

OSCIP (ORGANIZAÇÃO SOCIAL CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO)

** Nildo Lima Santos*

O tema **OSCIP** está sendo fartamente abordado pelos que têm o mister da orientação de ordem geral às administrações públicas e às organizações não governamentais, assim mesmo ainda é bastante controverso, principalmente por se inserir nos interesses de três vertentes. Sendo elas: a vertente dos policiais do Estado, formada pelos Tribunais de Contas e, pelos membros do Ministério Público, onde o princípio que impera é o da má fé dos agentes políticos, até que seja provado em contrário. Este é o posicionamento do atraso e que bem poderemos dizer: ‘o posicionamento da ilegalidade, já que no Direito pátrio há de prevalecer o contrário (todo mundo é honesto, até prova em contrário)’. A segunda vertente que é a vertente do Estado, onde para as suas funções precípua de se auto-desenvolver em prol da sociedade pátria, através dos agentes administrativos e políticos, arquitetam a sua estrutura na busca da eficiência e, acima de tudo da eficácia dos serviços públicos que passam por multi-fatores institucionais, organizacionais e gerenciais e, portanto, são motivados à busca de soluções práticas, racionais, rápidas e eficazes, sob o risco de comprometerem os seus nomes e o próprio Estado que está bem acima das conveniências e arrogância dos policiais do Estado, mas, mesmo assim se prevalecer esta intenção, cometem deslizes absurdos no desleixo do cumprimento das normas. E, a terceira e última vertente que é a dos entes do Terceiro Setor (organizações sociais privadas sem fins lucrativos) e, a do espírito puro das Leis para o desenvolvimento da sociedade e, que reside na sua boa exegese na minoria dos doutrinadores e dos juízes sem o pecado das conveniências e dos vícios condicionados pelo ponto de vista pessoal assimilado ao longo da vida e, que encontra barreiras no inconsciente para a abertura ao entendimento de novos paradigmas comportamentais, que são de fundamental importância para o desenvolvimento da sociedade moderna.

A primeira e segunda vertentes, de antemão, as das conveniências corporativistas, sejam elas dos profissionais envolvidos ou até mesmo do Estado, para que não contaminem o raciocínio lógico e sistêmico necessário à compreensão do assunto, serão afastadas, a partir deste momento, como variáveis intervenientes, do problema real existente, para que se tenha noção limpa e clara sobre as organizações sociais civis de interesse público que pretendemos aqui demonstrar.

O QUE É OSCIP?

OSCIP é a sigla de **Organização da Sociedade Civil de Interesse Público**, que foi instituída pela Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999.

O QUE É ORGANIZAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO?

Organização da Sociedade Civil de Interesse Público é um título de qualificação concedido pelo Ministério da Justiça para entidade social que atenda aos requisitos da Lei Federal nº 9.790, de 23 de março de 1999 e que foi regulamentada pelo Decreto Federal nº 3.100, de 30 de junho de 1999. Isto quer dizer que, juridicamente, não se cria OSCIP, mas, sim uma sociedade, ou melhor dizendo, uma organização social, sem fins lucrativos que poderá ser qualificada ou não como **OSCIP**.

QUAL A DIFERENÇA DE SER QUALIFICADA COM O TÍTULO DE OSCIP?

A diferença como pessoa jurídica não existe. Uma vez sendo criada a organização social nos moldes do Código Civil Brasileiro e, da legislação fiscal que a alcança, a figura jurídica continuará sendo a mesma após a sua qualificação como OSCIP e, esta qualificação somente poderá ser concedida pelo Ministério da Justiça se na sua constituição ou alteração estatutária atender às exigências da Lei Federal nº 9.790 (Artigos 1º, 2º, 3º e 4º). Caso a qualificação de OSCIP seja cassada pelo Ministério da Justiça a organização social nesta condição continuará juridicamente existindo, pois a sua natureza de organização social não será perdida e não se extinguirá sob hipótese alguma, a não ser nas hipóteses previstas no Código Civil Brasileiro quanto à sua extinção. A organização social neste caso poderá também, ter outras qualificações, como por exemplo: CONAS – Conselho Nacional de Assistência Social do Ministério da Assistência Social; entidade de Utilidade Pública Estadual; e, entidade de Utilidade Pública Municipal, podendo mantê-las, mesmo com o prejuízo da perda da qualidade de OSCIP.

Para entendermos melhor a matéria, busquemos os ensinamentos de **Luis Eduardo Patrone Regulesi**, no livro: **TERCEIRO SETOR: Regime Jurídico das OSCIP's**:

“Os títulos e certificados outorgados pela Administração Pública às organizações particulares que atuam paralelamente ao Poder Público, em sua colaboração para a prestação de serviços de relevância pública, revelam a típica atividade administrativa de fomento.

O fomento visa, em apertada síntese, desenvolver e expandir atividades particulares de interesse coletivo. O reconhecimento da relevância das iniciativas particulares pelo Poder Público, mediante a outorga de títulos jurídicos ou certificados, inclui-se nesta espécie de atividade administrativa.

Vale observar a existência de um aspecto comum aos principais títulos concedidos pelo Poder Público na área social: o reconhecimento estatal de que determinadas organizações privadas cumprem atividades de relevância pública.

Neste contexto, cumpre observar que o título outorgado mediante ato administrativo não cria nova estrutura organizacional, apenas atesta, reconhece uma situação fática preexistente que se subsuma fielmente às categorias legais.”

Paulo Modesto, decifrando o referido fenômeno, de maneira inconfundível e com bastante clareza, ao tratar da qualificação das organizações sociais, assim elucida:

“As Organizações Sociais não são um novo tipo de pessoa jurídica nem entidades criadas por lei e encartadas na estrutura da administração pública. São pessoas jurídicas

estruturadas sob a forma e 'fundação privada' ou 'associação sem fins lucrativos'. Ser organização social, por isso, não significa apresentar uma estrutura jurídica inovadora, mas possuir um 'título jurídico especial', conferido pelo Poder Público em vista do atendimento de requisitos de constituição e funcionamento previstos expressamente em lei." Ser organização social não é uma "qualidade inata", mas uma "qualidade adquirida, resultado de um ato 'formal de reconhecimento' do Poder Público, 'facultativo' e 'eventual', semelhante em muitos aspectos à 'qualificação' deferida às instituições privadas sem fins lucrativos quando recebem o 'título de utilidade pública'".

A mesma assertiva de Paulo Modesto, sobre as Organizações Sociais, se aplica também, sobre as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP's).

Com efeito, as regras de constituição, funcionamento, bem como de extinção das associações civis e fundações integram o Código Civil Brasileiro (arts. 45, 46 e demais dispositivos do Código) e a lei de Registros Públicos (Arts. 114 e seguintes), e diferem da natureza das condições fixadas em lei para a concessão dos títulos jurídicos especiais. As primeiras tratam do aspecto existencial das organizações do terceiro setor, as outras selecionam, do amplo universo de pessoas jurídicas de direito privado, as merecedoras de reconhecimento em decorrência da prestação de serviços de relevância.

QUAIS AS VANTAGENS DA SOCIEDADE QUALIFICADA COMO OSCIP?

As vantagens da sociedade privada sem fins lucrativos, quando do reconhecimento de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, passado pelo Ministério da Justiça, é o de poder celebrar **TERMOS DE PARCERIAS** com o Poder Público, instrumento jurídico criado pela Lei Federal 9.790/99 e que regulará as ações dos respectivos parceiros no cumprimento das finalidades e metas definidas em Programa de Trabalho. Este instrumento se aproxima da figura jurídica do CONVÊNIO, vez que, poderá a administração pública promover a transferência de recursos total ou parcial com a comprovação de suas aplicações e da execução dos serviços ou fornecimento dos produtos pactuados, somente no final de sua execução, preservando-se a obrigação e o direito da fiscalização por ambos parceiros e pelo Conselho de Políticas Públicas citado no Termo de Parceria.

Por se tratar o Termo de Parceria de um instrumento híbrido entre o contrato administrativo e o Convênio, goza este da inexigibilidade de licitação, podendo, contudo, o **PODER PÚBLICO**, caso haja mais de uma organização (OSCIP) atuando no mesmo ramo de atividade e que seja também, potencialmente concorrente de uma outra instituição e, com iguais condições para atender aos interesses da administração e, conseqüentemente, o interesse público, **PROMOVER O CONCURSO DE OSCIP's**, que é modalidade de licitação prevista no Decreto Federal nº 3.100/99, que regulamenta a Lei Federal 9.790 (art. 23), modalidade esta de licitação que está prevista na Lei Federal de licitações e contratos de nº 8.666/93 (Inciso IV do Art. 22).

A entidade social qualificada como OSCIP goza ainda, das seguintes vantagens:

- 1) a de poder requisitar do poder público equipamentos, móveis, imóveis e instalações para uso de suas atividades sociais;
- 2) de receber do poder público, por alienação (doação), de bens públicos (móveis e equipamentos), para uso em benefício de seus objetivos estatutários;
- 3) de receber, por doação, do poder público, produtos, bens móveis e equipamentos, de apreensões pelo poder de polícia do Estado (Polícia Federal, Fiscais de Postura, Fiscais Ambientais, etc.), para uso próprio ou alienação em benefício de suas atividades estatutárias e sociais;
- 4) de receber doações financeiras das empresas e pessoas físicas por incentivos fiscais (renúncia fiscal do Estado em benefício da entidade social, quando da apuração do tributo devido pelo contribuinte que promover doação de valores financeiros ao ente social).

PODE A ENTIDADE SOCIAL SEM FINS LUCRATIVOS QUALIFICADA COMO OSCIP PARTICIPAR DE LICITAÇÃO PÚBLICA?

A entidade social sem fins lucrativos qualificada como OSCIP, em função desta qualificação, não está afastada de formalizar contrato com a Administração Pública, vez que, continua sendo uma organização com toda a sua forma jurídica estabelecida pelo Código Civil Brasileiro. Entretanto, nesta condição, terá ela que se sujeitar aos ditames da Lei Federal nº 8.666/93 (Lei de Contratos e Licitações), podendo concorrer com empresas com finalidade econômica, com outros entes sociais e, até mesmo ser dispensada de licitação se se enquadrar dentro dos critérios estabelecidos pelo Artigo 24 da citada Lei de Licitações. A propósito, devemos observar que, a Lei de Licitações e Contratos (Lei Federal nº 8.666/93) não afasta, em hipótese alguma, a participação de entes sociais sem fins lucrativos no fornecimento ao Poder Público, conforme dispositivos a seguir transcritos:

“Art. 24. É dispensável a licitação:

(.....)

XXIV – para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão.(Grifo nosso)

(.....).

Art. 28. A documentação relativa à habilitação jurídica, conforme o caso, consistirá em:

(.....);

IV – inscrição de ato constitutivo, no caso das sociedades civis, acompanhada de prova de diretoria em exercício.” (Grifo nosso).

Em julgamento recente a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, manteve a decisão da 2ª Vara de Fazenda Pública e Autarquias de Minas Gerais, em recurso do Ministério Público que moveu Ação Civil Pública contra o Concurso Público 002/2005, o qual prevê a seleção de uma OSCIP que, em parceria com o

Estado, vai administrar e executar as atividades e serviços de saúde do hospital Dona Risoleta Tolentino Neves.

Segundo o Ministério Público, a OSCIP receberá bens móveis e imóveis do Estado, além de apoio financeiro no valor de R\$ 31,7 milhões. O MP sustenta que a saúde é dever do Estado e seu gerenciamento pela iniciativa privada contraria a Constituição Federal.

Já o Estado de Minas Gerais alega que não há justificativas legais para suspender os efeitos da licitação. A 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça concordou com o argumento do Estado. Para os desembargadores, a parceria não é ilegal ou inconstitucional, já que a exploração do serviço público de saúde não está sendo privatizada e, sim, mudando de titularidade. A câmara frisou que o art. 197 da Constituição Federal prevê parcerias para a execução de serviços de saúde pública em caso de dificuldades financeiras do Poder Público. (Processo 1.0024.700131-5/001).

A Constituição da República Federativa do Brasil que é a lei maior do país, reservou à sociedade brasileira um papel importantíssimo na parceria das ações e serviços de saúde e, portanto, não são estas da exclusividade única do Estado, como querem e entendem alguns promotores e membros dos tribunais de contas dos Estados e Municípios. Da mesma forma ocorre com as ações para a educação, conforme dispositivos da Carta Magna a seguir transcritos:

“Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da Lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

(....)

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada:

§ 1º As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

(.....).

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.”

Tomando por empréstimo as palavras de MARTINS ASSOCIADOS – Advocacia, na publicação com o título ONGs, OSCIP e licitações:

“A princípio e por princípio, licitações são obrigatórias para contratos. É o que está expressamente escrito na lei. Lendo melhor o que diz a Constituição, diz-se lá que obras, serviços e compras, a não ser que expressamente ressalvados com outros tipos de acordos, serão contratados, ou seja, serão obtidos por via de contrato e o contrato deverá ser resultado, em regra, de uma licitação”.

Continua MARTINS com a clareza da lógica:

“Assim, podemos ter como conclusões lógicas:

- a. Obras, serviços e compras serão, em regra, obtidos por contrato público;*
- b. O contrato público será, em regra, objeto de licitação;*

Por outro lado, a licitação visa garantir:

[i] a igualdade dos concorrentes;

[ii] a melhor proposta da Administração;

[iii] a publicidade e decência no gasto do recurso público.

(.....)

Não há contratos quando não há obras, alienações, compras ou obtenção de serviços (“obter determinada utilidade de interesse para a Administração”), por exemplo. Por outro lado, também não deverá ser regra ter licitação quando não há concorrência, porque não haverá igualdade de concorrentes a se buscar. Por fim, a melhor proposta para a Administração nem sempre é um contrato resultante de uma licitação. Por vezes os profissionais de licitação “ganham” as concorrências imputando ‘a Administração Pública e a todo o país contratos mal-executados e contrários ao interesse público. Como será que se faz uma licitação para saber quais as melhores instituições para assumir uma creche, por exemplo? Ou as melhores instituições para tratar de problemas de comunidades expostas a altos índices de pobreza e violência urbana? Como saber quem melhor se comunica com a população?

Depois a licitação, por vezes, é extremamente cara e demorada. Quando o serviço é de urgência, como contratar? Como obtê-lo?

Algumas questões são naturalmente difíceis de serem resolvidas e, uma vez que sejam competentemente levantadas, suscitam a necessidade de saber que também existem outros tipos de acordos com a administração distintos dos contratos.”

Coaduna com nosso entendimento MARTINS: *“(.....) toda ONG e toda OSCIP podem celebrar contratos administrativos com a Administração Pública para vender algo, seja serviço, produto ou até fazer uma obra, se essas forem suas atividades estatutárias. Nesse caso a regra será a licitação, e somente se for um caso de dispensa ou inexigibilidade a ONG e a OSCIP se verão dispensadas da licitação.”*

DA IGUALDADE DA ONG COM EMPRESAS COM FINALIDADES LUCRATIVAS NAS CONCORRÊNCIAS PÚBLICAS (Licitações Públicas)

A entidade social sem fins lucrativos, reconhecida como OSCIP ou não, assim como as demais entidades privadas com fins lucrativos, na concorrência pública poderão estar de lado a lado dentro dos requisitos estipulados no Edital, sendo destarte, proibido a eliminação de qualquer dos concorrentes simplesmente pela sua natureza econômica (de fins lucrativos ou sem fins lucrativos), isto porque há de ser compreendido de que a licitação é o procedimento que a Administração Pública se utiliza para comprar bem e a baixo custo para o erário público, através da seleção da proposta mais vantajosa (Art. 3º da Lei Federal 8.666/93). Este é o objetivo da licitação pública. Assim como não se elimina a empresa que goza de determinados incentivos fiscais, com remissões de débitos e isenção fiscal, com o intuito do seu fortalecimento,

assim também, pelo mesmo princípio onde esta diferença não é levada em conta para os desconsidera-los iguais, portanto, não poderá ser utilizado para eliminar as ONG's, sejam elas qualificadas como OSCIP's ou não. Portanto, é um direito que tem as ONG's, de participarem das licitações públicas, desde que atendam às exigências do Edital de licitação, sendo vedado a este a eliminação de qualquer participante pela sua finalidade econômica, pois a Lei Federal de Contratos e Licitações (8.666/93) assim não permite, conforme incisos I e II do § 1º do artigo 3º, a seguir transcritos:

“Art. 3º A licitação destina-se a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I – admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato;

II – estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991.”

Carlos Inácio Prates, Advogado da União em exercício no Ministério da Justiça, em recentes estudos com o título: “OSCIP e o Fornecimento de mão-de-obra Terceirizada – Questão Polêmica, nos informa sobre o seu posicionamento, na qualidade de técnico do órgão responsável pela qualificação das entidades sociais como OSCIP's:

“(.....).

Logo, as atividades desenvolvidas pelas OSCIP's para alcançar as finalidades estabelecidas pela lei também podem ter caráter econômico, e são passíveis de modificação, e nesse sentido recomenda-se que sejam descritas no estatuto, logo após as suas finalidades, que são inalteráveis e conforme o artigo 3º, do caput, da lei. Todavia, esse tipo de atividade deve sempre ter uma natureza suplementar para alcançar as finalidades de interesse público delineadas na lei, sob pena da entidade não fazer jus ao reconhecimento oficial de que promove o interesse público.

A constatação de que a entidade passa a agir como uma verdadeira empresa comercial, auferindo lucro e colocando no mercado seus produtos e serviços de forma mercantilista configura desvio de suas finalidades sociais para as quais foi instituída, e caracteriza a nocividade de seu objeto. Nestes casos terá sua qualificação como OSCIP

cancelada pelo Ministério da Justiça, que deverá comunicar o fato ao Ministério Público para a promoção da dissolução da entidade.

Esse entendimento não invalida a exegese, a contrariu sensu, do art. 11 da LICC, que estabeleceu que as sociedades e fundações são exemplos de organizações destinadas a fins de interesse coletivo, indicando, nas palavras de SABO PAES, a impossibilidade da constituição destes entes objetivando o atendimento de interesses estritamente particulares, Pois, o que é inconcebível é o estabelecimento de finalidades privadas no estatuto de uma OSCIP, e de qualquer outra entidade de interesse social, mas não o exercício de atividades privadas como meio de se alcançarem seus fins sociais. Nesse sentido, já existe entendimento firmado no Supremo Tribunal Federal que é possível e legal a realização de atividade econômica na medida em que seu resultado seja destinado exclusivamente à finalidade essencial da entidade. (Grifo nosso).

CONCLUSÃO

Conclui Carlos Inácio Prates, em seus estudos e orientações:

“As entidades de interesse social, sem fins lucrativos, podem desenvolver atividades econômicas, desde que elas sejam vinculadas às suas finalidades. E as OSCIPS podem desenvolver atividades suplementares, de natureza econômica, visando sua autosustentabilidade, como um meio de obter recursos para atingir suas finalidades de interesse público, seu escopo principal. Se as atividades suplementares se transformam num fim em si mesmo, a qualificação como OSCIP deve ser cancelada e tal atuação deve ser comunicada ao Ministério Público para promoção da dissolução da entidade.

(.....)

Órgãos públicos que atuam em áreas diversas que desejam contratar serviços terceirizados, devem ter o cuidado de elaborar normas tutelando a igualdade entre os participantes, estabelecendo no termo de referência e no edital de licitação, as categorias de pessoas jurídicas aptas a participar do certame, de acordo com a sua natureza jurídica e qualificações, a fim de evitar fraudes e garantir o princípio constitucional da isonomia.”

Uma coisa é certa: onde pode a administração pública contratar determinada ação com o setor privado, poderá também, caso haja conveniência da administração, promover a celebração de Termo de Parceria com entidade reconhecida como OSCIP e, até mesmo promover a contratação da mesma, mediante Contrato Administrativo sujeito ao rito da Lei Federal nº 8.666/93, seja para concorrer com outros licitantes ou até mesmo para ser dispensada da licitação. O fato é que não se considera atividade exclusiva do Estado aquela que poderá ser transferida comercialmente para entidade privada com fins lucrativos ou não. Poderemos listar, dentre muitas outras atividades, as seguintes:

1. Capacitação de pessoal da administração municipal, seja da área de saúde, de educação, de engenharia, etc.;
2. Transporte escolar, pois não se caracteriza o fim para o estado, mas tão somente atividade meio para a educação;
3. Manutenção, construção e conservação de instalações e equipamentos necessários ao ensino, desde que estejam envolvidas novas técnicas desenvolvidas pela sociedade, sejam elas de gestão ou de inovação no processo de execução;

4. Levantamentos estatísticos, estudos e pesquisas visando precipuamente ao aprimoramento da qualidade e expansão do ensino, que aliás, é obrigação de todos que trabalham com a educação;
5. A aquisição de material didático-escolar e a manutenção de programas de transporte escolar;
6. A vigilância nutricional, o controle de deficiências nutricionais, a orientação alimentar e a segurança alimentar promovida no âmbito do SUS;
7. A educação para a saúde;
8. A saúde do trabalhador;
9. A assistência à saúde em todos os níveis de complexidade;
10. Pesquisas e desenvolvimento científico e tecnológico em saúde, promovidos por entidades do SUS e outras;
11. A produção, aquisição e distribuição de insumos setoriais específicos, tais como medicamentos, imunobiológicos, sangue e hemoderivados e equipamentos;
12. Administração de serviços funerários;
13. A administração, coleta, tratamento e destino final do lixo;
14. O fornecimento de bens;
15. Etc.

** Nildo Lima Santos. Bacharel em Ciências Administrativas. Pós Graduado em Políticas Públicas e Gestão de Serviços Sociais. Consultor em Administração Pública.*