

# CUSTOS DE TRANSAÇÃO NOS TERMOS DE PARCERIAS ENTRE OSCIPS E O PODER PÚBLICO: UMA ANÁLISE DA LEI FEDERAL Nº 9.790/99

## RESUMO

O presente ensaio científico formal visa a evidenciar a iminência de fatores determinantes de custos de transação, com fundamento em referencial teórico sobre a Economia dos Custos de Transação (ECT) originária dos estudos de Coase (1937), Willianson (1979), North (1990) e Farina (1997), cotejados com o teor da Lei Federal Nº 9.790/99 - Lei das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP). Sua finalidade é servir de apoio à avaliação das relações de parceria entre o público e o privado, quanto às faculdades extraordinárias contidas na Lei 9.790/99, em favor de entidades particulares. Destaca-se, por exemplo, a possibilidade de transferência definitiva de patrimônio, custeado com recursos públicos, a entidades privadas (OSCIP), dentre outras consequências descapitalizadoras do setor público. Utiliza-se, para tanto, de investigação qualitativa dedutiva, baseada em amostra não probabilística intencional. As considerações finais da pesquisa são extraídas de dois quadros descritivos: o primeiro, que expõe indicações do texto legal e sua correspondência com fatores determinantes dos custos de transação, prescrevendo medidas preventivas; e o segundo que traduz mecanismos de controle, insertos na Lei Nº 9.790/99, com recomendações de atendimento por parte dos gestores públicos.

**Palavras chave:** Custos de Transação. Lei 9.790/99. OSCIP. Termo de Parceria. Setor Público.

## 1 INTRODUÇÃO

Ao buscar soluções para se acelerar o desenvolvimento econômico e o bem-estar social, estudiosos de diversas áreas do conhecimento, particularmente da Economia Política e do Direito, têm apresentado novas teorias e institutos, como alternativas de êxito nas transações, seja no âmbito das firmas ou mesmo nos mercados. Alertam, contudo, sobre a necessidade de adoção de medidas preventivas contra aquilo que a ciência tem tratado por Custo de Transação.

Mediante o cotejo de uma visão econômica e do regramento jurídico a que se submetem as organizações públicas, o gestor público, por intermédio de legislação, intentou aprimorar os serviços disponíveis à população, ao utilizar-se de moderno sistema de procedimentos gerenciais. Estas regras passaram por diversas reformas, a partir, principalmente, do Plano de Governo iniciado em 1995, desencadeador da edição de Emendas Constitucionais e de novas Leis, em busca do gerenciamento estratégico com foco nos resultados. As entidades sem fins lucrativos não passaram incólumes a este processo, e tiveram seu papel acentuado, especialmente, com o surgimento da Lei Federal Nº 9.790/99, reguladora da qualificação, da gestão e dos controles das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP).

Estudos de Coase (1937), Willianson (1979), North (1990), Farina (1997) e a Lei Federal Nº 9.790/99 são a base fundamental do presente ensaio científico formal, com abordagem qualitativa, que objetiva identificar elementos contidos no texto da Lei 9790/99 que possam desencadear Fatores Determinantes de Custos de Transação, e afetar diretamente a formulação dos Termos de Parcerias, entre OSCIP e Poder Público.

A finalidade do estudo é subsidiar a avaliação *ex-ante* das relações de parceria entre o poder público e as entidades privadas, além alertar não somente os gestores públicos, mas também os cidadãos, quanto às diretivas extraordinárias contidas na Lei 9.790/99, em dissonância com importantes comandos da legislação administrativa e de gestão de negócios, que poderão descapitalizar o patrimônio público pertencente à coletividade, em favor de entidades privadas.

Observados os fundamentos da Economia dos Custos de Transação e os pressupostos que estão a nortear as decisões quanto à instauração de instrumentos formais de compromisso de curto e longo prazos, tanto no âmbito das empresas em relação ao mercado e **nas transações entre o setor**

**público e o privado**, formula-se a seguinte questão de pesquisa: **Os Termos de Parcerias, firmados pelo poder público com as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), disciplinados pela Lei Federal Nº 9.790/99, podem apresentar fatores que contribuam para a existência de custos de transação?** Dito isto, desponta como objetivo principal do estudo a análise do conteúdo da Lei Federal Nº 9.790/99 com intuito de avaliar a existência de pressupostos que possam deflagrar indicações de Fatores Determinantes de Custos de Transação.

De forma complementar, no intuito de responder a questão de pesquisa, ressalta-se a necessidade de atender os objetivos específicos, no sentido de consubstanciar a pesquisa. Os objetivos específicos são: identificar os aspectos teóricos fundamentais da economia dos custos de transação e seus fatores determinantes e o limiar da existência destes custos; indicar situações, decorrentes do comportamento dos agentes e possíveis contingências, que podem conduzir a um processo de descapitalização de patrimônio, caso não sejam inseridas cláusulas preventivas nos Termos de Parcerias; por fim, analisar a Lei Nº 9.790/99 no sentido de identificar aspectos que contribuam para a geração de custos de transação.

## **2 A ECONOMIA DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO (ECT)**

A Economia dos Custos de Transação (ECT) foi originalmente concebida por Ronald Coase, que, em 1937, publicou o artigo “*The Nature of the Firm*” na revista britânica *New Series*. Até então, havia menções somente aos custos do sistema produtivo das firmas. Coase “deu início ao estudo das condições sob as quais os custos de transação deixam de ser desprezíveis e passam a ser um elemento importante nas decisões dos agentes econômicos” (KUPFER e HASENCLEVER, 2002, p. 268), como forma estratégica e de nortear a alocação dos recursos aos negócios do mercado. Para o economista, prêmio Nobel de 1991, por seu estudo sobre custos de transação, “firmas são um complexo de contratos” e, portanto, tanto a estrutura hierárquica quanto o mercado guardam em si a existência de custos de transação, pois caso estes custos não existissem, os rendimentos dos agentes poderiam ser maximizados (KUPFER e HASENCLEVER, 2002).

Ao retomar as idéias de Coase, Williamson (1983), passou a defender que existiam, além de custos tradicionais de produção, outros denominados de custos de transação. Para o autor, os mercados e as hierarquias integradas de firmas são formas alternativas de se organizar a produção num mundo capitalista, diferentemente da visão contábil de custos, segundo a qual, tanto o comprador quanto o vendedor teriam pleno conhecimento das características relevantes do objeto negociado, o que vem a significar um contexto de plena simetria de informação, um conceito naturalmente limitado.

De acordo com Williamson (1985, p. 1) uma transação ocorre quando “um bem ou serviço é transferido através de uma interface tecnologicamente separável”, ou seja, mediante um contrato firma-se uma relação entre partes, a envolver compromissos recíprocos aos seus participantes. Para tanto, os dispêndios de recursos de se planejar, adaptar e monitorar as interações entre os agentes, a garantir o cumprimento dos termos contratuais de maneira satisfatória, são definidos como custos de transação (PONDÉ; FAGUNDES; POSSAS, 1997).

Segundo Zylbersztajn (1995), a ECT tem como objetivo estudar as características dos custos de transação como indutores de modos alternativos de organização da produção por parte das firmas, os quais têm por unidade fundamental de análise, a transação. Custos de transação, segundo Kupfer e Hasenclever (2002, p. 269) são “custos que os agentes enfrentam toda vez que recorrem ao mercado” em contraponto a efetivá-los internamente na estrutura hierárquica da firma. O instrumento formal de análise, quando enfrentadas tratativas relacionadas aos custos de transação, é o contrato da pessoa física ou jurídica com o mercado.

Nas perspectivas microeconômica e contábil tradicionais, os contratos não envolvem custos extras ou os consideram desprezíveis. Ao contrário, a “teoria dos custos de transação suspende a hipótese de simetria de informações”, e elabora um conjunto de suposições que identifica e torna

estes custos extras de extrema relevância, ao considerar como seus pressupostos-chave: a racionalidade limitada dos agentes, a complexidade e a incerteza do ambiente, atitudes oportunistas e a presença de ativos específicos (KUPFER e HASENCLEVER, 2002, p. 269).

Para Williamson (1985, p. 388), existem duas modalidades de custos de transação: os custos *ex-ante*, que são aqueles dimensionados em momento anterior ao negócio, previstos e inclusos nas cláusulas contratuais, e que permitirão o monitoramento entre as partes durante a transação; e os custos *ex-post*, que são custos não previstos no instrumento de negócio, relacionados à necessidade de readequação das condições pactuadas no contrato em momento posterior às assinaturas.

A Teoria dos Custos de Transação (TCT) forma-se, portanto, a partir de uma idéia de negócio que, frequentemente, sujeita as partes envolvidas no ajuste a certo risco cujos elementos acordados na fase inicial possam não ser efetivados no período do contrato (FARINA, 1997). Para a autora, as partes não são pacíficas a condições adversas de negócios, e reagem criando mecanismos e estruturas de governança para reduzir seus riscos originários do instrumento de transação, tal como as consequências negativas deflagradas da troca mercantil.

### **3 FATORES DETERMINANTES DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO**

Consoante estudos de Kupfer e Hasenclever (2002), a ECT tem por fatores determinantes: a racionalidade limitada e o oportunismo, a complexidade, a incerteza e a especificidade de ativos. Farina (1997, p. 93-94) propõe uma identificação mais precisa destes fatores determinantes, ao distinguí-los em: (a) pressupostos comportamentais, particularizados em racionalidade limitada e oportunismo, e (b) dimensão das transações, a albergar a frequência, a incerteza e a especificidade dos ativos.

#### **3.1 Pressupostos Comportamentais**

Para Farina (1997, p. 71), preliminarmente, deve-se entender que os agentes econômicos são racionais, mas de maneira limitada, e quando submetidos à contingências contratuais tornam-se oportunistas. Ao configurar-se certa racionalidade limitada e um comportamento aético oportunista de uma das partes ou de ambas, presume-se a existência de custos de transação nos acordos, normalmente a provocar prejuízo a uma das partes. Esta, de modo informal, tenta restabelecer, na medida de suas oportunidades, o equilíbrio econômico do contrato ou parceria, mediante mecanismos estratégicos.

##### **3.1.1 Racionalidade Limitada**

O comportamento humano, ainda que intencionalmente racional, enfrenta limitações originárias de aspectos neurofisiológicos e de comunicação. Caso a racionalidade fosse ilimitada, os agentes preveriam e incorporariam cláusulas variadas aos contratos, para poder antecipar qualquer circunstância futura nas transações.

Williamson (1985, *apud* FARINA, 1997), distingue três tipos de racionalidade, não esgotáveis em seu contexto, quais sejam, a racionalidade forte, a racionalidade semi-forte e a racionalidade orgânica ou fraca. O primeiro conceito assume que os indivíduos são capazes de absorver e processar toda a informação disponível no ambiente do acordo.

No segundo conceito, a forma semi-forte aduz que os indivíduos são racionalmente limitados, e que esta magnitude constitui, juntamente com o oportunismo, o alicerce da Teoria dos Custos de Transação, pois considera que as partes não conseguem prever todas as contingências futuras, dada a complexidade dos elementos constitutivos dos contratos e a necessidade de informações extras que subsidiem os objetivos futuros do negócio. Relativamente ao conceito de racionalidade orgânica, também conhecida como processualista, a limitação implica na incompletude generalizada do instrumento de acordo, pela qual os agentes enfrentam contingências não previsíveis, num grau potencialmente forte.

Outro fator determinante é a complexidade envolvida nos negócios, que para Farina (1997, p. 74), é um dos atributos da racionalidade limitada, visto ser o humano dotado de limites cognitivos, ao lidar com problemas complexos ou alheios ao seu campo de ação, mesmo que a informação seja plena, naquele dado momento.

### **3.1.2 Oportunismo**

Para Farina (1997) a ECT utiliza-se do pressuposto comportamental do auto-interesse ou do oportunismo e, ainda, sob o enfoque de Kupfer e Hasenclever (2002, p. 270), pode-se inferir que “a racionalidade limitada, o ambiente complexo e a incerteza criam condições para os indivíduos adotarem iniciativas oportunistas”.

Para Arbix; Zilbovicius e Abramovay (2001, p. 168), o “oportunismo, por definição, é a possibilidade de atuar contra os controles sociais de que são formadas as instituições”. Williamson (1985, *apud* FARINA, 1997) identifica três níveis de oportunismo: oportunismo forte, auto-interesse simples ou sem oportunismo e obediência ou ausência de auto-interesse. No primeiro nível, para o autor, não existem restrições ao comportamento egoísta dos agentes, e, neste caso, não há qualquer compromisso de monitoramento por parte de interessados, podendo-se agir de acordo com o interesse individual. No segundo nível, presume-se que os termos acordados serão mantidos durante a execução do contrato, mas, ainda assim, assume-se que certo aparato judicial será necessário no deslinde contratual, visto que os agentes mantêm sentimento oportunista, porém agem eticamente de modo a garantir os termos acordados. No terceiro nível, Williamson (1985) ensina que a ausência de auto-interesse é instigada pela existência de individualismo metodológico, na medida que as ações individuais não são comandadas de forma particularizada, mas por uma instância externa, a exemplo do governo e da legislação, ou mesmo uma ideologia.

## **3.2 Dimensão das Transações**

Na concepção de Farina (1997), são três as dimensões das transações: frequência, incerteza e especificidade dos ativos.

### **3.2.1 Frequência**

A frequência é a “repetição de uma mesma espécie de transação” e, para Farina (1997, p. 87), é um dos elementos relevantes para a escolha da estrutura da governança adequada ao tipo de negócio. A frequência relaciona-se ao atributo duração da transação, para que seja verificada também a repetição e não somente a intensidade com que esta se manifesta no tempo. A maior parte das transações são recorrentes, de tal modo que pode ser economicamente viável a construção de um mecanismo de repetição, mesmo no mercado *spot*.

A recorrência de uma transação possibilita a obtenção de conhecimento entre as partes (troca de informações), a favorecer a redução de incertezas ao ambiente, produz interação aos agentes pactuantes que comandará o fortalecimento da reputação e da credibilidade de ambos, os quais tenderão a promover esforços para uma continuidade da relação.

### **3.2.2 Incerteza**

North (1990) tratou incerteza como o desconhecimento dos possíveis eventos futuros, de realidades mutáveis. A incerteza impede que os agentes conheçam todo o seu rol de possibilidades de escolha de forma *ex-ante*, e configura uma das principais responsáveis por interrupções ou “mau funcionamento” das transações econômicas, a impedir com que os agentes sejam capazes de atingir soluções ótimas a partir de suas decisões (GALA, 2003).

A complexidade que a incerteza impõe à elaboração dos contratos, devida à racionalidade limitada dos agentes, implica na incompletude contratual, o que poderá desencadear atitudes oportunistas das partes envolvidas, a culminar em custos de transação. Para Brousseau (1993, *apud* Farina, 1997) a racionalidade limitada é confundida com a incerteza, e a diferença entre ambas

consiste na sua essência, ponderando-se que a incerteza é uma característica do ambiente e da transação, enquanto a racionalidade limitada compete ao indivíduo.

### **5.2.3 Especificidade de Ativos**

Sob a visão de Kupfer e Hasenclever (2002, p. 272) a presença de ativos específicos é uma condição necessária para que o risco nas transações, associado a atitudes oportunistas, seja significativo. Do contrário, a própria concorrência entre numerosos agentes aptos a participar da transação reduziria a possibilidade de privilégios oportunistas. Farina (1997, p. 84) identifica os ativos específicos como aqueles não reempregáveis, a não ser que se desconsidere as possíveis perdas de valor, normalmente, a representar relevância e dependência direta à continuidade contratual. Não houvesse limites à capacidade cognitiva dos agentes, em resolver de forma antecipada o problema da especificidade de ativos, os contratos poderiam prever antecipadamente os reflexos de dependência bilateral emergentes das transações.

Na mesma esteira, os aspectos determinantes de racionalidade limitada, complexidade e incerteza, oportunismo e presença de ativos específicos implicam, às negociações contratuais ou de parceria, de forma individual ou cumuladas com os demais fatores, em negociações afetadas por custos de transação, desde o seu nascedouro, a desencadear necessidade futura de readaptações ou de renegociações.

Para Pondé; Fagundes e Possas (2001), a presença de ativos específicos faz com que a identidade dos participantes da transação, assim como a continuidade dos vínculos estabelecidos entre estes, ganhe uma dimensão econômica fundamental: as interações entre os agentes deixam de ser impessoais e instantâneas, o que acarreta custos para geri-las e conservá-las. A presença de ativos específicos, para o referido autor, imputa um valor econômico à integridade e à continuidade das relações, uma vez que isto não se faz sem custos. Possíveis divergências entre as partes em momentos de renegociação das condições da transação, seja por oportunismo ou mera discordância quanto a impactos de eventos imprevistos, acarretam custos de coleta e interpretação de informações, de elaboração de contratos e esforços de barganha.

Neste caso, desponta a necessidade das partes buscarem formas de minimizar tais custos de transação, procurando criar mecanismos contratuais que desestimulem conflitos e, caso estes surjam, os resolvam rapidamente. Destarte, numa interpretação sistemática da teoria dos custos de transação, a presença da especificidade de ativos faz com que mecanismos de coordenação da interação entre os agentes, na busca de relações mercantis puramente competitivas, apresentem ineficiências potenciais.

Portanto, o estabelecimento de vínculos de reciprocidade, restrições contratuais às condutas das partes e iniciativas de integração ao longo do pacto são, muitas vezes, inovações organizacionais que buscam gerar ganhos de eficiência nos resultados, e não práticas restritivas de criação de barreiras à entrada e poder de mercado nas transações. Mesmo em parcerias, o contrato é peça fundamental que deve albergar todos os aspectos possíveis a garantir o equilíbrio do negócio e podem dimensionar cláusulas de segurança a todos os interessados, especialmente quando se tratar de transações com o setor público.

## **4 ORGANIZAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA**

Segundo Meireles (2001, p. 60) na organização política e administrativa brasileira, as entidades classificam-se em estatais, autárquicas, fundacionais e paraestatais. Em síntese, as estatais são pessoas jurídicas de direito público que integram a estrutura jurídica do Estado e poderes políticos e administrativos, representados pela União, pelos Estados-membros e pelos Municípios. As autarquias são pessoas jurídicas de direito público, meramente administrativas, criadas por lei para realização de atividades, obras e serviços. As fundações são pessoas jurídicas de direito público ou privado, devendo a lei definir sua esfera de atuação. As entidades empresariais destinam-se a prestar alguma atividade empresarial que queira o Estado explorar. Já as paraestatais são

entidades de direito privado autorizadas a prestar serviços públicos ou realizar atividades de interesse coletivo.

Cabe ao governante a missão de equacionar os limitados recursos orçamentários do Estado, para poder fornecer qualidade e constância na oferta de serviços públicos, não somente àqueles reconhecidamente essenciais, como distribuição de água, energia elétrica, saneamento, gás, combustível, telecomunicações, transporte coletivo, mas também os serviços sociais, a exemplo da saúde, da educação, do trabalho, da moradia, da segurança, do lazer e da propriedade. Sua atribuição primordial, então, é garantir resultados factíveis aos seus administrados, não se justificando sua presença senão para atender aos anseios da coletividade. A “Constituição Nacional dispõe expressamente que incumbe ao Poder Público, a prestação de serviços públicos” (MEIRELES, 2001, p. 311). Nesse sentido, o dever do Estado não se esgota no controle da máquina administrativa interna, pessoal e de material e patrimônio, mas alcança o dever de cumprimento de uma gama de ações, que a sociedade delega a seus representantes, por intermédio da Lei Maior (MELLO, 2007).

As estruturas de governança encontradas no setor público são tradicionalmente mais próximas a hierárquicas, visto que possui estrutura física, administrativa, corpo técnico e formas de contratação reguladas pela legislação nacional, para bem ofertar os serviços públicos, desde a sua concepção até a disponibilização ao consumidor final (BATALHA; SILVA, 2001). Segundo os autores supracitados, uma cadeia de produção pode ser segmentada (dividida), de jusante (início da cadeia, fases) a montante (final da cadeia, fase de entrega do produto do negócio ao consumidor final).

A estrutura híbrida é comumente estabelecida quando existe a necessidade de contratação de serviços terceirizados, pela via contratual, para a prestação de atividades-meio, as quais são reconhecidas como aquelas que não representam ação finalística do Estado, tais como educação e segurança pública, mas atividades de manutenção da máquina administrativa, como serviços de copa, limpeza, segurança corporativa e jardinagem. As governanças contratuais de mercado (*spot*) não são comuns no setor público, cuja estrutura consiste em sistema rígido e que permite a complementaridade restrita por parte de terceiros e/ou particulares.

Um dos antigos problemas observados no serviço público nacional é a predominância de uma prática gerencial fundada em estruturas excessivamente burocráticas, a gerar relativa demora na oferta de serviços, que, por vezes, não satisfazem à população. Como proposta de solução, ramos da administração pública moderna, mediante lei, estão a prescrever um remédio dito eficaz: a terceirização de serviços ou a complementação do serviço por particulares, normalmente representados nas entidades filantrópicas. Esse enfoque de gestão defende que a administração direta estatal pode repassar determinada parcela de seus serviços públicos às mãos de particulares para que os administrem, em idêntica qualidade à prevista na normativa constitucional.

## **5 A PARTICIPAÇÃO DO TERCEIRO SETOR NOS SERVIÇOS PÚBLICOS**

Nos anos 90, tornou-se comum no Brasil, especialmente entre os teóricos da Reforma do Estado, a expressão terceiro setor para designar o conjunto de entidades da sociedade civil de fins públicos, constituídas sob o comando do direito privado, mas sem objetivo de lucro (LEITE, 2003). De primeiro setor é chamado o Estado, e de segundo setor, o mercado.

O argumento a justificar a transferência de serviços e o firmamento de contratos com o terceiro setor, mediante o repasse de recursos, é a liberação do aparato estatal para melhor atender às suas ações finalísticas e ampliar ainda mais essa oferta. A Constituição Federal – CF (1988), em seu artigo 175 autorizou os governos à busca de apoio no setor privado para a prestação de serviços públicos. No entanto, ressalta-se que possíveis distorções somente podem ser minimizadas caso o Estado tome como prioridade, de fato, a sua missão de prestar os serviços essenciais e sociais, deixando aos particulares somente aqueles que efetivamente podem ser delegados, conforme a prescrição constitucional.

Os vários acordos e convênios firmados entre privado e público, que possibilitaram diversas ações em breve espaço de tempo e com menor burocracia, sempre deixaram ressaltar o caráter de fragilidade, que se agrava à medida que se tornam vultuosos e consideráveis os montantes financeiros e econômicos envolvidos. A clara complexidade e relevância do conjunto de aspectos discutidos nas prévias tratativas contratuais, ao longo dos anos, sempre estiveram a reivindicar medidas administrativas e de jurídicas, a fim de que o terceiro setor possa continuar a participar das atividades públicas em perfeita conexão com as finalidades dos poderes pactuantes.

## **6 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E AGENTES PÚBLICOS**

Neste estudo, as relações contratuais envolvem agentes ou pessoas físicas ou jurídicas, os quais representarão as partes comprometidas nos instrumentos formalizados, assim definidas: (a) administração pública e seu representante ou agente público; (b) sociedade ou administrados; e (c) gestor da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) ou agente público como gestor de entidade particular.

Segundo Meirelles (2001, p. 54) a administração pública compreende a sua estrutura e suas atividades e compreende a noção geral de Estado, sobre o qual repousa toda a concepção moderna de organização e funcionamento dos serviços públicos. O Estado, então, é constituído de três elementos originários e indissociáveis: Povo, Território e Governo Soberano. O Povo é o componente humano do Estado. O território consiste na sua base física. O Governo Soberano é o elemento condutor do Estado e exerce o comando superior, a auto-determinação e a auto-organização emanados do Povo. Não há Estado sem Soberania, para conduzir a livre vontade de seu Povo. A vontade estatal manifesta-se por intermédio dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, independentes e harmônicos entre si, todos estes, legitimados pelo próprio Povo, para a organização da administração pública. Governo e Administração andam juntos, mas não se confundem.

Administração, de acordo com Meirelles (2001, p. 59), é a atividade concreta do Estado, dirigida a satisfazer as necessidades coletivas em forma direta e imediata. O poder de organizar e reorganizar os serviços públicos, de lotar e relotar servidores, de criar e extinguir cargos, para Meirelles (2001, p. 394), é indespójável da Administração Pública, por ser inerente à soberania interna do Estado.

A expressão Povo designa toda a população de cidadãos residente no território nacional. A CF (1988) dá ênfase à soberania do Povo, quando em seu artigo 1º, parágrafo único, menciona: “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos [agentes políticos] ou diretamente, nos termos desta Constituição” (inserção dos autores). O povo é o responsável pelo custeio de todas as ações e serviços públicos destinados à sociedade, e o faz por meio do pagamento de impostos e contribuições. Aos agentes públicos, representantes do povo, cumprem o dever de prestar contas de todos os recursos públicos arrecadados ou guardados para a devida aplicação em obras e serviços públicos aos cidadãos (CF, 1988, artigo 70).

## **7 ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO (OSCIP)**

O instituto denominado Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) constituem em instituições jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, e como tal poderão ser qualificadas quando criadas para atendimento das finalidades estabelecidas nos incisos I a XII, do artigo 3º, da Lei Federal Nº 9.790, de 23 de março de 1999, a saber:

- 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. (LEI FEDERAL Nº 9.790/99)

A Lei Federal Nº 9.790/99 ampliou o leque de possibilidade de qualificação de uma OSCIP, quando a legislação anterior (Lei Federal Nº 9.637/98) só reconhecia as organizações com atividades voltadas à promoção da saúde, educação e assistência social. Veja-se, contudo, consoante Meirelles (2001, p. 355), que a “organização social não é um novo ente administrativo, é uma qualificação, um título, que a Administração outorga a uma entidade privada, sem fins lucrativos, para que ela possa receber determinados benefícios do poder público (dotações orçamentárias, isenções fiscais, etc.)” para a realização de ações, necessariamente, de interesse coletivo.

Há que se observar a expressão ‘dedicação’ contida no parágrafo único do artigo terceiro, ou seja, aos candidatos à qualificação como OSCIP será exigida “dedicação às atividades, mediante a execução direta de projetos, programas, planos de ações correlatas, por meio de doação de recursos físicos, humanos e financeiros”, inclusive, impõe que estas entidades devem trazer, *per si*, estrutura física, de pessoal e de manutenção administrativa adequada à prestação dos serviços dedicados, de forma voluntária e de cooperação à sociedade, como co-dedicada à supremacia do interesse da coletividade, mesmo antes da sua intenção de qualificação.

Cumprido salientar que a qualificação de OSCIP em hipótese alguma implica em acordo mercantil às partes, não havendo menção a qualquer tipo de dispêndio favorável aos objetivos autônomos da OSCIP, mas tão somente visa a manutenção e a melhoria de serviços públicos disponibilizados à população.

Ademais, a Lei indica cuidados que deverão ser sistematicamente tomados por parte dos gestores das entidades, em especial, no dever de prestar contas, pois serão fiscalizados por órgãos do poder público (inciso V, §2º, do artigo 10 e alínea d, VII, do artigo 4º). Merece destaque a necessidade de observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade (inciso I, artigo 4º). Essas exigências aproximam a burocracia reservada às OSCIP, que são entidades de direito privado, daquelas exigidas dos entes da administração pública, por uma intenção clara de cuidado com o recurso público.

## **8 TERMOS DE PARCERIAS ENTRE OSCIP E O PODER PÚBLICO**

A Lei Nº 9.790/99 instituiu como instrumento formal de viabilização do acordo entre os Governos e as OSCIP documento intitulado Termo de Parceria. O artigo 9º explica que o Termo de Parceria é “firmado entre o Poder Público e as entidades qualificadas como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes, para o fomento e a execução das atividades de interesse público”.

Para Meireles (2001, p. 253), consoante disciplina da Lei, o termo de parceria objetiva o fomento e a execução das atividades de interesse público previstas no artigo 3º, bem como que essa “definição, embora tecnicamente imperfeita, indica o vínculo de cooperação” e o assemelha, em muitos aspectos ao contrato de gestão. Contudo, “enquanto no contrato de gestão às entidades qualificadas como organizações sociais poderão ser destinados recursos orçamentários e bens públicos para o cumprimento das metas” previstas no ajuste (artigo 12, e §§ da Lei Nº 9.637/98), a Lei Nº 9.790/99 não fez previsão expressa da destinação de recursos orçamentários, embora

mencione a destinação de recursos públicos provenientes do Termo de Parceria, cuja liberação será feita em conta bancária específica.

## 9 INTERESSE PÚBLICO NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Tradicionalmente, entende-se por contrato a relação jurídica formada por um acordo de vontades, cujas as partes obrigam-se a prestações concebidas como contrapostas, e assim nenhum dos contratantes pode alterar ou extinguir unilateralmente a avença (MELLO, 2007). Pode-se, no entanto, admitir particularidades conceituais dos contratos firmados pela Administração Pública, os quais recebem a denominação de contratos administrativos.

Os principais contratos administrativos são o de concessão de serviço público, o de obra pública, o de concessão de uso do domínio público e os contratos de fornecimento em geral (MELLO, 2007). É curioso que a Administração pode firmar contratos com peculiaridades distintas, em suas relações com particulares, sendo que tal disciplina, marca-se, sobretudo, pela possibilidade da Administração poder instabilizar o vínculo unilateralmente alterando o que fora pactuado no tocante às obrigações do contratante ou extinguindo o vínculo (MELLO, 2007).

A Administração participa destes contratos com supremacia de poder, podendo valer-se de cláusulas denominadas de exorbitantes, ao excederem o Direito Privado e o contrato comum, para consignar vantagens ou restrições, de interesse público, à Administração ou ao contratado (MEIRELLES, 2001, p. 203).

No Direito Público, os contratos entre setor público e particulares devem ser precedidos de ampla concorrência, ou seja, de procedimento licitatório, ambos, contrato e licitação, devidamente regidos pela Lei Federal nº 8.666/1993.

## 10 METODOLOGIA

A pesquisa realizada enquadra-se no padrão de ensaio científico formal, fundamentado em pesquisa qualitativa sob o método científico dedutivo. Consoante os estudos de Silva (2009, p. 98), o ensaio científico “consiste nas conclusões originais do pesquisador, após apurado exame de um assunto” e deve ser problematizador, anti-dogmático e salientador de espírito crítico. Os ensaios, sob a ótica de Rauen (2006, p. 209), são exposições metódicas de estudos realizados e de conclusões originais, que para o cientista representam um meio de transmitir informações e idéias, de forma objetiva, discursiva e concludente. No ensaio formal, há convergências com as características do texto acadêmico e científico.

A investigação qualitativa, segundo Silva (2009, p. 30), compreende particularidades como: (a) as questões a investigar não se estabelecem mediante a operacionalização de variáveis, mas se estudam os fenômenos em toda a sua complexidade (no presente caso, em toda a Lei); (b) a investigação não é conduzida para se responder a questões prévias ou hipóteses empíricas; (c) privilegia, essencialmente a compreensão a partir da perspectiva dos agentes. Nas pesquisas qualitativas, a produção do conhecimento acontece de forma interativa, intercomunicativa entre investigador e investigado, num processo de conhecimento circular e não tão linear quanto no paradigma quantitativo (SILVA, 2009, p. 30).

O método dedutivo (SILVA, 2009, p. 35), transforma enunciados universais em particulares, em que a dedução está implícita nos princípios e pressupostos e sua forma mais importante é o silogismo, composto de duas premissas (maior e menor) e uma conclusão. No presente estudo, a relação de silogismo ou de dedução formal fica estabelecida a partir de:

**1. premissa maior:** A análise dos artigos da Lei Nº 9.790/99 indica que os Termos de Parcerias firmados com o Poder Público, não possuem, a despeito da supremacia do interesse público, autorização legal para, *ex-ante* à assinatura do instrumento, prever e evitar a presença de fatores determinantes de custos de transação;

**2. premissa menor:** Havendo um ou mais fatores determinantes, resta configurada a presença de custos de transação;

**3. conclusão:** nos Termos de Parcerias firmados pelos Poderes Públicos e OSCIP estão presentes custos de transação.

A pesquisa utiliza-se da delimitação de uma amostra não probabilística intencional, em que foram selecionados 20% (vinte por cento) de todo o teor da Lei 9.790/99, de vinte artigos. Estes artigos sugerem alta significância, vez que revertem, todos, aspectos de iminente deflagração de um ou mais fatores determinantes dos Custos de Transação, verificados na Dedicção a Atividades, na Transferência de Patrimônio Líquido a outra OSCIP em caso de extinção da entidade, na Instituição de Termo de Parceria desvinculado da Lei de Licitações e Contratos (Lei Federal Nº 8.666/93) e na Possibilidade de Pagamento de Remuneração a Gestores, diversamente às normas legais de outras entidades sem fins lucrativos. Para Silva (2009, p. 75) a “amostragem não probabilística intencional é aquela que escolhe cuidadosamente os casos a serem incluídos na amostra, e produz amostras satisfatórias em relação às suas necessidades”.

Desta forma, todos os artigos legais selecionados são indicados como resultado satisfatório em relação à presença de fatores determinantes dos custos de transação.

## 11 CUSTOS DE TRANSAÇÃO NOS TERMOS DE PARCERIAS COM OSCIP

O Quadro 1, a seguir, sintetiza as normas dos artigos, definidas na Lei Federal Nº 9.790/99, selecionadas para este estudo, os quais demonstram a deflagração iminente de custos de transação (CT), originários da presença de fatores determinantes deste tipo de dispêndio. Junto às normas dos artigos encontram-se as medidas preventivas, na condição de orientação, no sentido de atenuar a incidência de Custos de Transação.

| ARTIGO DA LEI Nº 9.790/99   | (a)ASPECTO DEFLAGRADO:<br>(b) Fator(es) determinante(s)  | MEDIDA PREVENTIVA RECOMENDADA   |
|---|--|---|
| <p><b>Art. 3º (...)</b><br/>Parágrafo único. Para os fins deste artigo, a <b>dedicção às atividades</b> nele previstas configura-se mediante a execução direta de projetos, programas, planos de ações correlatas, por meio da doação de recursos físicos, humanos e financeiros, ou ainda pela prestação de serviços intermediários de apoio a outras organizações sem fins lucrativos e a órgãos do setor público que atuem em áreas afins.</p>   | <p>(a)<br/>DEDICÇÃO A ATIVIDADES:</p> <p>(b)<br/>Racionalidade limitada e Oportunismo</p>                                | <p>Estabelecimento de cláusulas no Termo de Parceria que assegurem o interesse público e o cumprimento do projeto específico sem prever recursos à manutenção administrativa da entidade. Observar, contudo, que a dedicção pode implicar na exclusividade de ação.</p> |
| <p><b>Art. 4º</b><br/><b>IV</b> - a previsão de que, em caso de dissolução da entidade, o respectivo <b>patrimônio líquido será transferido a outra pessoa jurídica qualificada</b> nos termos desta Lei, preferencialmente que tenha o mesmo objeto social da extinta;<br/><b>V</b> - a previsão de que, na hipótese de a pessoa jurídica perder a qualificação instituída por esta Lei, o <b>respectivo acervo patrimonial disponível, adquirido com recursos públicos durante o período em que perdurou aquela qualificação, será transferido a outra pessoa jurídica qualificada</b> nos termos desta Lei, preferencialmente que tenha o mesmo objeto social;</p> | <p>(a)<br/>TRANSFERÊNCIA DE PATRIMÔNIO LÍQUIDO, INCLUSIVE ACERVO PATRIMONIAL</p> <p>(b)<br/>Especificidade de Ativos</p> | <p>Estabelecer, no Termo de Parceria, cláusulas de retorno dos ativos (patrimônio) adquirido com recursos públicos, diretamente ao Poder Público no encerramento da Parceria.</p>   |
| <p><b>Art. 9º</b> Fica instituído o Termo de Parceria, assim considerado o instrumento passível de ser firmado entre o Poder Público e as entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes, para o fomento e a execução das atividades de interesse público previstas no art. 3º desta Lei.</p>   | <p>(a)<br/>TERMO DE PARCERIA desvinculado da Lei 8666/93</p> <p>(b) Oportunismo</p>                                      | <p>Estabelecer cláusulas de controle legal, vinculação à Lei 8.666/93, nos Termos de Parceria</p>   |

|  |   |   |
|--|---|---|
| <p><b>Art. 4º</b><br/> <b>VI</b> - 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;<br/> (...) <b>Art. 10.</b> O Termo de Parceria firmado de comum acordo entre o Poder Público e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público discriminará direitos, responsabilidades e obrigações das partes signatárias.<br/> § 2º São cláusulas essenciais do Termo de Parceria:<br/> (...) IV - a de previsão de receitas e despesas a serem realizadas em seu cumprimento, estipulando item por item as categorias contábeis usadas pela organização e o <b>detalhamento das remunerações e benefícios de pessoal a serem pagos</b>, com recursos oriundos ou vinculados ao Termo de Parceria, a seus diretores, empregados e <b>consultores</b>.</p> | <p>(a)<br/> POSSIBILIDADE DE REMUNERAÇÃO A GESTORES</p> <p>(b) Racionalidade Limitada, Oportunismo e Assimetria de Informações.</p> | <p>Estabelecer, no Termo de Parceria impedimento ao pagamento de remuneração a pessoal administrativo não contemplado no projeto.</p> |
|--|---|---|

**QUADRO 1** – Fatores da Lei 9.790/99, o risco de evidência de custos de transação e recomendação de medidas preventivas.  
FONTE: elaborado pelos autores.

Na concretização das parcerias autorizadas pela Lei 9.790/99 entre o poder público e as OSCIP, observa-se que o próprio texto legal guarda autorizações, se atendidas em plenitude ou de forma isolada, e se malversadas, podem deflagrar fatores contingenciais que poderão fragilizar o princípio de supremacia do interesse público sobre o particular. Ao instituir o Termo de Parceria em substituição ao contrato administrativo, a legislação focaliza resultados ágeis, efetivos, porém que não comprometam a qualidade e a estabilidade dos serviços, além de resguardar a minimização de dispêndios financeiros.

Os custos de transação podem ser presumidos ante a configuração da racionalidade limitada dos gestores públicos e as possíveis atitudes oportunistas por parte de contratados, sejam eles, administradores da OSCIP ou seus contratados. Como posto no texto legal, as OSCIP são assim qualificadas para o fim de atendimento exclusivo ao interesse público (artigos 1º e 2º), cuja prerrogativa pode invocar a necessidade de custeio de todo o seu aparato administrativo pela via do Termo de Parceria, de atividades públicas, apesar de prestadas por entidade de natureza jurídica privada. Neste contexto, pode ser ainda evidenciada uma relação de dependência direta de todo o complexo administrativo da OSCIP em relação ao poder público.

Visto que os artigos 3º, 4º, 9º e 10 da Lei Federal Nº 9.790/99, identificam aspectos reveladores da iminência dos fatores determinantes aos Custos de Transação, verifica-se que a condição apresenta-se inicialmente na proposição de Dedicção a Atividades que, à luz da Legislação, diz respeito à execução direta de projetos, programas, planos de ações correlatas, por meio da doação de recursos físicos, humanos e financeiros, ou ainda pela prestação de serviços intermediários de apoio a outras organizações sem fins lucrativos e a órgãos do setor público que atuem em áreas afins.

As OSCIP estão, legalmente, autorizadas a se constituírem para dedicação exclusiva a uma atividade que é pública, mas mantêm a sua natureza privada, podendo, inclusive, ter as suas despesas de instalação, móveis e imóveis custeados pelo repassador do recurso, normalmente o Estado. Este aspecto poderá facilmente desencadear oportunismo por parte dos gestores privados e racionalidade limitada e assimetria de informações decorrente do universo de conjuntural e legal, cujo ambiente estão insertos os gestores públicos, normalmente com mandato de quatro anos, enquanto que, não há periodicidade máxima estabelecida às parcerias, senão aquela pactuada nos instrumentos. Como medida preventiva, recomenda-se a indicação de cláusula, no corpo do Termo

de Parceria, de custeio das atividades específicas do objeto de ação delegada, excluindo-se os gastos com manutenção administrativa da entidade.

Outro aspecto que enseja comentários é a previsão expressa, do artigo 4º, incisos IV e V, de determinação de Transferência de Patrimônio Líquido, em caso de dissolução da entidade, a outra OSCIP. Esta previsão inclui todo o “acervo patrimonial disponível, adquirido com recursos públicos durante o período em que perdurou aquela qualificação” sem qualquer preocupação com a descapitalização do Poder Público. É iminente, neste caso, a presença de ativos específicos pertencentes, naturalmente, ao Poder Público, que a Lei autoriza a transferência a outro particular, independente de ter o mesmo objeto social. Ora, se existe um ativo de necessidade específica a um projeto ou ação estatal, este não poderá ser, arbitrariamente, transferido a outra finalidade, sob pena de frustração de normas de planejamento e vinculação de recursos estatais a finalidades específicas. Na proporção da especificidade do ativo, um dos principais fatores determinantes de custos de transação, ocorrem, potencialmente, problemas de desequilíbrios e os riscos inerentes às parcerias, que serão bancados financeiramente pelo Poder Público, representante da coletividade.

Ressalta-se a existência de indicativos no próprio texto legal da presença autorizada de ativos específicos, os quais não necessitam retornar ao poder público na finalização do pacto. Como proposta de solução ao impasse surgido, recomenda-se a inserção de cláusula de retorno de todo o patrimônio adquirido com recursos públicos ao órgão repassador dos recursos.

Outro elemento ensejador de discussões é a instituição de Termo de Parceria, de forma desvinculada da Lei de Licitações e Contratos (Lei Federal Nº 8.666/93). Buscou-se a desburocratização sem considerar a fragilidade dos controles administrativos de entidades criadas para atender a projetos públicos. A Lei de Licitações e Contratos prevê uma série de dispositivos que visam garantir a boa gestão dos recursos públicos, a ampla concorrência ao se contratar, a presença de cláusulas específicas nos contratos a fim de se preservar a supremacia do interesse da coletividade, com rigorosas sanções àqueles que a descumprirem. Os Termos de Parceria, todavia, não estão sujeitos a este regramento, válido a todas as demais formas de contratação do Poder Público com particulares. Novamente, o que se verifica é a possibilidade imediata do desencadeamento de atitudes oportunistas por partes dos gestores das OSCIP. Recomenda-se, portanto, que o instrumento da parceria indique cláusula específica de vinculação a todos os dispositivos da Lei Nº 8.666/93.

A última inovação analisada, contida na Lei das OSCIP, é que estas organizações, diversamente às fundações, associações e outras entidades de filantropia, podem pagar Remuneração a seus Gestores, para o que a Lei não estabeleceu qualquer limite, mas autorizou que os regulamentos próprios destas organizações o façam deliberadamente e sem restrição expressa. Neste caso, podem configurar-se também novas atitudes oportunistas, pois o próprio “patrão” estipulará o seu próprio salário, custeado, porém, pelo Poder Público. Para solver este impasse, sugere-se a inclusão de cláusula específica de que a remuneração dos gestores administrativos da entidade não serão custeados pelo agente repassador dos recursos.

Há que se colher dos estudos de Williamson (1994), que descrevem as principais implicações das hipóteses comportamentais que desencadeiam custos de transações: (a) contratos complexos mostram-se necessariamente incompletos; (b) a confiança entre as partes envolvidas não pode ser estabelecida simplesmente a partir da existência de um contrato [o termo de parceria é ainda mais frágil]: todo contrato implica riscos; e (c) é possível criar-se valor adicionado com a elaboração de outras formas organizacionais que objetivem economizar a racionalidade limitada e salvaguardar as transações contra o exercício de oportunismo por parte dos agentes envolvidos. Isso significa que nem sempre as relações de mercado serão adequadas para a gestão das transações entre os agentes econômicos.

Notadamente, os aspectos delineados, neste tópico, compõem possibilidades que podem desencadear assimetria de informações, e, portanto, racionalidade limitada dos agentes

repassadores, oportunismos por parte dos gestores das OSCIP, bem como complexidades na parceria de difícil desvinculação, especialmente, quando tratar-se de parcerias para a educação e para a saúde, pois o foco terá como um dos aspectos fundamentais a continuidade dos serviços.

## **12 PROCEDIMENTOS DE CONTROLE**

As diversas entidades qualificadas ou pretendentes a qualificação como OSCIP devem inicialmente observar a necessidades de implantação de procedimentos de controle, visto que, para todos os recursos auferidos da parte de terceiros, cabe um processo de prestação de contas, seja este por valores originários do erário ou de outros particulares.

Para Castro (2008, p. 60) o controle representa a quarta função da administração e, portanto, a “finalidade do controle administrativo é assegurar que os resultados do que foi planejado, organizado e dirigido se ajustem aos objetivos previamente estabelecidos”. Os controles daqueles que administram recursos públicos devem atender a princípios de administração pública, pois operacionalizam ações, essencialmente, públicas e de alguma forma, podem ser delegadas. Castro (2008, p. 60) destaca que a formalidade está sob a responsabilidade do gestor-executor, o qual responde nos Tribunais por praticar atos em consonância com a Lei, enquanto o controle de resultado (serviços fornecidos à população) está a cargo do gestor-responsável (gerente). Entrementes, o parágrafo único do artigo 70 da Constituição Federal, que define normas de fiscalização dos recursos públicos, é claro ao estabelecer que:

Art. 70. (...)

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária. (CF, 1988)

O texto da Lei 9.790/99 prevê diferenciado sistema de controle interno e externo, a fim de que as entidades cadastradas como OSCIP possam dirigir suas atividades de forma regular. A normativa prevê a obrigatoriedade de instalação de Conselho Fiscal, que terá a missão de emitir parecer sobre os relatórios de desempenho financeiro e contábil, e sobre as operações patrimoniais realizadas. Notadamente, as OSCIP ficam incumbidas também da regência por normas de contabilidade societária, em muitos casos, adotando regramento aplicável a sociedades anônimas, por exemplo, a realização de auditoria, inclusive por auditores externos, ampla publicidade em qualquer meio eficaz no encerramento do exercício fiscal, do relatório de atividades e das demonstrações financeiras da entidade, incluindo-se as certidões negativas de débitos junto ao INSS e ao FGTS. Como visto no texto constitucional, existe a necessidade de prestação de contas de todos os recursos e bens de origem pública.

Os Termos de Parceria também devem obedecer às normas do artigo 11, da Lei das OSCIP, e discriminar direitos, responsabilidades e obrigações das partes signatárias. A este instrumento estão atreladas cláusulas essenciais que estabelecem as obrigações da Sociedade Civil de Interesse Público, a da apresentação, ao Poder Público, ao término de cada exercício, do relatório sobre a execução do objeto do Termo de Parceria, munido de comparativo de metas e resultados, além da prestação de contas. Participarão do controle externo das OSCIP, segundo os ditames da Lei, o Ministério Público, o Poder Legislativo e os Tribunais de Contas. Os recursos repassados às OSCIP por parte dos Poderes Públicos serão também alvo de controle social e de fiscalização por parte do Ministério da Justiça. Destarte, para fins colaborativos, no momento da elaboração do Termo de Parceria, recomenda-se a indicação, em cláusula própria, da submissão dos termos do pacto aos competentes órgãos de controle externo e fiscalizadores, quais sejam, Poder Legislativo, Ministério Público e Tribunais de Contas. O Quadro 2, a seguir, reúne a coletânea completa de regramento, de controles internos e externos, em termos fiscalizatórios, previstos pela Lei Federal Nº 9.790/99.

| ARTIGO DA LEI Nº 9.790/99   | MEDIDA PREVENTIVA DEFINIDA NA LEI 9.790/99  |
|---|---|
| <p>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:</p> <p>(...)</p> <p>III - a <b>constituição de conselho fiscal</b> ou órgão equivalente, dotado de competência para opinar sobre os relatórios de desempenho financeiro e contábil, e sobre as operações patrimoniais realizadas, emitindo pareceres para os organismos superiores da entidade;</p> <p>(...)</p>   | <p>Instituição de Conselho Fiscal permanente, por intermédio de Lei específica e/ou regulamentação própria.</p>   |
| <p><b>Art. 4º (...)</b></p> <p>VII - as normas de prestação de contas a serem observadas pela entidade, que determinarão, no mínimo:</p> <p>a) a observância dos <b>princípios fundamentais de contabilidade e das Normas</b> Brasileiras de Contabilidade;</p> <p>b) que se dê <b>publicidade</b> 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;</p> <p>c) a <b>realização de auditoria</b>, inclusive por auditores externos independentes se for o caso, da aplicação dos eventuais recursos objeto do termo de parceria conforme previsto em regulamento;</p> <p>d) a prestação de contas de todos os recursos e bens de origem pública recebidos pelas Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público <b>será feita conforme determina o parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal.</b></p> | <p>Necessária observância aos critérios estabelecidos neste artigo 4º no tocante aos princípios fundamentais de contabilidade, transparência dos atos mediante a publicidade, realização de auditoria independente, bem como a devida prestação de contas aos órgãos de controle interno e externo.</p> |
| <p>Art. 5º Cumpridos os requisitos dos arts. 3º e 4º desta Lei, a pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos, interessada em obter a qualificação instituída por esta Lei, deverá formular <b>requerimento escrito ao Ministério da Justiça, instruído com cópias autenticadas dos seguintes documentos:</b></p> <p>I - estatuto registrado em cartório;</p> <p>II - ata de eleição de sua atual diretoria;</p> <p>III - balanço patrimonial e demonstração do resultado do exercício;</p> <p>IV - declaração de isenção do imposto de renda;</p> <p>V - inscrição no Cadastro Geral de Contribuintes.</p>  | <p>Para fins de qualificação da OSCIP, sugere-se ao Ministério da Justiça, a exigência também do Regulamento próprio em que sejam configuradas as hipóteses de remuneração de gestores.</p>   |
| <p>Art. 10. O Termo de Parceria firmado de comum acordo entre o Poder Público e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público <b>discriminará direitos, responsabilidades e obrigações</b> das partes signatárias.</p> <p>(...)</p> <p>§ 2º São cláusulas essenciais do Termo de Parceria:</p> <p>V - a que estabelece as obrigações da Sociedade Civil de Interesse Público, entre as quais a de apresentar ao Poder Público, <b>ao término de cada exercício, relatório sobre a execução do objeto do Termo de Parceria, contendo comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados, acompanhado de prestação de contas dos gastos e receitas efetivamente realizados</b>, independente das previsões mencionadas no inciso IV;</p>   | <p>As OSCIP devem preparar relatório analítico sobre a execução do objeto do Termo de Parceria, no qual sejam descritas metas comparadas aos resultados alcançados.</p>   |
| <p><b>Art. 11.</b> A execução do objeto do Termo de Parceria será <b>acompanhada e fiscalizada por órgão do Poder Público da área de atuação correspondente à atividade fomentada, e pelos Conselhos de Políticas Públicas</b> das áreas correspondentes de atuação existentes, em cada nível de governo.</p> <p>§ 1º Os resultados atingidos com a execução do Termo de Parceria devem ser analisados por comissão de avaliação, composta de comum acordo entre o órgão parceiro e a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público.</p> <p>§ 2º A comissão encaminhará à autoridade competente relatório conclusivo sobre a avaliação procedida.</p> <p>§ 3º Os Termos de Parceria destinados ao fomento de atividades nas áreas de que trata esta Lei estarão sujeitos aos mecanismos de <b>controle social</b> previstos na legislação.</p>  | <p>Necessidade de plena observância às normas de Controle Interno e de Controle social, portanto, a exigência de implantação dos referidos controles por parte dos Poderes públicos e das OSCIP.</p>  |
| <p>Art. 12. Os responsáveis pela fiscalização do Termo de Parceria, <b>ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou bens de origem pública pela organização parceira, darão imediata ciência ao Tribunal de Contas respectivo e ao Ministério Público, sob pena de responsabilidade solidária.</b></p>  | <p>Observância plena às Normas de Controle Interno – sob pena de responsabilidade solidária.</p>  |
| <p>Art. 17. O Ministério da Justiça permitirá, mediante requerimento dos interessados, <b>livre acesso público a todas as informações</b> pertinentes às Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público.</p>  | <p>Instituição de ações para fins de incentivo ao Controle Social</p>   |

**QUADRO 2** – Normas de fiscalização de recursos públicos evidenciadas na Lei Nº9.790/99

FONTE: elaborado pelos autores.

### 13 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do exposto, extrai-se que a intenção do legislador, ao incorporar ao ambiente administrativo e jurídico o Termo de Parceria, mediante Lei das OSCIP, foi proporcionar maior agilidade e qualidade à oferta de serviços públicos, ao permitir a formalização de parcerias. No entanto, do ponto de vista formal, a atual legislação ao prever facilidades na operacionalização dos serviços, expõe os poderes públicos a contingências quando são firmados os Termos de Parcerias, pois tais instrumentos, mais do que os contratos, nascem dotados de custos de transação expressamente identificados nos planos de trabalho ou nas propostas para a efetivação de projetos.

Mello (2007) destaca o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, isto é, do Estado sobre o particular, que proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último. Isto significa que o Poder Público tem autoridade e força de comando, relativamente ao particular, como condição para gerir os interesses públicos da coletividade, quando estes são postos em confronto.

Dentre os mecanismos citados, considera-se importante a implantação de sistema de controle interno por parte da OSCIP, submissão aos órgãos de controle externo e a adoção preliminar de medidas de resguardo dos interesses da coletividade, por exemplo, a transparência de todas as ações dessas Organizações.

Os gestores públicos devem atentar em relação às normas da responsabilidade fiscal (Lei Complementar n. 101/2000), em que pese à necessidade de mecanismos específicos para o resguardo da contratação de pessoal pela via de concurso público, evitando, por conseguinte, a burla à legislação, quando intencionada a terceirização irregular de mão de obra administrativa ou técnica por intermédio de OSCIP.

Recomendável, é, por conseguinte, a inserção de mecanismos, nos Termos de Parcerias, que venham a resguardar o interesse público em todas as ações delegadas a particulares, bem como, sejam observadas, a rigor, todas as regulações contidas na própria Lei 9.790/99, a qual prevê, sob pena de sanção aos gestores do Poder Público e das OSCIP, à luz da normativa pública aplicável (Lei Complementar n. 101/2000, Lei Federal n.8666/93, Decreto-Lei 200/67, Constituição Federal de 1988, entre outros).

### REFERÊNCIAS

ARBIX, G. ZILBOVICIUS, M. ABRAMOVAY, R. **Razões e Ficções do Desenvolvimento**. São Paulo: Ed. UNESP, 2001.

BATALHA, M. O.; SILVA, A. L. S. Gerenciamento de Sistemas Agroindustriais: Definições e Correntes Metodológicas. In: BATALHA, M. O.; LIMA, E. F (Coord.). **Gestão Agroindustrial**. São Paulo: Atlas, v.1, 2001.

BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 9.637, de 15 de maio de 1998**. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e

entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999.** Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de Direito Privado, sem fins lucrativos, como OSCIP. Institui e disciplina o Termo de Parceria e dá outras providências.

CASTRO, D. P. **Auditoria e Controle Interno na Administração Pública.** São Paulo: Atlas, 2008.

COASE, R. H. *The Nature of the Firm.* London: *New Series.* v. 4, n. 4, p. 386-405, 1937.

FARINA, E. M. M. Q. **Competitividade, Mercado, Estado e Organizações.** São Paulo: Ed. Singular, 1997.

GALA, P. A Teoria Institucional de Douglass North. **Revista de Economia Política**, v. 23, n. 2 (90), abr. /jun. 2003.

KUPFER, D; HASENCLEVER, L. **Economia Industrial:** Fundamentos teóricos e práticas no Brasil. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

LEITE, G. S. **Dos princípios constitucionais.** São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

MEIRELLES, H. L. **Direito Administrativo Brasileiro.** 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

MELLO, O. A. de. **Princípios gerais de direito administrativo.** 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, v. 1, 2007.

NORTH, D. *Institutions, Institutional Change and Economic performance.* Cambridge University Press, Cambridge, 1990.

PONDÉ, J. L. FAGUNDES, J. POSSAS, M. Custos de Transação e Política de Defesa da Concorrência. Rio de Janeiro: UFRJ. **Revista de Economia Contemporânea.** n. 2, p. 115-135, jul. /dez. 1997.

RAUEN, F. J. **Roteiros de pesquisa.** Rio do Sul: Nova Era, 2006.

SILVA, C. R. S. **Metodologia da Pesquisa aplicada à Contabilidade.** Orientações de estudos, projetos, artigos, relatórios, monografias, dissertações e teses. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

WILLIAMSON, O. E. Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations. **Journal of Law and Economics**, The University of Chicago Press, v. 22, n. 2, oct., p. 233-261, 1979.

\_\_\_\_\_. *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications.* New York: New York University, 1983.

\_\_\_\_\_. *The Economic Institutions of Capitalism.* New York: The Free Press, 1985.

\_\_\_\_\_. "Strategizing, Economizing, and Economic Organization". In: RUMMELT. R., SCHENDEL, D. e TEECE, D. **Fundamental Issues in Strategy.** Harvard Business School Press, 1994.

ZYLBERSZTAJN, D. **Estruturas de Governança e Coordenação do Agribusiness:** Uma aplicação da Nova Economia das Instituições. 241f. Dissertação (Livre Docência em Administração), Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 1995.