adequado. É necessária a adoção de um procedimento de escolha com critérios objetivos, contudo, não o instituto da licitação previsto na mencionada lei federal. Com efeito, a licitação foi concebida para a escolha de entes privados que irão celebrar contratos. Nesta, a competição e o menor custo preponderam. Ao contrário, no procedimento de escolha de entidades para a celebração de convênios, o que devemos colocar em relevo não é exatamente a competição entre os entes privados, mas sim a oportunidade para exporem seus projetos, para que a Administração Pública escolha o melhor ao interesse público envolvido, a um custo adequado para sua realização.

De todo o exposto, concluímos que os princípios constitucionais de direito administrativo impõem ao administrador público a adoção de um procedimento de escolha adequado, composto por critérios objetivos, diverso do instituto da licitação, para a escolha da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público. Não há, portanto, espaço para atividade do administrador público de exercer sua opção de escolha sem a abertura de um adequado procedimento administrativo.

Por fim, convém, ainda, fazermos a seguinte anotação para a aparente contradição existente. Com efeito, quando sustentamos que uma entidade do terceiro setor deverá ser composta de pessoas altruístas, de caráter íntegro, que demonstrem o potencial necessário para o desempenho da função, para a obtenção do almejado bem público, poderá transparecer que o administrador público, então, estará autorizado a efetivar uma escolha, alheia a qualquer procedimento administrativo, pautada apenas em seus critérios subjetivos.

Reconhecemos que, em determinados casos, o ente público poderá até efetivar a escolha certa e selecionar a entidade privada que melhor atenda aos interesses envolvidos. Contudo, os princípios jurídicos mencionados não apontam para esta opção. É necessária a utilização de um procedimento com critérios objetivos de escolha e, mediante estes, serem aferidas as qualidades da entidade privada. Os três requisitos mencionados para uma boa escolha da entidade do terceiro setor continuam sendo necessários: deverão ser aferidos, mediante critérios objetivos, no procedimento administrativo de escolha.

Nesse sentido observa Luciano Ferraz:

(...) já tive a ocasião de registrar que todas as vezes que a competição nesse âmbito for viável será o caso de se cogitar de procedimentos seletivos, ainda que se reconheça, no particular, que requisitos subjetivos (que são inerentes à própria entidade e seu histórico de realizações) possam ser utilizados pelo Poder Público para efeito de pontuá-las de maneira diferenciada ou mesmo para afastar a seleção com base na inviabilidade de competição.¹⁶

Concluimos, assim, que os princípios jurídicos mencionados determinam a instauração de um procedimento administrativo de escolha da entidade, não dando margem ao administrador público fazer sua escolha alheia a este procedimento. Resta, agora, analisarmos se há um procedimento de escolha previsto na legislação pertinente, adequado, para que o ente público escolha a Organização da Sociedade Civil, para a celebração do Termo de Parceria. Encontraremos, por conseguinte, no Decreto federal nº 3.100/99, a previsão do concurso de projetos.

16 FERRAZ, Luciano. Poder Público e Terceiro Setor: considerações acerca do dever de licitar e anteprojeto de lei da nova organização administrativa brasileira, p. 2.

5.5 Do Concurso de Projetos

Já foi visto que o Decreto federal nº 3.100, de 30 de junho de 1999, que elucida a Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999, traz dispositivos regulamentadores, tanto da qualificação de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, quanto do vínculo jurídico formado com o ente público. Em síntese, o mencionado decreto traz alguns encargos aos agentes públicos, visando à verificação do preenchimento dos requisitos para qualificação das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público e do Termo de Parceria. Faz, ainda, algumas definições dos termos utilizados na Lei federal.

A maioria dos dispositivos cuida da regulamentação do Termo de Parceria. E, a partir do seu artigo 23, o Decreto passa a discorrer sobre a forma adotada de escolha da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, para a celebração do Termo de Parceria: o concurso de projetos.

Assim, dispõe o artigo 23, na redação atual, dada pelo Decreto nº 7.568/2011, que:

A escolha da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, para a celebração do Termo de Parceria, deverá ser feita por meio de publicação de edital de concursos de projetos pelo órgão estatal parceiro para a obtenção de bens e serviços e para a realização de atividades, eventos, consultoria, cooperação técnica e assessoria.

Observa-se que o dispositivo do Decreto dirige-se ao administrador público, obrigando-o a utilizar, como regra, o concurso de projetos para a escolha da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público.

Convém consignar que tal regramento foi editado, evidentemente, na tentativa de pôr fim a discussões doutrinárias e no âmbito do controle efetivado pelos Tribunais de Contas da União e dos Estados. Com efeito, discutia-se a obrigatoriedade ou não da utilização do termo de parceria diante da antiga redação do artigo 23 do Decreto federal, que dispunha:

A escolha da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, para a celebração do Termo de Parceria, poderá ser feita por meio de publicação de edital de concursos de projetos pelo órgão parceiro para a obtenção de bens e serviços e para a realização de atividades, eventos, consultorias, cooperação técnica e assessoria. (grifo nosso)

Entendia o Tribunal de Contas da União, em grande parte das decisões proferidas na vigência deste dispositivo, que o uso do concurso de projetos pelo administrador público era facultativo, na medida em que o Decreto federal utilizava o verbo “poderá”. Deveras, observa-se tal posição, por exemplo, na Decisão 931/1999.¹⁷

Assim, devemos verificar que o Tribunal de Contas da União entendia que a redação antiga daquele dispositivo trazia mera faculdade ao administrador público. Este poderia utilizar ou não o concurso de projetos, na atividade de seleção da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, cabendo tal decisão ao seu juízo discricionário. Um dos fundamentos do raciocínio do prolator da regra, segundo a decisão do Tribunal de Contas, consistiria na tese de que o concurso de projetos, por ter trâmites burocráticos, poderia onerar a eficiência da escolha da entidade do terceiro setor. Ora, com esta posição não concordaremos, posto que a eficiência deverá ser alocada na prestação dos serviços sociais: deveremos nos preocupar com a eficiência destes serviços e praticaremos todos os atos necessários para sua obtenção. Este pensamento poderá ser menos custoso à Administração Pública, certamente.

Finalmente, o Tribunal de Contas da União, não obstante defender a tese jurídica de que a utilização do concurso de projetos é facultativa, pugnava pela necessidade de se tornar obrigatória, no mínimo a partir de determinado valor monetário envolvido no Termo de Parceria a ser firmado pelo Ente Público.

Tanto que o citado Tribunal manifestou-se, no processo 008-011.2003-5, no sentido de determinar que o Ministério de Planejamento, Orçamento e Gestão e à Casa Civil da Presidência da República avaliasse a inclusão de norma, no Decreto nº 3.100/1999, obrigando a utilização do concurso de projetos para a escolha da Organização Social

17 Restou consignado que “a utilização da palavra poderá, torna o texto original meramente recomendatório, deixando à discricionariedade do administrador a decisão de optar ou não pelo concurso. Considerando que o concurso exige trâmites burocráticos que podem onerar a eficiência do processo de seleção para os termos de parceria, infere-se que sua mera sugestão, no corpo do decreto, será pouco efetiva. Cabe lembrar que a realização do concurso busca isonomia no tratamento das OSCIP's e a melhor eficiência na realização do objeto pactuado. A título de racionalização, poderia ser estabelecido um limite de valor a partir do qual seria obrigatório o concurso.”

de Interesse Público visando à celebração do Termo de Parceria. Fato que se concretizou.

Pela regra atualmente consignada no Decreto nº 3.100/99, o entendimento do Tribunal de Contas da União não deverá mais subsistir, na medida em que passou a deixar expresso que o concurso deverá ser realizado.

Ora, os princípios constitucionais de direito administrativo comentados já apontavam para a necessidade de utilização de um procedimento de escolha, munido de critérios objetivos, para a seleção da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público. Assim, não obstante a antiga redação do artigo 23 do Decreto federal, de rigor o entendimento de que já havia a obrigatoriedade de utilização do concurso de projetos.

O concurso de projetos é, assim, o procedimento de escolha, de critérios objetivos, que o administrador público deverá utilizar, como regra, para a escolha da entidade privada do terceiro setor.

Não obstante, devermos reconhecer que, em determinados casos, não será possível a utilização deste ou de qualquer outro procedimento de escolha. Com efeito, o § 2º do artigo 23 do Decreto federal citado, consigna que a autoridade administrativa responsável poderá, mediante decisão fundamentada, deixar de utilizar o concurso, nos seguintes casos: a) nos de emergência ou calamidade pública – nessa hipótese, o termo de parceria terá a duração, improrrogável, de cento e oitenta dias consecutivos e ininterruptos; b) para a consecução de programas de proteção a pessoas ameaçadas ou sob qualquer outro perigo; c) nas hipóteses em que a atividade objeto do Termo de Parceria já esteja sendo realizada adequadamente por uma Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, há pelo menos cinco anos.

Excepcionalmente, então, não será utilizado quando existir a urgência na celebração do termo de parceria. Nestes, recomenda-se, por tudo que sustentamos, que o administrador público escolha a entidade privada com esmero.

Convém, ainda, complementarmos o tema com anotações a respeito do procedimento do concurso de projetos, deixando explícita sua adequação ao ato de escolha de Organizações da Sociedade de Interesse Público.

blico, as necessárias considerações sobre a circunstância de estar previsto somente em Decreto federal, comentando sobre a obrigatoriedade e aplicação para outros entes federados, e, finalmente, a análise de sua obrigatoriedade a todas as hipóteses de celebração de termos de parceria, não obstante a restrição contida no “caput” do artigo 23 do Decreto federal.

5.5.1 Do Procedimento do Concurso de Projetos

O Decreto federal nº 3.100/1999 traz inúmeras regras sobre os atos a serem praticados no concurso de projetos. Assim, primeiramente dispõe sobre os requisitos mínimos do edital, que deverá conter: regras sobre o prazo e modo de apresentação das propostas; as especificações técnicas do objeto do Termo de Parceria; os critérios de seleção e julgamento das propostas; o prazo de julgamento e da celebração do termo de parceria; bem como a fixação do valor máximo a ser desembolsado. Observe-se que, no que toca à necessidade de consignar as especificações técnicas do objeto do Termo de Parceria, o Decreto federal deixa expresso que o ente público deverá prepará-lo com clareza, objetividade e detalhamento.

Quanto à seleção dos entes do terceiro setor, a proposta é no sentido de elencarmos os critérios adequados que permitam a identificação de uma entidade com todas as características necessárias já discutidas, sempre visando à máxima eficiência e qualidade dos serviços sociais a serem prestados.

Nesse sentido, convém anotarmos que o Decreto nº 19.752/2001 editado pelo Município do Rio de Janeiro, que regulamentou os vínculos jurídicos deste com as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, traz uma tabela com uma pontuação de vários critérios a serem aferidos, tais como: fator técnico, fator legal, capacidade operacional, idoneidade administrativa e, finalmente, fator preço.

Sem dúvidas, o concurso de projetos, tal como regulado na esfera federal, comporta a adoção desta tabela, tornando-se um instrumento adequado para a seleção destas entidades.

Em continuidade, caberá à Organização da Sociedade Civil de Interesse Público candidata apresentar seu projeto técnico e a previsão dos custos a serem empregados na atividade social da qual se incumbirá.

Na fase de julgamento das propostas, o administrador público deverá verificar se o projeto apresentado se coaduna com o constante do

edital, em outras palavras, se satisfaz as necessidades do ente público. Analisará, ainda, a capacidade técnica e operacional da entidade do terceiro setor. Com efeito, tal verificação é de suma importância, na medida em que não se poderá optar por um projeto esplendoroso, mas que não possua condições de se materializar. Outrossim, o administrador público deverá avaliar a adequação dos meios e resultados.

Obrigatório, ainda, levar em conta a regularidade jurídica e institucional da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público. Na verdade este é o requisito da própria qualificação da entidade como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, que será perdida uma vez constatada alguma irregularidade. É o que prevê o artigo 7º da Lei nº 9.790/1999. Assim, este é um requisito indispensável para a participação no concurso de projetos e para a celebração do Termo de Parceria.

Ainda, o artigo 28 do Decreto federal deixa expresso que não se aceita, como critério de seleção, qualquer exigência relacionada a limites territoriais de atuação das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público ou a benefícios ao Poder Público que a entidade do terceiro setor poderia oferecer. Assim, o administrador público não poderá selecionar entidades por seus domicílios, por experiência de atuação em determinado território, ou, ainda, a obrigatoriedade de consórcio com entidades sediadas em determinado lugar.

No artigo 29 do Regulamento, aplica-se o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, previsto na Lei nº 8.666/1993, na medida em que estabelece que somente serão utilizados os critérios previstos no edital do concurso, no julgamento das propostas apresentadas pelas Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público.

A comissão julgadora, nos termos do artigo 30 do Decreto nº 3.100/99, será composta de, no mínimo, de um servidor do Poder Executivo, um especialista do tema do concurso e um membro do Conselho de Política Pública da área de competência.

5.5.2 Da Previsão em Decreto Federal

Observa-se que o concurso de projetos somente foi previsto no Decreto federal nº 3.100/1999. A Lei federal nº 9.790/1999 nada diz sobre

o modo de escolha das entidades do terceiro setor para a celebração do Termo de Parceria.

Contudo, tal fato nada impede a legitimidade e obrigatoriedade deste instituto. Com efeito, já se disse que há a obrigatoriedade de utilização de um procedimento de escolha das entidades, pautado em critérios objetivos, por conta dos princípios constitucionais de direito administrativo citados. A previsão de sua obrigatoriedade decorre do Direito posto, aliás, emana da Constituição Federal. Assim, o fato de estar previsto em Decreto, ato regulamentar do Poder Executivo não constitui qualquer óbice à legitimidade deste instituto.

Ainda, cabe observar que, tratando-se de Decreto federal, os dispositivos nele contidos somente terão validade no âmbito da administração pública federal. As entidades federadas, não obstante terem a obrigação de adotar um procedimento de escolha adequado destas entidades do terceiro setor, não terão a obrigação de adotar as específicas regras contidas no Decreto federal.

As regras do âmbito federal somente incidirão nos Estados e Municípios se estes adotarem sua utilização.

Observa-se que a Lei estadual nº 11.598/2003, editada pelo Estado de São Paulo, que pretendeu estabelecer disposições relativas às Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, em seu artigo 1º institui, igualmente a esfera federal, o Termo de Parceria a ser celebrado com entidades que possuam a qualificação de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, nos termos da legislação federal. Na verdade, esta Lei estadual trata da regulamentação do Termo de Parceria em seu âmbito de atuação, nada dispondo sobre a qualificação das entidades.

E, em seu artigo 14, determina que serão aplicáveis, no que couber, as disposições do Decreto federal nº 3.100, de 30 de junho de 1999. O que faz concluir que o concurso de projetos será aplicado no âmbito do Estado de São Paulo, tal como regulado no ato regulamentar federal.

5.5.3 Da Abrangência da Aplicação do Concurso de Projetos

Alerta-se que a conclusão que se quer chegar já foi exposta anteriormente, quando verificamos que existe a obrigatoriedade de utilização de

um procedimento de escolha com critérios objetivos, para a seleção das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, visando à celebração do Termo de Parceria.

Nesse sentido, a redação do artigo 23 do Decreto nº 3.100/1999 estabelece que:

Art. 23. A escolha da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, para a celebração do Termo de Parceria, deverá ser feita por meio de publicação de edital de concursos de projetos pelo órgão estatal parceiro para obtenção de bens e serviços e para a realização de atividades, eventos, consultoria, cooperação técnica e assessoria.”

Ora, este dispositivo deixa explícito que somente haverá a obrigatoriedade de se valer do concurso de projetos para a celebração de Termo de Parceria que vise à prestação de serviços intermediários de apoio. Já dissemos que estes serviços possuem a marcante característica de serem voltados ao parceiro estatal. Este é o destinatário direto dos serviços, ainda que visem, indiretamente, a prestação de serviços sociais.

Como decorrência deste entendimento, poderíamos ter a aparente ideia de que o concurso de projetos não é obrigatório para as demais hipóteses de celebração de Termo de Parceria. Assim, se o administrador público pretendesse fomentar uma determinada área, selecionando uma Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, para prestar, de forma direta, o serviço de relevância social aos particulares, não seria obrigado a utilizar o concurso de projetos.

Contudo, não é esta a norma jurídica que se deve depreender da interpretação deste dispositivo. Com efeito, resgatando o que dissemos sobre os princípios constitucionais de direito administrativo citados, iremos concluir que a adoção de um procedimento de escolha pautado em critérios objetivos é obrigatória em todos os casos de celebração de Termo de Parceria. Consequentemente, o artigo 23 do Decreto federal comentado deverá ser interpretado no sentido de abarcarmos todos os casos de geração de vínculo jurídico de fomento entre uma entidade estatal e uma Organização da Sociedade Civil de Interesse Público. Deveras, é esta a interpretação que deve imperar, tendo por análise todo o sistema, todo o direito positivo.

6. Conclusões

1) Verificou-se, então, que o fenômeno da privatização surgiu em resposta às ineficiências presentes no Estado Social de Direito. Com efeito, a instalação do Estado Social, assumindo incontáveis funções, para a proteção dos direitos econômicos e sociais dos particulares, fez com que o ente estatal não tivesse recursos e mecanismos suficientes para prestar todas as atividades necessárias, com qualidade e eficiência.

2) O termo abarcou variadas técnicas, consistindo em permitir que o particular empregue sua força e recursos na realização de atividades que antes eram desempenhadas pelo Estado, bem como utilizar parte do dinamismo presente no regime jurídico de direito privado no âmbito estatal.

3) A partir do universo da privatização, focada a análise na necessidade de incentivo aos particulares para exercerem atividades de relevância social, vimos surgir o terceiro setor, composto de entidades privadas, sem fins lucrativos, que se dispõem a exercer atividades sociais, visando ao bem comum.

4) Dentre as entidades do terceiro setor, a que mais se coaduna com o conceito de entidade do terceiro setor é a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público. Esta entidade assumirá uma atividade social que não esteja sendo prestada pelo Estado. Sua estrutura jurídica garante a prestação de um serviço de relevância social de forma adequada e eficaz.

5) Dentro deste assunto, é de relevo a atividade de escolha da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, para a celebração do Termo de Parceria. Com razão, não são suficientes as normas que estabelecem requisitos para a qualificação das entidades paraestatais; os requisitos do Termo de Parceria e o seu controle. É preciso que o administrador público haja com extrema cautela na atividade de seleção destas entidades.

6) Com efeito, é inevitável a análise do cabimento do instituto da licitação para a escolha da entidade privada visando à celebração do Termo de Parceria. Vimos que este não é obrigatório e não se amolda à atividade de escolha de entidades do terceiro setor, na medida em que

não há contratação, não poderá haver competição, não há interesses contrapostos. Há, por outro lado, a necessidade de fomentar uma entidade, para bem prestar serviços sociais à comunidade. Os parâmetros são outros, então.

7) Verificou-se também não ser permitido ao administrador público escolher somente por critérios subjetivos, sem qualquer procedimento, a entidade, por maior que seja sua boa intenção de tentar localizar uma entidade idônea e capaz.

8) Nesse sentido, verificou-se que os princípios constitucionais de direito público, notadamente os princípios da supremacia do interesse público, da igualdade e da eficácia determinam que a escolha da entidade do terceiro setor seja realizada por meio de um procedimento de escolha com critérios objetivos, com os parâmetros adequados à aferição de uma adequada entidade do terceiro setor.

9) Vimos, assim, sua obrigatoriedade para todas as hipóteses. No âmbito federal e em outras entidades que o adotarem, haverá a obrigatoriedade de utilização do concurso de projetos, regulamentado no Decreto federal nº 3.100/99.

10) O concurso de projetos permite que se instaure um adequado procedimento de escolha das entidades. Elas serão selecionadas com base em seus projetos, na análise de seu potencial técnico e operacional. Não será mera escolha pautada na que oferecer menos custos à entidade estatal, como poderia preponderar na licitação. As qualidades da entidade deverão ser aferidas neste procedimento de escolha, não se admitindo a mera escolha totalmente discricionária do administrador público, conforme analisado.

11) Há que se realçar também que o concurso de projetos previsto no Decreto federal nº 3.100/99 se aplica a todas as hipótese de celebração de Termo de Parceria, pelo ente federal ou qualquer outro que adotar este procedimento em sua legislação. De modo que, ainda que aparente ser aplicado somente aos Termos de Parceria que visem à prestação de serviços intermediários de apoio, em razão da leitura de sua redação, uma interpretação mais acurada demonstra que o concurso de projetos é obrigatório em todas as hipóteses.

12) Assim, demonstrado o contexto do surgimento do terceiro setor; a importância das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público; analisada a importância e obrigatoriedade do procedimento de seleção acolhido pelo Decreto federal nº 3.100/99, esperamos que este trabalho traga utilidade prática aos administradores públicos, na consecução dos objetivos almejados.

Bibliografia

BARBOSA, Maria Nazaré Lins. A experiência dos termos de parceria entre o Poder Público e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs). In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Parcerias Público-Privadas*. 2. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 522-562.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 9. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 7. ed., São Paulo: Atlas, 2004.

_____. *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras Formas*. 6. ed., São Paulo: Atlas, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 34. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 22. ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

REGULES, Eduardo Patrone. *Terceiro Setor: Regime Jurídico das OSCIPs*. São Paulo: Método, 2006.

Pesquisas na Internet

FERRAZ, Luciano. *Poder Público e Terceiro Setor: considerações acerca do dever de licitar e anteprojeto de lei da nova organização administrativa brasileira*. Belo Horizonte, Editora Fórum, n. 64, 2010. Disponível em <http://www.bidforum.com.br/bid>. Acesso em 08/mar/2012.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *As OSCIPs e a Lei Federal nº 8.666/93*. Belo Horizonte, Editora Fórum, n. 46, 2005. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid>. Acesso em 08/mar/2012.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de; MÂNICA, Fernando Borges. *Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público: Termo de Parceria e Licitação*. Belo Horizonte, Editora Fórum, n. 49, 2005. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid>. Acesso em 08/mar/2012.

VESCE, Gabriela Possoli. *Altruísmo*. Disponível em <http://www.infoescola.com/psicologia/altruismo>. Acesso em 09/mar/2012.

ZEN, Marcela Roza Leonardo. *Licitação e Terceiro Setor: reflexões sobre o concurso de projetos da Lei das OSCIP*. Belo Horizonte, Editora Fórum, n. 4, 2008. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid>. Acesso em 08/mar/2012.

