

# Da ilegalidade de contratação de pessoal por OSCIP: um desafio a ser enfrentado pelos municípios

Fernando Antônio Alves de Oliveira Júnior \*

1. Introdução: Breve Apanhado Histórico; 1.1 Explicação do Tema 2. Definição de Serviço Público e Sua Abrangência no Âmbito Municipal; 3. O Terceiro Setor: Uma Opção ao Estado Moderno; 3.1. OSCIPs; 4. A Contratação de Pessoal e a Lei de Responsabilidade Fiscal; 5. O Problema da Terceirização de Mão-de-obra; 6. Conclusão; 7. Fontes Consultadas.

## 1. INTRODUÇÃO: BREVE APANHADO HISTÓRICO

A despeito de todas as outras formas de organizações sociais já existentes em épocas passadas da História, o Estado moderno preconizado por Jean Jacques Rousseau é considerado por muitos como marco inicial da organização estatal contemporânea. Em obra intitulada "O Contrato Social", advogava que a sociedade e o Estado nascem segundo convênio entre as diversas pessoas, em benefício de seus interesses comuns. Destarte, o poder é próprio do povo, e para ele deve ser estruturado.

Assim, na Sociedade Liberal, era do interesse comum que fossem atribuídos a particulares a faculdade de definirem as suas relações econômicas de forma ampla e irrestrita, restando apenas ao Estado a execução daquelas atividades consideradas essenciais, as quais eram impossíveis de serem delegadas sua consecução aos cidadãos. Pensadores como Adam Smith, Thomas Malthus e David Ricardo, dentre outros, pregavam a Livre Concorrência, a Liberdade Contratual e a política do *Laissez-faire*, princípios que regeram todo o período da Economia e da Teoria Geral do Estado Clássico.

Contudo, devido ao fracasso atribuído à Teoria

Clássica<sup>1</sup>, sobretudo concernente à debilidade e à miséria que afligiam as camadas mais humildes da população, excluídas dos meios de produção, percebeu-se que o Estado deveria ter um papel mais interventivo na estrutura social, deixando de ser um mero expectador, passando a controlar a organização social de maneira mais atuante e incisiva. É o advento do Estado Democrático de Direito, preocupado com os seus concidadãos e com o bem-estar social, entendendo como interesse público algo muito mais amplo que o anteriormente compreendido pelo Estado Liberal e abarcando para si responsabilidades ainda maiores e mais desafiantes.

## 1.2. Explicação do Tema

Hoje, o organismo "Estado" montado para consecução das necessidades públicas está passando por uma crise. Frequentemente, temas como "Reforma na Estrutura Estatal", "Participação Social" e "Atuação do Terceiro Setor" são abordados e discutidos, sempre com o escopo de buscar novas soluções que possibilitem a melhor consecução dos anseios da população.

Na estrutura constitucional organizada para a Administração Pública brasileira<sup>2</sup>, o ente público que mais

\* Estagiário do DCM - DIIC, graduando da Faculdade de Direito do Recife - FDR/UFPE e da Faculdade de Ciências da Administração de Pernambuco FCAP/UPE.

<sup>1</sup> Para melhor entendimento histórico pode-se consultar ITAUSSU, Leonel A. Mello; AMAD, Luís César. *História Moderna e Contemporânea*. 6. ed. São Paulo: SCPIONE, 1996, p.p. 161 a 165.

<sup>2</sup> Sobre estrutura "sui generis" federal brasileira (União, Estados, Dist. Federal e Municípios), vide MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p.p. 266 a 310.

sofre com esta deficiência entre a prestação de serviços e as necessidades sociais almejadas pela comunidade é o município. Devido a sua proximidade direta com os cidadãos e a escassez de recursos, os quais muitas vezes dependem de repasses oriundos da União ou dos Estados, os administradores municipais constantemente buscam parcerias e soluções que amenizem suas finanças, e melhorem a qualidade de vida dos munícipes. Imbuídos desse escopo, muitos prefeitos têm questionado da possibilidade jurídica de contratação de pessoal através de Organizações de Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs).

Destarte, pretende-se com este trabalho fazer um breve resumo jurídico sobre os vários assuntos que envolvem a discussão, os quais abarcam desde conceitos como “Serviço Público”, “Sociedades Civis” até implicações contábeis relativas à interpretação da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei complementar 101/1999). Buscar-se-á a tomada de uma opinião, pois assim se deve portar todo aquele que almeja credibilidade com as suas colocações, contudo, desde já, afirma-se que o tema é recente e sua imprescindibilidade exige de juristas um debate ainda mais profundo e apurado.

## 2. DEFINIÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS E SUA ABRANGÊNCIA EM ÂMBITO MUNICIPAL

Apesar de ser considerado “a pedra angular do direito administrativo”<sup>3</sup>, a Doutrina não apresenta um conceito uniforme de Serviço Público, e, certas vezes, oferece uma definição orgânica (relacionando aqueles serviços prestados por órgãos públicos), formal (caracterizando o serviço público pelos seus aspectos extrínsecos) ou material (visando defini-lo por seu objeto) que pouco esclarece a conceituação. Apresenta um bom significado Helly Lopes Meireles, para o qual “Serviço Público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado”<sup>4</sup>. Fora da generalidade, não se poderia indicar as atividades que constituem Serviço Público, porque variam segundo exigências de cada povo

e cada época e algumas atividades em si tanto podem ser exercidas pelo Estado, quanto pelo cidadão.

Dentre as várias classificações apresentadas pelos doutrinadores, aquela que procura diferenciar os serviços essenciais à comunidade dos serviços menos relevantes é a mais importante sob o ponto de vista operacional. Entende-se por “Serviços Públicos Próprios” aqueles que se relacionam intimamente com a atuação do Poder Público e, devido a sua essencialidade, geralmente são gratuitos ou de baixa remuneração (como exemplos: segurança, polícia, saúde pública etc.). Já seriam chamados de “Serviços Públicos Impróprios” aqueles que não afetam substancialmente as necessidades da comunidade, mas satisfazem interesses comuns dos cidadãos, daí a Administração prestá-los remuneradamente através de órgãos ou entidades descentralizadas, ou delegar sua prestação a concessionários, permissionários ou autorizatários.

A existência no Brasil de diferentes esferas administrativas (União, Estado e Municípios), apresenta, como conseqüência, o problema da distribuição do desempenho do Serviço Público em cada uma delas. Serviço Público Municipal seria aquele estruturado pelo município para a comunidade, os munícipes. Essa competência para organizar e manter serviços públicos locais está reconhecida constitucionalmente como um dos princípios asseguradores de sua autonomia administrativa, consagrada no art. 30 do texto da Carta Magna. O critério de interesse local que caracterizará a atuação do município é sempre relativo, e variará em face das circunstâncias de lugar, natureza e finalidade.

Portanto, em nível de atividade municipal, ficará ainda mais específica a cada caso definir quais seriam as atividades próprias do Município e quais não teriam o caráter da imprescindibilidade, cabendo ser exercidas também pelo particular.

Ainda assim, no texto constitucional é possível vislumbrar determinados serviços eleitos pelo constituinte como de dever expresso do município, como, por exemplo: o transporte coletivo, com caráter de essencialidade; a manutenção de programas de educação pré-escolar e de ensino fundamental; serviços de atendimento à saúde populacional; proteção de patrimônio histórico local. Todos, devido à indicação

<sup>3</sup> Assim definido por Leon Duguit in *Traité de Droit Constitutionnel*, 3. ed., vol. I, p.p 223 *apud* CRETTELA JÚNIOR, José. *Direito Administrativo Municipal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p.p. 114

<sup>4</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p.p. 311.

expressa pela Constituição, prioritários aos demais, “constituindo sua omissão falta grave dos governantes municipais (prefeitos e vereadores)”<sup>5</sup>.

Contudo, em face da diversidade já acentuada de definições do conceito de serviço público e da constante ampliação das funções municipais, que exige dia a dia novos serviços, bem como a escassez de recursos que afligem as prefeituras, sobretudo aquelas lotadas no interior dos Estados, tem sido prática comum de administradores municipais o não cumprimento de suas obrigações constitucionais, surgindo assim um espaço de deficiência na prestação da necessidade pública que, muitas vezes, é ocupada por entidades filantrópicas externas à atividade estatal, as chamadas paraestatais.

### 3. O TERCEIRO SETOR: UMA OPÇÃO AO ESTADO MODERNO.

O Terceiro Setor é apontado por muitos como uma resposta à crise que vem acometendo o Estado brasileiro, incapaz de sozinho arcar com a demanda das necessidades de sua população. O termo visa determinar a atuação não estatal, cuja ação almeja primordialmente a realização do interesse público. A seu desempenho, especial e particular, é *sui generis*, pois: é privado e autônomo, mas não espera lucro como o mercado; e promove o bem comum, mas não é o Estado.

Classificadas pelos doutrinadores como “entes de cooperação” à Administração Pública, as Entidades Paraestatais são compreendidas como pessoas jurídicas de direito privado, dispostas paralelamente ao Estado, para executar cometimentos do interesse do Estado, mas não privativos ao Estado.

Em brilhante citação, Alexis de Tocqueville<sup>6</sup> afirma haver “entre as leis que regem os homens, uma que me parece mais precisa e definida que todas as outras. Se os homens pretenderem continuar civilizados, ou se tornar tais, a arte de associar-se deve crescer e aperfeiçoar-se na mesma razão da igualdade de condição. A ciência da associação é a ciência mãe. O progresso de tudo o mais depende do progresso que ela fizer”. O Terceiro Setor rege-se justamente pela organização dos homens em prol do próximo.

A expressão tem origem em inglês (“Third Sector”) e delimita o âmbito social que se distingue do Primeiro Setor, o qual seria o público, e do Segundo Setor, representado pelas atividades geradoras de lucros. A importância de sua denominação é que, além de limitar espaços e interesses, também enfatiza o caráter autônomo e inédito dessa espécie de poder, que não quer se submeter nem à lógica do mercado, nem a lógica governamental. Engloba atividades filantrópicas, voluntárias e altruístas realizadas por particulares em prol da comunidade.

#### 3.1. OSCIPs

Dentre as várias formas de organização societária entre particulares para consecução de escopos públicos, encontramos as Organizações de Sociedade Civil de Interesse Público, as OSCIPs, instituídas em nosso ordenamento pela lei 9790 de 23 de Março de 1999 e regulamentada pelo decreto 3100 de 30 de Junho de 1999.

Em brilhante trabalho denominado “Reforma do Marco Legal do Terceiro Setor no Brasil”, o membro do Ministério Público da Bahia, professor Paulo Modesto, afirma que “para o leigo, a denominação ‘entidade pública’ ou ‘organização social’ designa uma espécie de entidade, uma forma especial de organização”<sup>7</sup>, quando na verdade corresponde a títulos jurídicos atribuídos. Tais títulos teriam três propósitos fundamentais: diferenciar as entidades qualificadas e enquadrá-las em um regime jurídico específico; padronizar o tratamento dessas entidades, evitando o tratamento legal casuístico; e, finalmente, oferecer um mecanismo de controle, pois o título pode ser concedido, suspenso ou cancelado.

Contudo, também haveria desvantagens, como, por exemplo, a certificação indevida, realizada sem uma rigorosa fiscalização, por ato administrativo ou lei casuística, o que revelaria a frouxidão dos critérios utilizados, com a violação intencional do modelo legal geral na matéria. Ao passar do tempo, haveria a perda de credibilidade do instituto, fato que macularia também aquelas entidades munidas de boa-fé e condizentes com os padrões legais.

<sup>5</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 321.

<sup>6</sup> ALÉXIS de Tocqueville *apud* BRANDÃO, Cristina S. *Terceiro Setor: Resposta à Crise do Estado Brasileiro*.

Disponível na Internet (25/8/2003): [http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/doutrina\\_showdoutrina.aso?tema=22&iddoutrina](http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/doutrina_showdoutrina.aso?tema=22&iddoutrina)

<sup>7</sup> MODESTO, Paulo. *Reforma no marco legal do terceiro setor do Brasil*. Texto disponível na Internet (25/8/2003):

Organização de Sociedades Civas de Interesse Público seria mais um “título jurídico” que viria a auxiliar a execução da atividade paraestatal no ordenamento brasileiro, assim como é a “Organização Social” (Lei 9637/98). Diferencia-se desta em alguns pontos, assim destacados por Celso Antônio Bandeira de Melo<sup>8</sup>: nas OSCIPs, a atribuição do qualificativo é vinculada, não discricionária; firma-se um Termo de Parceria entre o ente público e a sociedade, enquanto que na Organização Social há um Contrato de Gestão (ambos se assemelham muito quanto ao regime); os vínculos em questão não são condicionantes para a qualificação da entidade como tal, ao contrário do que ocorre com a Organização Social; na OSCIP, o Poder Público não participa dos seus órgãos diretivos; e o seu objetivo é mais amplo do que o da Organização Social.

A pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos, com propostas de atividades socialmente úteis (dispostas assim no Art. 3 da lei 9790, como, por exemplo, assistência social, cultura, saúde e educação gratuitas, promoção do voluntariado, dentre outras), desde que não estejam incluídas no rol das impedidas (Art. 2, sociedades comerciais, organizações sócias, cooperativas, fundações públicas etc.) e que consagrem em seus estatutos uma série de normas (preestabelecidas pelo Art. 4) sobre estrutura, funcionamento e prestação de contas, devem encaminhar o pedido de qualificação como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público para o Ministério da Justiça, o qual emitirá um certificado, em quinze dias, no caso de cumpridos todos os requisitos legais.

Uma vez reconhecida a OSCIP, esta poderia assinar um Termo de Parceria com o ente público, visando o repasse de verbas para realização das suas atividades, desde que sejam obedecidos os requisitos formais do referido instrumento, bem como os processos de fiscalização mencionados em lei. O trato com verba pública implica possibilidade de fiscalização por parte do Tribunal de Contas, conforme expressa prescrição do texto constitucional (art. 70 par. Único e art. 75).

#### 4. A CONTRATAÇÃO DE PESSOAL E A LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL

O cerne de toda discussão acerca da possibilidade de contratação de pessoal por OSCIPs, através de termos de parceria, está na limitação imposta pela Lei de Responsabilidade Fiscal com gasto de pessoal. De acordo com a mesma, a despesa total com pessoal em municípios tem como limite 60 % da receita corrente líquida (art. 19, III), sendo 54% destinados ao Executivo, e 6% destinados à Câmara ou ao Tribunal de Contas do Município, quando houver (Art. 20, III, alíneas “a” e “b”).

Portanto, o prefeito poderia usufruir 54% da receita corrente líquida do município para gastos com pessoal, isto sem considerar o limite prudencial estabelecido pelo art. 22, que atribui uma série de vedações quando forem excedidos 95% do limite, como impossibilidade de criação de cargos, emprego ou função, ou de provimento de cargo público, admissão ou contratação de pessoal a qualquer título, ressalvada a reposição decorrente de aposentadoria ou falecimento de servidores das áreas de educação, saúde e segurança.

Atribuindo às OSCIPs a contratação de pessoal, estar-se-ia com o intuito de afetar outro tipo de despesa, caracterizada como “Despesa de Terceiro”, a qual tem o seu limite prescrito no art. 72 da L.R.F., deixando, desta forma, livre a despesa com pessoal.

#### 5. O PROBLEMA DA TERCEIRIZAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA

Não é de hoje, na Administração Pública de todos os níveis, a utilização dos contratos de fornecimento de mão-de-obra para exercício de funções públicas, em substituição ao preenchimento dos cargos e empregos públicos mediante concurso público exigido pelo Art. 37, II da Constituição. Na época da vigência da Constituição de 1969, por não haver dispositivo semelhante, foi comum a contratação de servidores pelo regime da CLT, muito utilizada para prática da política do “apadrinhamento”, haja vista que o poder discricionário imperava na escolha.

A doutrina é unânime ao afirmar a ilicitude do contrato de terceirização de mão-de-obra para exer-

<sup>8</sup> MELO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo Brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p.p. 200 e 201.

cício de função pública. Ao comentar o Art. 18 da L.R.F, concernente à terceirização de mão-de-obra que se refere à substituição de servidores e empregados públicos, Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>9</sup> é taxativa: “A redação foi extremamente infeliz e exige interpretação consentânea com outras disposições do ordenamento jurídico. Sendo inadmissível o contrato de fornecimento de mão-de-obra, o dispositivo deve ser entendido no sentido de que, se celebrado, a despesa correspondente será levada em consideração para fins de cálculos das despesas com pessoal. O legislador não estava preocupado com a ilicitude desse tipo de contrato”. Complementa a Jurista que o perfeitamente possível no âmbito da Administração Pública é a terceirização como contrato de prestação de serviço, o que sempre foi feito, sem ser empregado o termo “terceirização”.

Da mesma maneira entende Mauro Roberto Gomes de Mattos<sup>10</sup>, pois afirma que sob ótica do direito administrativo (Lei 8666/93) e também sob pálio da legislação laboral, bem como da lei que regula o trabalho temporário (6.019/74) prestado por empresas de terceirização, “é de sublinhar que a contratação de serviços é lícita, já a locação de mão-de-obra não. Para se distinguir uma da outra basta ater-se à atividade-fim da empresa do ente público que se beneficia da prestação de serviço. Exemplo: na hipótese de um hospital universitário público contratar uma cooperativa de médicos para atendimento dos seus pacientes, ‘salta aos olhos’ que está configurada a locação de mão-de-obra”. O problema será distinguir o que é atividade-fim e atividade meio no âmbito municipal.

## 6. CONCLUSÃO

A contratação por meio de OSCIP não guarda amparo jurídico, pois fere preceito constitucional relativo ao art. 37, inciso II, referente à efetuação de concurso público para investidura de cargo ou emprego público.<sup>11</sup> Contudo, ainda naqueles casos classificados como “contratação por tempo determinado”, prescritos nas leis 8.745/93, 9849/99 e 10.667/03, deve ser admitido apenas o recurso humano contratado diretamente pelo município, pois, diferentemente, es-

tar-se-ia ferindo o “animus” da Lei de Responsabilidade Fiscal, concernente a gastos com pessoal, o qual recebe guarida do art. 169 da Constituição, dispositivo que prescreve uma série de atos a serem praticados pelo administrador público para redução de despesas no caso de alcançado o limite (54%), como por exemplo redução de 20% com cargos e funções de confiança e exoneração de servidores não estáveis.

Quanto ao serviço prestado por OSCIP, enquanto exercido pelo particular sem inserção de renda pública, ou seja, sem assinatura de “Termo de Parceria”, pode ser praticado desde que restrito àquelas atividades não privativas do Estado (como Polícia e prestação jurisdicional, por exemplo) e relacionadas na lei da OSCIP (Art. 3). Quando assinados Termos de Parceria, devem-se levar em conta todas as circunstâncias que envolvem o serviço público prestado à sociedade, desde seu caráter de essencialidade, até sua legislação respectiva, pois a lei de criação da OSCIP é muita ampla, deficiente e lacônica, logo deve ser interpretada em comunhão com os outros dispositivos que regem a prestação de serviço público já existentes no ordenamento.

O Terceiro Setor é imprescindível para consecução das necessidades públicas no Estado Moderno de Direito, mas sua utilização em conjunto com o órgão público, sobretudo o município, devido as suas especificidades, deve ser tratada com muita cautela e parcimônia, a fim de que não seja utilizado pelos administradores públicos como forma de escusa pelo não cumprimento de suas obrigações legais, sob pena de serem confundidas entidades filantrópicas com “pilantrópicas”<sup>12</sup>.

## 7. FONTES CONSULTADAS

1. CRETTELA JÚNIOR, José. *Direito Administrativo Municipal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p.p.113 a 131.
2. CRETTELA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.p. 307 a 318.

<sup>9</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva. NASCIMENTO, Carlos Valder de. (org.). *Comentários a Lei de Responsabilidade Fiscal*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 137.

<sup>10</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva. NASCIMENTO, Carlos Valder de. (org.). *Ob. Cit.* p. 458.

<sup>11</sup> Decisão do TCE/PE neste sentido: Nº 0544/02.

<sup>12</sup> Neologismo empregado por Barroso Leite em Paulo Modesto, cuja obra já fora citada.

2. FERRAREZI, Elisabete. *Organização da sociedade civil de interesse público – OSCIP: a lei 9790 como alternativa para o terceiro setor*. Brasília: Comunidade Solidária, 2001. Disponível na Internet (25/8/03): [www.comunidadesolidaria.org.br](http://www.comunidadesolidaria.org.br)
  3. ITAUSSU, Leonel A. Mello; Amad, Luís César. *História Moderna e Contemporânea*. 6. ed. São Paulo: SCPIONE, 1996, pp. 161 a 165.
  4. MARTINS, Ives Gandra da Silva. Nascimento, Carlos Valder do. (orgs.). *Comentários a Lei de Responsabilidade Fiscal*. São Paulo: Saraiva, 2001, p.p. 128 a 155; 452 a 458.
  5. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p.p. 310 a 324; 353 a 357.
  6. MELO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p.p. 182 a 201.
  7. MORAES, Alexandre. *Dir. Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p.p. 266 a 310
  8. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. São Paulo, Edições de Ouro, s.d.
  9. BRANDÃO, Cristina S. *Terceiro Setor: Resposta à Crise do Estado Brasileiro*. Texto disponível na Internet (25/8/2003): [http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/doutrina\\_showdoutrina.asp?tema=22&id..](http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/doutrina_showdoutrina.asp?tema=22&id..)
  10. MODESTO, Paulo. *Reforma no marco legal do terceiro setor no Brasil*. Texto disponível na Internet (25/8/2003): <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=474>
- \* Agradecimentos especiais a todos os colegas do DCM que colaboraram para realização do artigo.