



A PARTICIPAÇÃO DE SERVIDORES PÚBLICOS EM OSCIPS

Renato Dolabella Melo¹

1. Introdução

O debate sobre o Terceiro Setor vem ultimamente ganhando espaço na mídia e no meio jurídico. A atuação da sociedade civil junto ao Governo para a concepção e implementação de políticas públicas em áreas como educação, saúde, cultura, assistência social, entre outras, merece uma discussão apurada, dada sua importância.

Este trabalho pretende, dentro dessa ótica, analisar a participação de servidores públicos em Conselhos e Diretorias de entidades qualificadas como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP. Não está em questão a mera possibilidade dos servidores figurarem como associados, uma vez que isso é um direito individual garantido pela Constituição da República de 1988² e não apresenta grande polêmica.

Para tanto, serão objeto de estudo especialmente as disposições legais sobre a qualificação em âmbito federal e em Minas Gerais, onde o estímulo à atuação do Terceiro Setor atualmente integra um conjunto de medidas destinadas a promover um choque de gestão na Administração Pública.

Por fim, cabe frisar que este estudo não se propõe a analisar criticamente as disposições da lei de OSCIP mineira que se assemelham às características próprias das Organizações Sociais - OS. A Lei 14.870/03 do Estado de Minas Gerais, em seu artigo

¹ Advogado. Mestrando em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais. Pós-graduando em Direito de Empresa pelo CAD/Universidade Gama Filho – RJ. Membro da Comissão de Terceiro Setor da OAB/MG.

² Artigo 5º, XVII da Constituição da República.





21, promove, inclusive uma equiparação das duas entidades para alguns fins³. Esse enfoque será promovido em momento oportuno, através de um trabalho específico sobre o tema.

2. Análise no âmbito da OSCIP estadual em Minas Gerais

A Lei estadual 14.870/03 instituiu, em Minas Gerais, a possibilidade de pessoas jurídicas de Direito privado se qualificarem como OSCIP. Para tanto, devem atender às exigências estipuladas na norma citada.

Inicialmente, a Lei estadual já prevê, em seu artigo 5º, §1º, a possibilidade de participação de servidor no Conselho da entidade, sendo vedada a remuneração por tal atuação:

Art. 5º - Respeitado o disposto nos arts. 3º e 4º desta Lei, exige-se, para a qualificação como OSCIP, que a pessoa jurídica interessada seja regida por estatuto cujas normas prevejam:

[...]

§1º - É permitida a participação de servidor público ou ocupante de função pública na composição de Conselho de OSCIP, vedada a percepção de remuneração ou subsídio, a qualquer título.

Mas as possibilidades de participação não se esgotam nesse artigo. A Lei estadual 14.870/03 prevê expressamente a hipótese de cessão especial de servidor civil em seu artigo 20, assim transcrito:

Art. 20 - É facultada ao Poder Executivo a cessão especial de servidor civil para OSCIP, com ou sem ônus para o órgão de origem, condicionada à anuência do servidor.

§ 1º - Não será incorporada aos vencimentos ou à remuneração de origem do servidor cedido qualquer vantagem pecuniária que vier a ser paga pela OSCIP.

³ Art. 21 - Fica qualificada como organização social para os efeitos do inciso XXIV do art. 24 da Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e do art. 15 da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, a entidade qualificada como OSCIP.





§ 2º - Não será permitido o pagamento de vantagem pecuniária permanente por OSCIP a servidor cedido com recursos provenientes do termo de parceria, ressalvada a hipótese de adicional relativo ao exercício de função temporária de direção e assessoramento.

§ 3º - O servidor cedido perceberá as vantagens do cargo a que fizer jus no órgão de origem.

§ 4º - Caso o servidor cedido com ônus para o órgão de origem deixe de prestar serviço à OSCIP, poderá ser adicionada aos créditos orçamentários destinados ao custeio do termo de parceria a parcela de recursos correspondente à remuneração do servidor, desde que haja justificativa expressa da necessidade pela OSCIP.

§ 5º - A cessão de servidor de que trata este artigo não poderá gerar a necessidade de substituição do servidor cedido nem de nomeação ou contratação de novos servidores para o exercício de função idêntica ou assemelhada na unidade administrativa cedente.

§ 6º - É vedado a agentes públicos o exercício, a qualquer título, de cargo de direção de OSCIP, excetuados os servidores que lhe forem cedidos. (g.n.)

As condições referem-se a servidor estadual, que deverá anuir sua cessão. Cabe destacar a expressa possibilidade de exercício de cargo de assessoria ou direção, conforme §§2º e 6º em epígrafe, inclusive com pagamento de adicional pela OSCIP. Pela leitura da norma, fica claro que a participação do servidor em cargo de direção da OSCIP mineira somente poderá ser operada pela cessão especial a que o artigo se refere.

O Decreto 43.749/03 regulamentou a Lei de OSCIP de Minas Gerais, dispondo em seu artigo 27 as condições para a cessão especial. Importante transcrever os pontos pertinentes à presente análise:

Art. 27 - O Poder Executivo poderá ceder, com ou sem ônus para o órgão de origem, servidor civil para ter exercício em OSCIP, desde que esse anua com a cessão.

§ 1º A cessão de que trata o caput dar-se-á mediante cláusula expressa constante do termo de parceria, inclusive anexo que identifique e relacione os servidores a serem cedidos, ou, durante a vigência do termo, por ato do dirigente máximo do órgão estatal parceiro, que deverá informar à SEPLAG sobre a cessão e proceder à publicação do ato.

[...]

§ 5º Não será permitido à OSCIP o pagamento, a servidor cedido, de vantagem pecuniária permanente com recursos provenientes do termo de parceria, ressalvada a hipótese de adicional relativo a exercício de função temporária de direção ou assessoramento.

[...]

§ 9º É vedado a agentes públicos o exercício, a qualquer título, de cargo de direção de OSCIP, excetuados os servidores que lhe forem cedidos.

[...]

§ 12 Excluem-se da cessão de que trata o caput os servidores:





- I - que estejam em período de estágio probatório;
- II - que ocupem cargo de provimento em comissão ou função gratificada; e
- III - que estejam respondendo processo administrativo ou disciplinar.

O Decreto indica que a cessão deverá ser expressamente indicada no Termo de Parceria ou em ato do dirigente máximo do órgão estatal parceiro. O servidor também deve atender às condições estipuladas no §12. Quanto à remuneração e participação em cargo de direção fora da hipótese de cessão, o Decreto limita-se a repetir, em seus §§5º e 9º do artigo 27, as mesmas disposições já estipuladas no artigo 20, §§2º e 6º da Lei 14.870/03.

Perfeitamente possível, portanto, a participação de servidor na Diretoria de OSCIP qualificada no âmbito do Estado de Minas Gerais, desde que mediante cessão especial prevista no artigo 20 da Lei 14.870/03 e atendidas as condições estipuladas nessa norma e no Decreto 43.749/03.

Deve-se ressaltar que a demonstrada possibilidade não exclui uma análise crítica sobre esse ponto. A participação, na diretoria da OSCIP, de servidor pertencente à mesma esfera estatal com a qual a entidade celebrou um Termo de Parceria, enseja certa preocupação. Os órgãos responsáveis pela fiscalização do Termo e do manejo de recursos públicos devem ficar atentos para coibir qualquer atitude no sentido de favorecimento decorrente da influência que aquele servidor possa ter sobre o órgão estatal parceiro.

A cessão especial de servidor como medida de fomento à atividade da OSCIP em Minas Gerais pode ser considerada uma característica, a princípio, mais próxima das OS⁴. Como já explanado, não é objeto deste estudo tratar dessas semelhanças de forma aprofundada, o que será feito oportunamente em trabalho específico.

3. Análise no âmbito da OSCIP federal

⁴ Artigo 14 da Lei federal 9.637/98.





A qualificação de OSCIP federal é regulada pela lei 9.790/99. De maneira idêntica à lei de OSCIP mineira, a norma federal permitiu a participação de servidor público no Conselho da entidade, vedada a remuneração, conforme seu artigo 4º, parágrafo único:

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:

[...]

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.

Contudo, ao contrário da norma mineira, inexistente a previsão de cessão de servidor ou vedação expressa à sua atuação no cargo de diretor de OSCIP federal na Lei 9.790/99. Apesar disso, o Ministério da Justiça tem negado a qualificação de OSCIP a entidades que possuem servidores públicos em cargo de direção. Justificam tal fato com duas argumentações, baseadas no Estatuto do Servidor Federal e no próprio parágrafo único do artigo 4º da Lei 9.790/99. Vamos analisar essas posições a seguir.

3.1. Os impedimentos na Lei 8.112/90 (Estatuto do Servidor Federal)

Em relação aos servidores públicos da esfera federal, a Lei 8.112/90 (Estatuto do Servidor Federal), em seu artigo 117, X, proíbe a participação dos mesmos na administração de qualquer sociedade privada:

Art. 117 - Ao servidor é proibido:

(...)

X - participar de gerência ou administração de sociedade privada, personificada ou não personificada, salvo a 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 exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário; (g.n. - Redação dada pela Lei nº 11.094, de 2005)

Aqui surgem indagações quanto ao alcance dessa norma em relação não só às OSCIPs qualificadas no âmbito federal, mas às associações e fundações - pessoas jurídicas sem fins lucrativos - de um modo geral.

O Código Civil de 1916 contemplava a existência de sociedades civis sem fins lucrativos. Tal fato levou vários intérpretes da norma impeditiva da Lei 8.112/90, que indicava anteriormente “sociedade civil” e não “privada”, a considerar que a proibição se estenderia a todas as sociedades, tivessem elas fins econômicos ou não.

Contudo, com o advento da Lei 10.406/02, que instituiu o novo Código Civil, tal discussão foi superada, uma vez que a figura da sociedade civil sem fins lucrativos não mais existe na atual norma:

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.
- (...)

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. (g.n.)

Cabe destacar o disposto no artigo 981, que deixa claro que a sociedade será constituída para exercício de atividade econômica com a distribuição dos lucros entre os sócios. Dessa forma, inexistente, na lei atual, sociedade sem a finalidade de partilha dos resultados econômicos.

De modo diverso, apresentou o Código as associações e fundações como espécies de pessoa jurídica sem finalidade econômica, entendendo-se tal expressão como aquelas entidades que não realizam distribuição de lucros entre seus participantes. Não se trata de proibição ao lucro, pois toda pessoa jurídica deve de alguma forma auferir receita para arcar com seu funcionamento, mas sim a vedação do





uso esses resultados favoráveis em situação distinta do objeto da entidade. Devem, portanto, aplicar tais recursos em sua própria atividade - custeando folha de pagamento, aluguel e compra de materiais, por exemplo - e não repassá-los aos seus integrantes ou gestores como se fossem uma sociedade.

Deve-se destacar que o pagamento de mera remuneração fixa aos administradores, que não oscile com os resultados da associação ou fundação, não configura distribuição de lucro. Nesse caso, o valor é recebido pelos serviços prestados à entidade, o que difere do recebimento de lucro, fato esse motivado pela simples condição de sócio.

As associações e fundações são figuras distintas da sociedade, caracterizadas, respectivamente, pelos artigos 53 e 62 do Código Civil. Não se enquadrariam, portanto, na hipótese do artigo 117, X da Lei 8.112/90. As argumentações em sentido contrário perderam força com o advento da Lei 11.094/05, que deu a redação atual da norma. Ora, essa lei é posterior ao Código Civil de 2002, já trabalhando, portanto, com os novos conceitos da Lei 10.604/02, sobretudo quanto à inexistência de sociedade civil sem fins lucrativos. O termo “sociedade civil” foi, inclusive, alterado para “sociedade privada”.

Incabível, dessa forma, alegar que a situação impeditiva perdura em relação às associações e fundações com base no que dispunha o Código de 1916, já revogado e cujas disposições não são mais levadas em consideração na redação do artigo 117, X do Estatuto do Servidor Federal.

Tendo em vista o exposto, cabe ressaltar que somente associações e fundações, atendidos os demais requisitos da Lei 9.790/99, podem obter a qualificação de OSCIP em âmbito federal:

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. (g.n.)

Conforme explanado, a expressão destacada “sem fins lucrativos” deve ser entendida como proibição à distribuição de lucros e não à mera obtenção de receitas. Em relação às demais pessoas jurídicas de Direito privado, ficam proibidas de obter a qualificação as sociedades, as organizações religiosas e os partidos políticos, inclusive suas fundações. As primeiras por sua finalidade lucrativa, independente do fato de serem empresariais ou simples, além dos impedimentos para atividades específicas como as dos incisos I, VI, VII, VIII e XIII do artigo 2º da lei de OSCIP federal. As demais por expressa vedação contida nos incisos III e IV do mesmo artigo.

Diante dessas exigências, conclui-se que somente as associações e fundações poderão obter o título de OSCIP federal, mas não de forma absoluta. Deverão observar os demais requisitos da lei, inclusive quanto ao objeto da entidade, ficando excluídas, por exemplo, associações e fundações instituídas pelo Poder Público, creditícias ou destinadas ao benefício mútuo de um círculo restrito de associados, entre outras situações previstas no artigo 2º.

Estando claro que somente associações e fundações poderão obter a qualificação, incabível utilizar o artigo 117, X como argumento para a recusa do título, pois esse impedimento se refere a pessoas jurídicas que não são abarcadas pela lei de OSCIP. Hoje, o Estatuto do Servidor Federal não faz nenhuma oposição nesse sentido, uma vez que as associações e fundações não estão inseridas na esfera de sociedades privadas.

A alegação de que a ocupação do cargo de diretor de OSCIP afetaria a eficiência do serviço a ser prestado pelo servidor no âmbito público igualmente não se sustenta, pois tal fato não diz respeito à associação/fundação, que não perde sua característica de ente de Direito privado pela qualificação. Ademais, caso o servidor não realize sua função a contento, por qualquer motivo, possui a Administração ferramentas para solucionar a questão, previstas no Estatuto do Servidor, totalmente independentes das normas referentes à OSCIP ou às entidades privadas sem fins lucrativos.

A Lei 8.112/90, por exemplo, prevê os deveres e responsabilidades do servidor, com





a possibilidade de instauração de processo administrativo e aplicação de sanções cabíveis, inclusive demissão. Deve-se analisar a questão do ponto de vista do caso fático, uma vez que, conforme exposto, o Estatuto do Servidor Federal não analisa a questão de forma abstrata, uma vez que não faz expressamente a proibição. O inciso XVIII do mesmo artigo 117 estipula ao servidor a vedação quanto à atuação em atividades incompatíveis com o exercício do cargo ou função e com o horário de trabalho.

Ora, tal dispositivo deve ser analisado de forma casuística. O simples fato de pertencer à Diretoria de uma associação não implica imediatamente na hipótese do inciso XVIII. É perfeitamente lícita a participação, por exemplo, de juízes como diretores de Associações de Magistrados. Também podemos ter como exemplo aquele servidor que compõe a Diretoria de uma Associação de Moradores de Bairro ou de um clube social. Não ocorrendo prejuízo ao exercício do cargo ou função pública, bem como ao seu horário de trabalho, incabível admitir a proibição.

Caso o servidor venha de fato a falhar com suas funções, deve ser apurada sua responsabilidade e impostas as penas adequadas. Porém tal fato não transcende a figura de sua pessoa, não podendo a associação ou fundação ser penalizada com a negativa de sua qualificação de OSCIP.

Por fim, deve-se ressaltar que a Lei 8.112/90 se limita a regular a situação dos servidores da esfera federal, não afetando, portanto, aqueles que atuam nos âmbitos estadual ou municipal. Não é outra a conclusão ao analisar o artigo 1º dessa lei:

Art. 1º - Esta Lei institui o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das autarquias, inclusive as em regime especial, e das fundações públicas federais.

Coaduna com tal entendimento o professor Hely Lopes Meirelles:

A competência para organizar o serviço público é da entidade estatal a que pertence o respectivo serviço. Sobre essa matéria as competências são estanques e incomunicáveis. As normas estatutárias federais não se aplicam aos servidores estaduais ou municipais, nem as do Estado-membro se





estendem aos servidores dos Municípios⁵.

Conclui-se, portanto, que os Estados e Municípios são competentes para instituir normas próprias quanto a seus servidores, respeitada sempre a Constituição da República. Tal fato terá grande importância quando da análise de situações em que o título de OSCIP é pleiteado na esfera federal e o servidor, questionado por ocupar cargo de direção, é vinculado a um Estado-membro ou Município. Veremos essa questão em detalhes mais adiante.

Superado esse ponto, passaremos à análise do parágrafo único do artigo 4º da Lei 9.790/99.

3.2. O suposto impedimento do artigo 4º, parágrafo único da Lei 9.790/99

A interpretação do parágrafo único do artigo 4º da Lei de OSCIP federal em relação à proibição do servidor como diretor é hoje ponto de discórdia.

Originalmente, a redação da norma, incluída pela Medida Provisória 37/2002, previa expressamente a possibilidade de participação, pelo servidor, na Diretoria de OSCIP, vedada sua remuneração a qualquer título. Quando essa MP foi convertida em lei – o que resultou na Lei 10.539/02 – a redação final veio a suprir a expressão “Diretoria”, sem promover qualquer alteração quanto ao restante do texto legal.

Atualmente, o Ministério da Justiça promove uma interpretação no sentido de que o servidor poderia ocupar apenas o cargo de conselheiro, sendo vedada sua atuação como diretor pelo fato da lei não mais indicar essa possibilidade expressamente. Também é levado em conta o relatório final do projeto de conversão na

⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 32ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 425





Câmara dos Deputados para embasar essa argumentação⁶.

Por fim, poder-se-ia considerar, baseando-se em princípios de Hermenêutica Jurídica, que a interpretação do parágrafo único em sentido contrário ao entendimento do Ministério da Justiça resultaria na conclusão de que o texto legal seria, então, inútil. É essa a opinião de Damião Alves de Azevedo, coordenador de Títulos e Qualificação do Ministério da Justiça, sobre a questão:

A interpretação feita pelo autor, na realidade, redundaria numa negativa de vigência do parágrafo único do art. 4.º da Lei 9.790/99, pois, se a participação de servidores na direção de Oscips fosse permitida, seríamos forçados a concluir que se trata de um dispositivo inútil, pois não seria imperativo e nem explicativo, o que vai contra regras elementares de hermenêutica jurídica⁷.

Pedimos vênias para discordar desses entendimentos, em que pese a capacidade do Ministério da Justiça e de seus integrantes quanto à matéria.

Inicialmente, entendemos que deve ser dada outra interpretação ao parágrafo único do artigo 4º, distinta daquela adotada pelo Ministério. Em toda a lei de OSCIP federal, não há, inequivocamente, proibição expressa à participação do servidor na Diretoria da entidade. A tese do MJ reside na leitura dada à norma.

Cabe destacar que a vontade do legislador não se confunde com a vontade da lei. Caso contrário, as normas deveriam ser eternamente interpretadas de acordo com o contexto no qual foram produzidas, o que nem sempre coincide com a situação de sua aplicação atual, principalmente quando há um intervalo de tempo entre esses dois momentos.

Os exemplos são numerosos: vários dispositivos do Código Penal, alguns já com décadas de existência, não são mais aplicados da mesma forma que eram quando de sua promulgação. Da mesma forma, o Código Civil de 1916 também foi interpretado de maneiras diversas ao longo dos mais de 80 anos compreendidos entre o

⁶ O relatório detalhado do Ministério da Justiça com tais argumentações encontra-se disponível em www.mj.gov.br/snj/oscip/publicacoes/consulta%20aos%20interessados.pdf#search=%22servidor%20%C3%BAblico%20diretor%20OSCIP%22. Acesso em 17/08/2006.

⁷ AZEVEDO, Damião Alves de. *Oscips: controvérsias artificiais sobre as razões de indeferimento dos pedidos de qualificação*. Disponível em http://rits.org.br/legislacao_teste/lg_testes/lg_mat01_atual_agosto2005.cfm. Acesso em 16/08/2006.





início de sua vigência e sua revogação.

Tal fenômeno ocorre porque as regras de Direito atingem uma sociedade que está sempre em mutação, inclusive quanto a seus valores. Engessar a interpretação de uma norma àquela que supostamente seu criador desejava seria negar essa possibilidade necessária de adaptação e, por conseguinte, relegá-la muitas vezes ao vazio da inutilidade ou do descompasso com o cenário que a cerca.

Dessa feita, a mera argumentação calcada na opinião do legislador em relação à norma ora analisada carece de sustentabilidade. Mesmo dentre os parlamentares que votaram a conversão da MP em lei, é possível que eles não compartilhem da uma interpretação unânime quanto ao texto legal, como poder-se-ia entender da análise que defende a supremacia da vontade do legislador nesse sentido. Vários outros intérpretes, como juízes, advogados e os próprios membros do MJ – que não compõem os quadros do Legislativo – podem avaliar a lei de forma distinta, o que é perfeitamente lícito.

É justamente essa a questão. Entendemos que, caso fosse a vontade da lei a proibição absoluta em relação aos servidores, o teria feito de forma expressa. Sobretudo porque as exigências da lei de OSCIP quanto à qualificação são dirigidas a entidades essencialmente de Direito privado, que não perdem essa característica por atuarem em setores de interesse público. A essas é permitido fazer tudo que a lei não proíbe, e não o inverso. Não havendo proibição expressa quanto à matéria, portanto, é porque lhes é dado fazer.

Quanto à alegação de que a interpretação no sentido da permissão seria contrária a princípios básicos de hermenêutica, igualmente somos levados a discordar.

O parágrafo único do artigo 4º impõe, sim, um dispositivo imperativo, qual seja: a proibição à remuneração dos servidores que ocuparem cargo de conselheiro. Caso a norma não colocasse tal imposição, seria perfeitamente possível um servidor ocupar um cargo no Conselho e ser remunerado por isso. Importante ressaltar, uma vez mais, que essa remuneração não se confunde com distribuição de lucros, inaplicável a uma associação/fundação e vedada inclusive pelo §1º do artigo 1º da Lei 9.790/99 para fins de qualificação.





Não se pode argumentar, portanto, que a interpretação que ora defendemos retiraria todo o conteúdo imperativo e/ou explicativo da norma.

Louvável a preocupação do Ministério da Justiça quanto a um possível conflito de interesses no caso do servidor realizar um Termo de Parceria envolvendo o setor do Poder Público ao qual está vinculado e a OSCIP na qual figura como diretor. Seria uma situação onde a pessoa poderia influenciar os dois pólos participantes, com a conseqüente possibilidade de desvio do interesse público em prol de uma vantagem particular. Concordamos que esse é um ponto que merece atenção, motivo pelo qual é digno de nota o questionamento do MJ nesse ponto. Afinal, os princípios da moralidade e da impessoalidade, assim como os demais concernentes à Administração Pública, devem ser observados na execução dos Termos de Parceria.

Contudo, o raciocínio do Ministério se resume à situação na esfera federal, no que diz respeito ao servidor e à qualificação prevista na Lei 9.790/99, quando for firmado Termo de Parceria. Não compreende a atuação da OSCIP independente da celebração do Termo, tampouco as hipóteses de participação de pessoas ligadas a um Estado-membro ou Município e diretoras de OSCIP federal, pontos esses que passaremos a analisar.

4. Servidor oriundo de esfera Administrativa distinta da federal frente à qualificação de OSCIP pela Lei 9.790/99

Em Minas Gerais, a Lei estadual 14.870/03 permitiu a cessão especial de servidor civil a OSCIP qualificada no âmbito daquela norma e dentro de Termo de Parceria, inclusive para exercício de cargo de direção, conforme exposto no item 2 deste estudo. Deve-se ressaltar que o Estado-membro é competente para emanar suas normas em relação ao funcionalismo público, independente das leis específicas dos outros entes federativos acerca da matéria.

Dessa forma, qualquer eventual impedimento a servidores federais para a





qualificação de OSCIP igualmente federal não pode atingir uma entidade que possui em sua direção servidor de outra esfera administrativa, sobretudo quando existe norma no Estado-membro ou município que expressamente permita tal fato. Isso ocorre não porque a lei estadual ou municipal teria o condão de alterar dispositivo legal federal, pelo contrário. Tal entendimento surge porque, como já dito, inexistente na própria Lei 9.790/99 vedação expressa a tal fato.

Estando o servidor fora da esfera federal, a preocupação do MJ quanto ao possível conflito de interesses levantado no item 3.2 deixa de existir, pelo simples fato de que aquela pessoa ocupante do cargo de diretor não comporia os quadros do setor do Poder Público da União com o qual seria celebrado o Termo de Parceria. Esse diretor teria tanto “poder de influência” nesse âmbito quanto um particular qualquer.

No caso específico de Minas Gerais, as próprias normas referentes à OSCIP estadual fazem previsão de como a cessão especial do servidor que ocupe o cargo de direção deve ocorrer, bem como os requisitos referentes ao acompanhamento dos trabalhos, despesas envolvidas e avaliação de desempenho. A própria esfera Administrativa prevê sob quais condições entende adequada a atuação daquele diretor cedido, bem como se cerca de cuidados para evitar um eventual conflito de interesses.

Estando regular aquele servidor perante o ente federativo ao qual encontra-se vinculado, não há porque o MJ criar limitações que não existem na lei em relação à qualificação de OSCIP federal. Mesmo no caso de servidor federal, deve-se ressaltar que a atuação da OSCIP não se resume à celebração de Termos de Parceria. Pode e deve atuar em áreas de interesse público independente da existência dos Termos.

5. Atuação da OSCIP independente da celebração de Termo de Parceria

Exemplo das prerrogativas que transcendem a celebração dos Termos de Parceria está a possibilidade de recebimento, pelas OSCIPs federais, de doações mediante incentivo fiscal aos doadores.





A Lei 9.249/95, em seu artigo 13, §2º, inciso III, concede às pessoas jurídicas que declaram seus rendimentos com base no lucro real a possibilidade de dedução das doações realizadas a OSCIPs qualificadas no âmbito federal⁸. Deve-se observar o limite de 2% do lucro operacional do doador.

Como se depura dessa norma, a simples titulação de OSCIP no âmbito federal já concede uma prerrogativa importante para a execução de projetos de interesse público, mesmo que não sejam oriundos de Termo de Parceria. Importante ressaltar, inclusive, que a OSCIP não é obrigada a celebrar tais Termos como condição decorrente de sua qualificação.

A qualificação e a celebração dos Termos são atos completamente distintos, cuja única relação é que o primeiro é pré-requisito para o segundo, mas não o contrário. Daí concluir que a OSCIP pode perfeitamente existir e atuar sem executar um único Termo de Parceria que seja. O incentivo fiscal descrito pode auxiliar seu sustento e fomentar sua atividade, sempre de acordo com seus objetivos estatutários. Interpretação contrária levaria ao entendimento absurdo de que toda OSCIP deveria ter obrigatoriamente um Termo celebrado com o Poder Público, no mínimo, situação essa que não se vislumbra por ausência de imposição legal.

Podendo a OSCIP atuar independentemente da existência dos Termos, a preocupação já demonstrada quanto ao possível conflito de interesses pela existência de servidor em sua Diretoria perde parte de sua força, pois tal ponto poderia manifestar-se no momento da relação direta com o Poder Público, o que não necessariamente ocorre.

Não se pode, portanto, tratar o assunto de forma abstrata e genérica, sobretudo porque a qualificação de OSCIP é ato vinculado, seja na Lei federal⁹, seja no âmbito do estado de Minas Gerais¹⁰.

Importante destacar o conceito do professor Celso Antônio Bandeira de Mello sobre ato vinculado:

⁸ O artigo 59 da Medida Provisória 2.185-35 de 24 de agosto de 2001 estendeu essa possibilidade ao âmbito das OSCIPs.

⁹ Artigo 1º, §2º da Lei 9.790/99

¹⁰ Artigo 1º, parágrafo único da Lei estadual 14.870/03





Atos vinculados seriam aqueles em que, por existir prévia e objetiva tipificação legal do único possível comportamento da Administração em face da situação igualmente prevista em termos de objetividade absoluta, a Administração, ao expedi-los, não interfere com apreciação subjetiva alguma¹¹.

A prática de ato vinculado, portanto, enseja à Administração a obrigatoriedade de seu cumprimento, não cabendo análise subjetiva quanto à matéria. Deve-se apenas verificar as condições impostas pela lei. É justamente esse o caso das OSCIPs.

6. Conclusão

Diante de tudo que foi exposto, não podemos obter outra conclusão senão a possibilidade de participação de servidores públicos nas diretorias das OSCIPs, atendidas as condições específicas impostas pelas normas referentes a cada caso, sejam elas federais, estaduais ou municipais.

A recusa do Ministério da Justiça em qualificar como OSCIP entidade enquadrada nessa situação afigura-se flagrantemente ilegal, sobretudo quando o servidor sequer integra a esfera federal da Administração Pública. Ressalte-se que se trata de prática de ato vinculado, não podendo o MJ criar exigências que inexistem na lei.

Não se pode olvidar, contudo, que a hipótese na qual o servidor integra a mesma esfera estatal que qualificou a entidade merece especial atenção, sobretudo quando há Termo de Parceria celebrado no mesmo âmbito. Qualquer vantagem abusiva, obtida por meio da influência do servidor, é, obviamente, indesejada, tendo em vista os princípios da moralidade e impessoalidade. Cabe aos responsáveis pela fiscalização pertinente, como já colocado, atentar para tal situação, porém dentro de sua esfera de competência, e nunca agindo de forma a extrapolar a lei.

¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 20ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 401





Muito importante a discussão do tema, sobretudo diante do papel hoje exercido pelo Terceiro Setor. Contudo, eventual entendimento inadequado por parte dos órgãos competentes para conceder a qualificação pode gerar transtornos e prejuízos à atividade das entidades que desejam obter a titulação. Setores integrantes do Poder Executivo – como é o caso do Ministério da Justiça e Secretarias de Planejamento – devem sim opinar e promover o debate visando o aperfeiçoamento do sistema. Mas não podem se propor a invadir a esfera de competência do Legislativo, qual seja, alterar a lei mediante a exigência do cumprimento de imposições descabidas e não previstas no texto legal.

Renato Dolabella Melo - Advogado

Todos os direitos reservados.
Texto registrado na Biblioteca Nacional.

