

JORNADAS DE ESTUDOS NDJ

**DIREITO  
ADMINISTRATIVO**

Organizadas por:

**Cerdônio Quadros**

Editor e Coordenador Técnico e

**Marcello Rodrigues Palmieri**

Gerente da Consultoria NDJ

Tema em Destaque

**Organizações Sociais (Lei nº 9.637/98) &  
OSCIP's – Organizações da Sociedade Civil  
de Interesse Público (Lei nº 9.790/99)\***

Palestra proferida por:

**Gustavo Henrique Justino de Oliveira**

Doutor em Direito do Estado pela USP

Boa tarde a todos. Hoje é um dia muito feliz porque falarei sobre o que gosto, um tema da minha predileção, ao qual venho me dedicando há algum tempo: as Oscips, especificamente o Terceiro Setor. Também é um dia muito feliz porque é como se fosse um retorno à casa, à NDJ, e eu tenho que fazer sempre meus agradecimentos ao Dr. Cerdônio Quadros e a sua equipe, porque eu nunca vou me esquecer que a minha primeira publicação foi aqui.

Eu trouxe muito material, sobretudo pela característica dessa jornada, desse encontro. Baseei essa minha fala, com vários acréscimos, em dois artigos meus que foram publicados pela NDJ: “As Oscips e o Meio Ambiente”, no *BDA* de novembro de 2004; e o outro, em co-autoria com o Prof. Fernando Borges Mânica, de Curitiba: “Oscips: termo de parceria e licitação”, no *BDA* de setembro de 2005. Vou iniciar falando sobre a Reforma do Estado e, depois, da questão do Ter-

ceiro Setor na Reforma do Estado. Sei que aqui tem iniciantes e iniciados no tema das Oscips, portanto, eu gostaria de repassar a vocês o enquadramento legislativo vigente em relação ao tema das organizações sociais de interesse público; depois, eu quero abordar algumas questões pontuais e muito polêmicas sobre as Oscips, sobretudo a questão da licitação e do controle e, ao final, fazer uma consideração muito rápida sobre as Oscips e a execução dos programas federais na área da saúde, onde nós temos uma jurisprudência, vamos dizer assim, bastante sedimentada, e que agora está mudando, enfim, tirando o sono de prefeitos e muitos diretores, dirigentes de Oscips; eu vou explicar um pouco essa problemática sobre a qual eu venho me dedicando bastante.

O tema do Terceiro Setor se insere nesse panorama maior da Reforma do Estado. O grande arcabouço legislativo, vamos dizer assim,

\* Painel de Debates nas Jornadas de Estudos NDJ de Direito Administrativo, realizado no dia 17 de outubro de 2005, em São Paulo – SP.

Para visualizar a matéria completa, favor se logar.

normativo, de toda essa orientação da Reforma do Estado no Brasil foi, precisamente, a Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998; é algo que já é do conhecimento de todos, enfim, são normas já assimiladas, muitas delas ainda não efetivadas, principalmente no que tange à questão dos servidores públicos, os controles, o que a gente bem sabe. Daí decorreram várias linhas, várias diretrizes, que acabaram por aumentar o peso das entidades que fazem parte do denominado Terceiro Setor, a relevância das atividades por elas desenvolvidas, suscitando vários problemas, principalmente, na área do controle, fiscalização, a questão da chamada gestão privada de recursos públicos. A partir da Emenda Constitucional nº 19/98 eu diria que o Direito Administrativo brasileiro foi enriquecido com novos temas, todos muito voltados à área da Reforma do Estado. Então, se fala que é o caso das OSs e, a partir desse contexto, novas normas de organização jurídica, de entidades estatais; nós temos, por exemplo, os serviços sociais autônomos em alguns Estados, como é o caso do Paraná; nós temos, também, os serviços sociais autônomos no Governo Federal, entidades de Direito Privado que não têm um vínculo orgânico com o Estado, não fazem parte da organização administrativa, porém se relacionam por meio de um vínculo contratual, sobretudo pelo contrato de gestão. Então, nós temos novas formas de organização jurídica, sobretudo, privadas, algumas mistas e a dificuldade toda em saber se a elas se aplica um regime de Direito Privado ou de Direito Público. Muitas delas são tidas como entidades paraestatais – aquelas entidades que existem ao lado do Estado, mas não fazem parte do Estado. A diferença é que agora têm um relacionamento de cunho contratual – antes o relacionamento se dava unicamente sob o ponto de vista de atos que eram praticados não com um vínculo propriamente existente. Esse contexto todo fez com que os administrativistas brasileiros refletissem a respeito da denominada fuga da administração pública para o Direito Privado, ou seja, a maior utilização do Direito Privado pela administração pública. É o caso, por exemplo, das OSs, e a gente vai ver bem que não é o caso das Oscips. Cada vez mais essas entidades qualificadas pelo Estado, tidas como colaboradoras, acabam tendo um regime que seria, na sua essência, um regime privado; ha-

vendo uma restrição deste regime privado, acaba-se na verdade voltando para a submissão a um regime de Direito Público, híbrido, mas predominantemente público. Nesse contexto há a maior participação das ONGs na gestão dos chamados serviços sociais. Serviços sociais seriam aqueles de relevância, enfim, de áreas sensíveis; por exemplo, quando se estuda a concessão, quando se estuda a permissão – a Prof<sup>a</sup> Maria Sylvia deixa isso bem claro –, o que pode ser objeto de delegação e de transferência à iniciativa privada? Aquilo que pode ser explorado economicamente, aquilo que tem um valor econômico. Não é o caso, até por inflexões decorrentes do texto da Constituição de 1988, dos chamados serviços sociais, norteados pela efetivação dos direitos sociais, direitos fundamentais; é óbvio que o regime jurídico a que essas atividades se submetem é um regime diferente, não é de serviço público e também não é de Direito Privado na sua essência. Essa maior participação das ONGs na gestão dos serviços sociais também fez com que se colocasse na berlinda, vamos dizer assim, a atividade estatal do fomento, do incentivo, o Estado incentivando a realização de determinadas atividades através de cessão de bens públicos, transferências de recursos públicos. Esse fomento seria realizado sob o ponto de vista de novas funções de Estado, quer dizer, o Estado garantidor, não um Estado provedor, que é a grande característica do Estado brasileiro. As pessoas, quando pensam no Estado, pensam na função de provedor como a sua função maior, na função de garantidor. O modo de garantir a realização de determinadas atividades, sobretudo as sensíveis, de relevância pública ou dos denominados “serviços sociais”, seria através do incentivo, através do fomento, que passa a ser um fomento contratualizado; a partir desse controle, via contrato de gestão, termo de parceria, outros acordos e ajustes, se dá a fiscalização, se dá o controle, justamente da gestão privada desses recursos públicos. Ao lado disso, portanto, visando essa qualificação maior, uma maior fiscalização, um maior controle, antes da contratualização, se dá uma fase que é a de qualificação. Aí surge, por exemplo, a qualificação das organizações sociais num contexto já mencionado pelo Prof. Paulo Modesto, a qualificação das Oscips – Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, das ante-

Para visualizar a matéria completa, favor se logar.