

DA LEGALIDADE DA PARTICIPAÇÃO DE SERVIDORES PÚBLICOS
EM CARGOS DE DIREÇÃO DE OSCIPs QUALIFICADAS COMO TAIS
PELO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

FERNANDO BORGES MÂNICA
Doutorando em Direito do Estado na USP.
Mestre em Direito do Estado pela UFPR.
Advogado e Procurador do Estado do Paraná.

SUMÁRIO: 1. CONTEXTUALIZAÇÃO: O TERCEIRO SETOR E A CONSTITUIÇÃO DE 1988. 2. REQUISITOS PARA A QUALIFICAÇÃO COMO ORGANIZAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO (OSCIP). 3. O PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 4º DA LEI DAS OSCIP: DO POSICIONAMENTO DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA À POSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DE SERVIDORES PÚBLICOS EM CARGOS DE DIRETORIA DA ENTIDADE. 4. ESTATUTO FEDERAL E ESTADUAL DOS SERVIDORES PÚBLICOS. 5. ALCANCE E INTERPRETAÇÃO DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 4º, DA LEI DAS OSCIP.

RESUMO: A participação de servidores públicos em cargos de diretoria das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIPS tem sido objeto de discussões, em especial devido à recomendação do Ministério da Justiça, segundo a qual os dirigentes de OSCIPs devem apresentar declaração de que não são detentores de cargos ou empregos públicos. Não obstante, a interpretação do dispositivo legal constante do parágrafo único do artigo 4º da Lei das OSCIP, que trata do tema, conduz a entendimento diverso.

PALAVRAS CHAVE: OSCIP, Servidor Público, Cargos de Diretoria.

1. Contextualização: o Terceiro Setor e a Constituição de 1988

A Constituição Federal de 1988, pela primeira vez de maneira expressa, atribuiu também à sociedade civil, por meio de organizações privadas sem fins lucrativos, o dever de contribuir para a consecução dos objetivos do Estado brasileiro.¹

O agravamento da crise do Estado, especialmente no que se refere à ineficiência na prestação de serviços públicos, trouxe a necessidade de mudança na atuação estatal, o que foi promovido em solo pátrio por uma série de reformas nos níveis constitucional e infraconstitucional. Para tanto, foi criado o *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*, idealizado pelo Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado – MARE e direcionado a alcançar maior **efetividade e eficiência** nas atividades da Administração Pública, direcionando a ação dos serviços do Estado para o atendimento dos cidadãos.

O Plano de Reforma do Estado adotou um modelo conceitual, baseado na distinção de quatro setores específicos de ação estatal, conforme a natureza de suas atividades, associando-os a três modalidades de propriedade (pública, pública não-estatal e privada) e formas de gestão:²

Núcleo estratégico: Presidência da República, Ministérios, Secretarias Executivas, cúpula do Judiciário e casas do Congresso Nacional. É o segmento responsável pela formulação e definição das políticas públicas e diretrizes governamentais.

Setor de atividades exclusivas do Estado: envolve a implementação das políticas públicas definidas e formuladas pelo núcleo estratégico. É o setor das atividades típicas de Estado, a fiscalização, regulamentação, fomento, segurança pública, tributação, seguridade social básica. Essas atividades não podem ser delegadas ao particular, pois são representativas do ‘poder’ do Estado.

Setor de serviços não-exclusivos do Estado: abrange atividades que não implicam o *poder extroverso*³ do Estado e que são prestadas

¹ Podem-se transcrever, dentre outros, os seguintes dispositivos constitucionais que demonstram tal orientação: Art. 199, § 1º; Art. 204, I; Art. 205; Art. 213; Art. 216, § 1º; Art. 227, § 1º.

² BRASIL, Presidente. PLANO DIRETOR DA REFORMA DO APARELHO DO ESTADO: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1995, p. 51.

³ Segundo o PLANO DIRETOR DA REFORMA DO APARELHO DO ESTADO, poder extroverso é o *poder de constituir unilateralmente obrigações para terceiros, com extravasamento dos seus próprios limites*. Nesse sentido, segundo Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, o “(...) Poder Público se

simultaneamente pelo Estado, pela iniciativa privada e pelas entidades do terceiro setor. Em qualquer hipótese, devem ser apoiados pelo Estado, em razão de serem fundamentais para a sociedade. É o caso dos serviços públicos sociais – assistência social, saúde, ensino, cultura – além de atividades ligadas à ciência e à tecnologia.

Setor de produção de bens e serviços para o mercado: corresponde às atividades econômicas que visam ao lucro e são desempenhadas pelas empresas públicas ou sociedades de economia mista.

A partir desse esquema conceitual, identificaram-se as formas ideais de propriedade e de gerenciamento para cada um dos setores.

No que se refere ao *setor dos serviços não-exclusivos do Estado*, a proposta de reforma levada a cabo defendia que a modalidade mais adequada à eficiência na prestação de tais serviços seria a *propriedade pública não-estatal*.⁴ Introduziu-se, assim, o conceito de *propriedade* (i) *pública*, não por pertencer ao Poder Público, mas porque tais entidades desempenhariam serviço de interesse público e (ii) *não-estatal*, por não integrarem a estrutura organizacional administrativa do Estado.

Assim, com o objetivo de redefinir o plano de relações entre os entes estatais e as organizações privadas prestadoras de serviços de interesse público, o Plano de Reforma do Estado previu a criação de entidades denominadas *Organizações Sociais* – pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos. A intenção era a de que universidades e hospitais públicos, centros de pesquisa, bibliotecas e museus estatais fossem *publicizados*, ou seja, fossem transformados em entidades de natureza privada, recebessem qualificação de **ORGANIZAÇÃO SOCIAL – OS** e celebrassem *contratos de gestão* com o poder público.⁵

encontra em situação de autoridade, de comando, relativamente aos particulares”, sendo que tal fato configura uma “(...) indispensável condição para gerir os interesses públicos postos em confronto” e “compreende (...) a possibilidade, em favor da Administração, de constituir os privados em obrigações por meio de ato unilateral daquela” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio.. *Curso de Direito Administrativo*, 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 30).

⁴ BRASIL, Presidente. PLANO DIRETOR DA REFORMA DO APARELHO DO ESTADO: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1995, p. 54.

⁵ A qualificação de Organização Social surgiu com a Lei 9.637, de 15 de maio de 1998, resultado de conversão da Medida Provisória 1.648, de 23 de abril de 1998. Trata-se de pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada pela iniciativa privada, para o desempenho de serviços não exclusivos do Estado – ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde. Por meio do contrato de gestão são especificados o programa de trabalho da organização, as metas a serem atingidas, com os respectivos prazos de execução, assim como os critérios

Segundo Antonio Carlos MORALES, “(...) *publicização refere-se à produção não-estatal de bens e serviços públicos por entidades do terceiro setor. No Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado do governo brasileiro, é a forma pela qual atividades não exclusivas do Estado são transferidas para organizações não estatais, sem implicar privatização*”.⁶

Dois significados, entretanto, podem ser atribuídos ao termo *publicização*. O primeiro refere-se à prestação de serviços de interesse público por entidades do terceiro setor, formadas pela sociedade civil e com apoio do Estado. O segundo, diz respeito à transformação de entidades públicas em entidades privadas sem fins lucrativos. Para grande parte da doutrina pátria, a segunda opção, defendida e apoiada pelo Plano Diretor de Reforma do Estado brasileiro, revela uma contradição. De qualquer modo, as Organizações Sociais, tais qual previsto pela Lei federal n. 9.637 de 15 de maio de 1998, teve sua constitucionalidade recentemente declarada pelo Supremo Tribunal Federal, que julgou improcedente o pedido de medida cautelar com objetivo de suspender a eficácia de uma série de dispositivos da referida lei por suposta inconstitucionalidade.⁷

Seguindo o processo de reforma do Estado, um ano após a publicação da Lei das Organizações Sociais, foi aprovada a Lei n. 9.790, de 23 de março de 1999, que criou mais uma modalidade de qualificação outorgada pelo poder público: a **ORGANIZAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO – OSCIP**, e instituiu a possibilidade de celebração de um novo instrumento de ajuste com o poder público, denominado *termo de parceria*.⁸

de avaliação de seu desempenho. A execução desse vínculo jurídico entre a organização e o poder público deverá ser supervisionada por órgão ou entidade supervisora da área de atuação correlata à atividade a ser desempenhada. O contrato de gestão poderá envolver: cessão de recursos orçamentários ao cumprimento do contrato, permissão de uso de bens públicos, com dispensa de citação; cessão de servidores públicos; dispensa de licitação em contratos de prestação de serviços entre o Estado e a organização social. Sobre o tema, cf. OLIVEIRA, Gustavo H. Justino de. *Contrato de Gestão na Administração Pública Brasileira*. São Paulo, 2005. 522 p. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo.

⁶ MORALES, Carlos Antonio. Provisão de Serviços Sociais através de Organizações Públicas Não-estatais. In: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; CUNILL GRAU, Nuria (organizadores). *O Público não Estatal na Reforma do Estado*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999, p. 56.

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1923 – DF, Relator Ministro Carlos Brito, **Diário de Justiça**, 01 ago. 2007. Sobre o tema, conferir OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Constitucionalidade da Lei Federal n. 9.637/98, das Organizações Sociais. *Revista de Direito do Terceiro Setor*, BH, a. 1, n. 2, p. 177-210, jul./dez. 2007.

⁸ O Termo de Parceria é definido pelo artigo 9º da Lei 9.790/99 como *o instrumento passível de ser firmado entre o Poder Público e as entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de*

A **Lei das OSCIP**, denominada por alguns como *marco legal do terceiro setor*, surgiu com o objetivo de transpor uma barreira: a inadequação da legislação disciplinadora das entidades do terceiro setor, em especial no que se refere às suas relações com o Poder Público.

O crescimento expressivo do número de entidades do terceiro setor e a diversificação de suas áreas de atuação, somados à relevância constitucional outorgada à participação da sociedade civil na consecução dos objetivos do Estado brasileiro, exigiu a adoção de novos mecanismos de apoio estatal ao terceiro setor. É que a disciplina jurídica até então (e ainda hoje) vigente, de outorga de títulos e certificados era pautada:

- (i) pelo burocratismo excessivo;
- (ii) pela sobreposição de certificações;
- (iii) pela ausência de critérios claros e transparentes para a obtenção dos reconhecimentos; e
- (iv) pela constante influência política nos processos de qualificação e de outorga dos benefícios.

Em uma visão simplificadora, pode-se afirmar que os antigos (e até hoje existentes) título de utilidade pública, o registro no CNAS e o certificado de entidade beneficente de assistência social consistiam em passaporte para uma série de benefícios estatais. Entretanto, dois problemas se apresentavam:

Interesse Público destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes, para o fomento e a execução das atividades de interesse público. Consiste, portanto, em uma modalidade específica de parceria em sentido amplo, que se refere a todas as formas de ajuste entre o Estado o setor privado para o desenvolvimento de atividades de interesse público. Na opinião de Paulo MODESTO, são características gerais das parcerias: “(a) voluntariedade da adesão ao ajuste; (b) a convergência de interesses; (c) a complementaridade de encargos; (d) a atenuação no emprego de prerrogativas exorbitantes por parte da Administração, com vistas a não inibir o interesse do parceiro privado; (e) a flexibilidade dos arranjos institucionais viabilizadores do ajuste de interesses” (MODESTO, Paulo. *Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público e parcerias público-privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de ‘serviço público’, serviços de relevância pública’ e ‘serviços de exploração econômica’ para as parcerias público-privadas.* In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Parcerias Público-Privadas.* São Paulo: Malheiros, 2005, p. 449). Para Carlos Ari SUNDFELD são características das parcerias a existência de interesses comuns, a formação de uma relação contínua e a execução prolongada no tempo. Segundo o autor, são exemplos de parcerias público-privadas a concessão de serviço público, os contratos de gestão com organizações sociais e os termos de parceria com as OSCIP (SUNDFELD, Carlos Ari. *Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas.* In: _____. *Parcerias Público-Privadas.* São Paulo: Malheiros, 2005, p. 18).

- (i) os critérios para obtenção de tais qualificações não eram aptos a diferenciar entidades de natureza coletiva daquelas de natureza efetivamente pública;
- (ii) tais qualificações não alcançavam uma série de atividades de relevância pública prestadas por entidades do terceiro setor e merecedoras de apoio estatal;
- (iii) ausência de definição de critérios claros acerca do controle, fiscalização, prestação de contas e transparência nas atividades prestadas pelas entidades qualificadas.

Além disso, o processo para obtenção da qualificação e para a celebração de ajustes com o Poder Público era excessivamente burocrático e dependente de influências políticas. Ainda, como recentemente tivemos a oportunidade de assinalar:

“(..) dentre os diversos desafios do terceiro setor nessa nova geografia social, encontra-se exatamente sua localização espacial (...). A disciplina das entidades que compõem o terceiro setor é extremamente complexa, especialmente em suas relações com o Estado, já que, ao passo em que colaboradoras na consecução dos direitos fundamentais, tais entidades devem ser fiscalizadas e controladas a fim de que se garanta a efetiva concretização de tais direitos sem que com isso se imponha um regime idêntico àquele aplicado sobre o próprio Estado.

Se, de um lado, com a projeção da disciplina que regulamenta a atividade estatal às entidades do terceiro setor corre-se o risco de estatizar e, em última análise, aniquilar tais entidades da sociedade civil, de outro, deixar de disciplinar a atuação do terceiro setor, em especial nos casos em que haja alguma modalidade de apoio estatal ao desempenho de suas atividades, implica a possibilidade de esvaziamento da Administração Pública, do Direito Administrativo e do próprio Estado.

Nesse contexto, a dificuldade de disciplinar a atuação das entidades do terceiro setor começa pela própria identificação de quais são as entidades que efetivamente colaboram com o Estado na efetivação dos direitos fundamentais. Para tanto, foram criadas durante o século XX algumas qualificações outorgadas pelo Estado brasileiro àquelas entidades que cumprissem determinados requisitos os quais foram eleitos como critérios

para a distinção de atividades prestadas em colaboração com o Estado na efetivação dos referidos direitos”.⁹

Nesse contexto, ao contrário de todas as outras leis que prevêm a outorga de títulos e qualificações pelo Poder Público, a Lei n. 9.790/99 teve como objetivo alcançar todas as entidades que efetivamente preenchem os requisitos do conceito de terceiro setor. Para tanto, trouxe de maneira expressa requisitos positivos e negativos que permitem a aferição se determinada entidade efetivamente se enquadra no conceito em referência; previu a possibilidade de remuneração dos dirigentes, como modo de incentivo á profissionalização do setor; e estabeleceu uma série de princípios a serem seguidos pelas entidades qualificadas, como modo de garantir a eficiência, publicidade, moralidade, legalidade e impessoalidade nas atividades desenvolvidas pelo terceiro setor.

2. Requisitos para a qualificação como Organização Da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP)

A Lei das OSCIP nasceu com o escopo de trazer critérios legais objetivos e aptos a definir quais entidades efetivamente possuem caráter público, bem como oferecer a tais entidades a possibilidade de obter apoio estatal por meio de um mecanismo despido de procedimentos excessivamente burocráticos, formais e subjetivos.

Com relação ao primeiro aspecto, dada a dificuldade de uma definição do que seja interesse público, a Lei n. 9.790/99, após conceituar as entidades qualificadas como OSCIP,¹⁰ traz uma lista com todas as entidades cuja natureza impede a obtenção da qualificação de OSCIP e outra lista com todas as atividades cujo desenvolvimento possibilita a qualificação.¹¹

⁹ MÂNICA, Fernando Borges. Participação privada na prestação de serviços públicos de saúde. 2009. 306p. Tese (Doutorado) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 188-189.

¹⁰ Art. 1º. Podem qualificar-se como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público as pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, desde que os respectivos objetivos sociais e normas estatutárias atendam aos requisitos instituídos por esta Lei. § 1º. Para os efeitos desta Lei, considera-se sem fins lucrativos a pessoa jurídica de direito privado que não distribui, entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados ou doadores, eventuais excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplica integralmente na consecução do respectivo objeto social.

¹¹ No primeiro grupo encontram-se as entidades arroladas no artigo 2º da Lei 9.790/99, que assim dispõe: Art. 2º. Não são passíveis de qualificação como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público,

Além disso, uma série de requisitos deve constar do estatuto social da entidade a ser qualificada como OSCIP, conforme dispõe o artigo 4º da Lei n. 9.790/99, assim redigido:

Art. 4º. Atendido o disposto no art. 3º, exige-se ainda, para qualificarem-se como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, que as pessoas jurídicas interessadas sejam regidas por estatutos cujas normas expressamente disponham sobre:

I - a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e da eficiência;

II - a adoção de práticas de gestão administrativa, necessárias e suficientes a coibir a obtenção, de forma individual ou coletiva, de benefícios ou vantagens pessoais, em decorrência da participação no respectivo processo decisório;

III - a constituição de conselho fiscal ou órgão equivalente, dotado de competência para opinar sobre os relatórios de desempenho financeiro e

ainda que se dediquem de qualquer forma às atividades descritas no art. 3º desta Lei: I - as sociedades comerciais; II - os sindicatos, as associações de classe ou de representação de categoria profissional; III - as instituições religiosas ou voltadas para a disseminação de credos, cultos, práticas e visões devocionais e confessionais; IV - as organizações partidárias e assemelhadas, inclusive suas fundações; V - as entidades de benefício mútuo destinadas a proporcionar bens ou serviços a um círculo restrito de associados ou sócios; VI - as entidades e empresas que comercializam planos de saúde e assemelhados; VII - as instituições hospitalares privadas não gratuitas e suas mantenedoras; VIII - as escolas privadas dedicadas ao ensino formal não gratuito e suas mantenedoras; IX - as organizações sociais; X - as cooperativas; XI - as fundações públicas; XII - as fundações, sociedades civis ou associações de direito privado criadas por órgão público ou por fundações públicas; XIII - as organizações creditícias que tenham quaisquer tipos de vinculação com o sistema financeiro nacional a que se refere o art. 192 da Constituição Federal. No segundo grupo encontram-se as áreas e condições de atuação que tornam possível a qualificação de OSCIP. Tais requisitos constam dos artigos 3º e 4º da Lei em referência: Art. 3º. A qualificação instituída por esta Lei, observado em qualquer caso, o princípio da universalização dos serviços, no respectivo âmbito de atuação das Organizações, somente será conferida às pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujos objetivos sociais tenham pelo menos uma das seguintes finalidades: I - promoção da assistência social; II - promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico; III - promoção gratuita da educação, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei; IV - promoção gratuita da saúde, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei; V - promoção da segurança alimentar e nutricional; VI - defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável; VII - promoção do voluntariado; VIII - promoção do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza; IX - experimentação, não lucrativa, de novos modelos sócio-produtivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito; X - promoção de direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar; XI - promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais; XII - estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos que digam respeito às atividades mencionadas neste artigo.

contábil, e sobre as operações patrimoniais realizadas, emitindo pareceres para os organismos superiores da entidade;

IV - a previsão de que, em caso de dissolução da entidade, o respectivo patrimônio líquido será transferido a outra pessoa jurídica qualificada nos termos desta Lei, preferencialmente que tenha o mesmo objeto social da extinta;

V - a previsão de que, na hipótese de a pessoa jurídica perder a qualificação instituída por esta Lei, o respectivo acervo patrimonial disponível, adquirido com recursos públicos durante o período em que perdurou aquela qualificação, será transferido a outra pessoa jurídica qualificada nos termos desta Lei, preferencialmente que tenha o mesmo objeto social;

VI - a possibilidade de se instituir remuneração para os dirigentes da entidade que atuem efetivamente na gestão executiva e para aqueles que a ela prestam serviços específicos, respeitados, em ambos os casos, os valores praticados pelo mercado, na região correspondente a sua área de atuação;

VII - as normas de prestação de contas a serem observadas pela entidade, que determinarão, no mínimo:

a) a observância dos princípios fundamentais de contabilidade e das Normas Brasileiras de Contabilidade;

b) que se dê publicidade por qualquer meio eficaz, no encerramento do exercício fiscal, ao relatório de atividades e das demonstrações financeiras da entidade, incluindo-se as certidões negativas de débitos junto ao INSS e ao FGTS, colocando-os à disposição para exame de qualquer cidadão;

c) a realização de auditoria, inclusive por auditores externos independentes se for o caso, da aplicação dos eventuais recursos objeto do termo de parceria conforme previsto em regulamento;

d) a prestação de contas de todos os recursos e bens de origem pública recebidos pelas Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público será feita conforme determina o parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal.¹²

3. O parágrafo único do artigo 4º da Lei das OSCIP: do posicionamento do Ministério da Justiça à possibilidade de participação de servidores públicos em cargos de Diretoria da entidade

¹² G. n.

A Medida Provisória n. 37, de 08 de maio de 2002 – que “*dispõe sobre a estruturação de órgãos, cria cargos em comissão no âmbito do Poder Executivo Federal, e da outras providências*”, inseriu novo dispositivo, antes não previsto na Lei n. 9.790/99. A novidade consta do artigo 6º da MP em referência, assim redigido:

Art. 6º. O art. 4º da Lei n. 9.790, de 23 de março de 1999, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único:

“Parágrafo único. É permitida a participação de servidores públicos na composição de diretoria ou conselho de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, vedada a percepção de remuneração ou subsídio a qualquer título”.¹³

Ao ser convertida em lei – Lei federal n. 10.539, de 23 de setembro de 2002 – a redação do dispositivo da Medida Provisória acima colacionada sofreu sensível mudança, passando a contemplar a seguinte redação:

Art. 4º. O art. 4º da Lei n. 9.790, de 23 de março de 1999, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único:

“Art. 4º.....”

Parágrafo único. É permitida a participação de servidores públicos na composição de conselho de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, vedada a percepção de remuneração ou subsídio, a qualquer título”.¹⁴

Assim, desde o ano de 2002, é requisito para a qualificação como OSCIP (além daquelas já mencionadas):

Art. 4º. Atendido o disposto no art. 3º, exige-se ainda, para qualificarem-se como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, que as pessoas jurídicas interessadas sejam regidas por estatutos cujas normas expressamente disponham sobre:

¹³ G. n.

¹⁴ G. n.

(...)

Parágrafo único. É permitida a participação de servidores públicos na composição de conselho de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, vedada a percepção de remuneração ou subsídio, a qualquer título”.¹⁵

A partir de então, o Ministério da Justiça passou a orientar as entidades interessadas na qualificação de OSCIP a encaminharem junto à documentação legalmente prevista, uma declaração de que os membros da Diretoria da entidade não ocupam cargos públicos.

Nesse sentido, encontra-se no endereço eletrônico do Ministério da Justiça, a seguinte *recomendação*:

Por fim, **recomenda-se** que os dirigentes da entidade prestem declaração individual de que **não exercem cargo, emprego ou função pública**, conforme o disposto no parágrafo único do art. 4º da Lei nº 9.790/99, e observando o modelo de declaração.¹⁶

Não obstante, o entendimento expressado no sítio eletrônico do Ministério da Justiça parte de premissas falsas, passa por uma interpretação equivocada do dispositivo em referência e chega a uma recomendação (note-se que em momento algum se fala em *exigência*) – absolutamente despropositada e ilegal.

4. Estatuto federal e estadual dos servidores públicos

A interpretação do parágrafo único do artigo 4º da Lei federal n. 9.790/99, com redação dada pela Lei federal n. 10.539/02, deve ter como referência o conjunto normativo de ambos os diplomas legais e, em especial, a disciplina legal dos servidores públicos, tanto na esfera federal, quanto na esfera estadual. **Afinal, como acima demonstrado, a**

¹⁵ G. n.

¹⁶ Disponível em: <http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ0FA9C8DBITEMIDB54EE78E2719487296BCF45864F4789DPTBRIE.htm>. Acesso em 10.03.09. G. n. O modelo da referida *declaração individual* também é fornecido pelo Ministério da Justiça em seu endereço eletrônico.

alteração da Lei das OSCIP ocorreu por meio de uma Medida Provisória, convertida em lei, que trata do regime jurídico dos servidores públicos federais.¹⁷

Nessa perspectiva, a compreensão do dispositivo sob análise demanda em um primeiro momento verificar a disciplina legal que regulamenta as atividades dos servidores públicos federais. Tal regulamentação encontra-se consolidada na Lei federal n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que após sucessivas alterações, contempla o seguinte texto:

Art. 117. Ao servidor é proibido:

(...)

X - participar de **gerência ou administração de sociedade privada**, personificada ou não personificada, exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário;

(...)

Parágrafo único. A vedação de que trata o inciso X do caput deste artigo não se aplica nos seguintes casos:

I - participação nos conselhos de administração e fiscal de empresas ou entidades em que a União detenha, direta ou indiretamente, participação no capital social ou em sociedade cooperativa constituída para prestar serviços a seus membros; e

II - gozo de licença para o trato de interesses particulares, na forma do art. 91 desta Lei, observada a legislação sobre conflito de interesses.¹⁸

O dispositivo federal é claro. Trata-se de proibição de participação em **sociedades privadas**, dotadas de finalidade lucrativa, portanto.

Tal entendimento não deixa sobreviverem dúvidas, pois, como assinalado, a redação do dispositivo em referência foi dada por lei editada após a entrada em vigor do novo Código Civil – Lei federal n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Tal diploma civil distingue de maneira

¹⁷ A súmula da Lei n. 10.539/02, é idêntica à da precedente Medida Provisória: “*Dispõe sobre a estruturação de órgãos, cria cargos em comissão no âmbito do Poder Executivo Federal, e dá outras providências*”.

¹⁸ Inciso X com redação dada pela Lei nº 11.784, de 2008. Parágrafo único e seus incisos incluídos pela mesma Lei nº 11.784/2008 – g. n.

clara *entidades sem fins lucrativos* de *entidades com fins lucrativos*. Dentre essas últimas é que se encontram as sociedades privadas, em relação às quais é vedada a participação de servidores públicos em cargos de diretoria.

Durante a vigência do Código Civil de 1916 havia certa divergência, decorrente da ausência de tratamento jurídico positivo expresso, entre a natureza jurídica das sociedades civis, as quais, entendia-se, podiam ter finalidade lucrativa ou não-lucrativa.¹⁹ Não obstante, desde a entrada em vigor do novo Código Civil – é expressa a distinção entre sociedade e outras formas jurídicas. Nesse sentido dispõe o artigo 44 da lei em referência:

Art. 44. São pessoas jurídicas de Direito privado:

I - as associações;

II - as sociedades;

III - as fundações;

IV - as organizações religiosas;

V - os partidos políticos.²⁰

O mesmo diploma civil trata das sociedades em seu artigo 981, que assim expressa:

Art. 981. Celebram contrato de **sociedade** as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o **exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.**²¹

De outra banda, ao tratar das associações, o Código Civil de 2002 assim prescreve:

¹⁹ Assim dispunha o antigo Código Civil – Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916: Art. 16. São pessoas jurídicas de direito privado: I - as sociedades civis, religiosas, pias, morais, científicas ou literárias, as associações de utilidade pública e as fundações; II - as sociedades mercantis; III - os partidos políticos. (inciso III incluído pela Lei nº 9.096, de 19.9.1995).

²⁰ G. n.

²¹ G. n.

Art. 53. Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos.

Como cediço, as sociedades voltadas à partilha de resultados entre seus sócios não fazem parte do terceiro setor e,²² por vedação expressa da Lei das OSCIP, não podem obter referida qualificação.²³

Da interpretação sistemática dos diplomas em referência, pode-se concluir que a qualificação de OSCIP pode apenas ser outorgada a pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos, com natureza jurídica de associações ou de fundações.²⁴ Portanto, a Lei 8.112/90, que “*dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais*”, não traz qualquer vedação à participação de servidores públicos federais em cargos de direção de entidades privadas sem fins lucrativos, qualificadas ou não como OSCIP.

5. Alcance e interpretação do parágrafo único do artigo 4º, da Lei das OSCIP

Nesse ponto, resta indagar qual o alcance do dispositivo contido no parágrafo único do artigo 4º da Lei das OSCIP, cuja redação foi dada inicialmente pela Medida Provisória n. 37/02; posteriormente, pela Lei n. 10.539/02.

Ao contrário do entendimento que subjaz na recomendação do Ministério da Justiça - segundo a qual se sugere que os Diretores da entidade a ser qualificada como OSCIP apresentem declaração de que não ocupam cargo, emprego ou função pública – é plenamente possível a

²² Sobre o tema, conferir: MÂNICA, Fernando Borges. Panorama histórico-legislativo do Terceiro Setor no Brasil: do conceito de Terceiro Setor à Lei das OSCIP. In: OLIVEIRA, Gustavo J. de. (coord.) *Terceiro Setor, Empresas e Estado: novas fronteiras entre o público e o privado*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 163-194.

²³ Note-se que o artigo 2º da Lei n. 9.790/99 veda a concessão da qualificação OSCIP a *sociedades comerciais*. O adjetivo *comerciais* utilizado justificava-se à época da elaboração da referida lei porque não havia ainda entrado em vigor o novo Código Civil. Atualmente, a simples menção à *sociedade* revela seu caráter lucrativo e a conseqüente vedação à certificação de OSCIP.

²⁴ Já que os partidos políticos e as organizações religiosas constam excluídas da qualificação por força dos incisos III e IV da Lei das OSCIP, acima colacionada.

acumulação de um cargo público com um cargo de Diretoria em uma OSCIP.

E mais. É permitido pelo ordenamento jurídico pátrio, no caso, pela Lei n. 9.790/99, em sua redação atual, não apenas a detenção de ambos os cargos, mas a remuneração pelo exercício das funções inerentes a cada um deles.

Na linha do que se vem investigando, pode-se perceber que a Lei 9.790/99 trouxe um novo modelo de qualificação, baseado em critérios objetivos e abrangentes, de modo a favorecer e incentivar o desenvolvimento de atividades de interesse público, em suas variadas vertentes, por meio de entidades da sociedade civil.

A redação original da Lei das OSCIP trouxe importante inovação, ao permitir expressamente a remuneração de dirigentes das entidades qualificadas como tal, com o objetivo de possibilitar cada vez mais a profissionalização e eficiência da gestão das entidades do terceiro setor.

Tal possibilidade, constante do já colacionado inciso VI, do artigo 4º da lei em referência, teve suas conseqüências reforçadas com a edição da Lei n. 10.637, de 30 de dezembro de 2002 – decorrente da conversão da Medida Provisória n. 66, de 29 de agosto de 2002 – que possibilitou a manutenção da imunidade e da isenção tributárias às OSCIPs que remunerassem seus dirigentes.

Nessa perspectiva, tem-se evidenciado o alcance do parágrafo único do artigo 4º da Lei n. 9.790/99, em sua redação inicial e atual, ambas de 2002.

No primeiro caso, na redação dada pela Medida Provisória n. 37/02, permitia-se a participação de servidores públicos tanto em cargos de diretoria quanto em cargos consultivos das OSCIPs, mas com vedação à remuneração pelas atividades prestadas em ambas as situações.²⁵

²⁵ Art. 4º. (...) Parágrafo único. É **permitida** a participação de **servidores públicos** na **composição de diretoria ou conselho** de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, **vedada a percepção de remuneração ou subsídio a qualquer título** (g. n.).

Note-se que o dispositivo contém um permissivo e uma vedação: enquanto **permite** que servidores públicos participem de órgãos diretores ou consultivos, **veda** a remuneração pelo desempenho de tais atividades.

Já na atual redação do **parágrafo único do artigo 4º da Lei n. 9.790/99**, dada pela Lei n. 10.539/02, foi suprimido o permissivo expresso à participação de servidores públicos em cargos de diretoria, mas foi mantida a permissão e conseqüente vedação à remuneração da participação de servidores públicos em órgãos consultivos.²⁶

Isso porque **cargos de direção de OSCIP podem ser remunerados**, mesmo quando ocupados por **servidores públicos** – por força do já mencionado inciso VI do próprio artigo 4º da Lei n. 9.790/99. Por outro lado, **a vedação à remuneração aplica-se apenas e tão-somente aos ocupantes de cargos consultivos**. Daí a redação do parágrafo único do artigo 4º da Lei das OSCIP – que, ressalte-se, sequer constava da redação original da Lei n. 9.790/99.

Não se verifica, pois, qualquer vedação à participação de servidores públicos – sejam estatutários, celetistas ou detentores de cargo em comissão - em cargo de direção de OSCIP. Não há, sequer, impedimento a que o servidor aufera remuneração pelo desempenho de suas atividades em ambos os cargos.

Outrossim, deve ser ressaltado que o regime jurídico das OSCIPs – o qual busca tratar o terceiro setor enquanto setor de atividades situado entre a esfera de atuação do Estado e do mercado – enfrenta a difícil missão de equacionar a regulamentação das entidades qualificadas como tais, se mais ou menos próxima de um dos dois pólos (Estado e mercado). No caso em tela, por força de disposição constitucional expressa no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal,²⁷ reproduzida de

²⁶ Art. 4. (...) Parágrafo único. É **permitida** a participação de **servidores públicos** na composição de **conselho** de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, **vedada a percepção de remuneração ou subsídio, a qualquer título** (g. n.).

²⁷ Art. 4º. Atendido o disposto no art. 3º, exige-se ainda, para qualificarem-se como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, que as pessoas jurídicas interessadas sejam regidas por estatutos cujas normas expressamente disponham sobre: I - a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e da eficiência (inciso com redação dada pela Emenda Constitucional n. 19/98).

modo ainda mais amplo, no já mencionado inciso I do artigo 4º da Lei 9.790/99.²⁸

Nos casos em que a entidade qualificada como OSCIP firme qualquer modelo de ajuste com a esfera estatal em relação à qual haja transferência de recursos públicos, a análise da questão deve ser realizada com o devido cuidado, contrapondo-se a situação fática e os princípios envolvidos na questão. Afinal, a interpretação da norma jurídica é fenômeno que ocorre por meio da interconexão entre o plano da linguagem e o plano dos fatos. Nessa perspectiva, regras como a delimitação do teto remuneratório²⁹ e dos valores passíveis de pagamento para dirigentes de entidades qualificadas como OSCIP devem, necessariamente, ser observados.

Moralidade, transparência e controle social são características que marcam a disciplina das OSCIPs e que em todo o momento devem ser confrontadas com os fatos – o que não implica, como dito acima, a existência de óbice geral à ocupação de cargo de diretoria por servidor público.

De outro bordo, não se duvida de que a lei em referência é competente para criar os requisitos para a qualificação de OSCIP. Ocorre que, como parece sintomático, não consta qualquer vedação a que servidor público ocupe cargo de direção, o que seria contrário não apenas à autonomia da vontade e à liberdade de associação (princípios que mais se aproximam da esfera mercadológica), mas à própria lógica que a Lei 9.790/99 busca imprimir: profissionalismo à atuação das entidades do Terceiro Setor, como acima delineado.

A vedação em termos absolutos de que servidores públicos, detentores de conhecimento, capacidade e disposição de dedicar esforços à realização de atividades de interesse público, ocupem cargos de direção de entidades qualificadas como OSCIP implicaria grave ataque ao

²⁸ Art. 4º. Atendido o disposto no art. 3º, exige-se ainda, para qualificarem-se como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, que as pessoas jurídicas interessadas sejam regidas por estatutos cujas normas expressamente disponham sobre: I - a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e da eficiência.

²⁹ Conforme dispõe o artigo 37, inciso XI da Constituição Federal.

terceiro setor e a todo o esforço em trazer profissionalismo, transparência e eficiência às entidades assim qualificadas.

É importante ressaltar, **uma vez mais**, que a redação da Lei federal que disciplina a atuação dos servidores públicos federais foi dada por dispositivo editado após a entrada em vigor do novo Código Civil, que, repita-se deixou clara a separação entre sociedades civis (com fins lucrativos) e associações e fundações (sem fins lucrativos). Portanto, caso fosse vedada a participação de servidores públicos federais em órgãos diretivos de associações, o diploma federal que trata especialmente do assunto teria trazido tal vedação – como, aliás, fez com as sociedades.

O que resta ser indagado é a transparência na gestão da entidade e na aplicação dos recursos auferidos – especialmente aqueles de origem pública.

Mais do que isso, não há vedação, nos termos do inciso VI combinado com o parágrafo único, ambos do artigo 4º da Lei das OSCIP, que impeça o pagamento pela OSCIP, respeitados os padrões e limites legais,³⁰ pelo desenvolvimento das atividades inerentes aos cargos de Diretoria, mesmo que cumulado com a remuneração auferida pelo exercício da atividade pública.

A Lei das OSCIP surgiu com objetivo definido de possibilitar a atuação profissional das entidades do Terceiro Setor voltadas às mais diversas áreas de interesse público. Sua compreensão deve levar em conta o processo histórico e legislativo que marca o desenvolvimento do Estado e do Terceiro Setor no Brasil, de modo que se fortaleçam laços pautados na transparência, na prestação de contas aos órgãos fiscalizadores e à sociedade, e na eficiência dos serviços prestados.

³⁰ Em síntese: (i) haver previsão expressa no Estatuto Social quanto à possibilidade de remuneração dos dirigentes; (ii) somente remunerar dirigentes que atuem na gestão executiva da OSCIP, ou que comprovadamente lhe prestem serviços específicos; e (iii) ter como base os valores praticados no mercado, especificamente na sua região de atuação; (iv) respeitar o teto remuneratório da esfera federativa em questão; e (v) observar os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e eficiência.