

38

Coleção

LEIS ESPECIAIS *para concursos*

Dicas para realização de provas com questões de concursos
e jurisprudência do STF e STJ inseridas artigo por artigo

Coordenação:

LEONARDO GARCIA

CARLOS EDUARDO RANGEL XAVIER

ORGANIZAÇÕES SOCIAIS (OS) E ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO (OSCIP)

Leis 9.637/98 e 9.790/99

Decreto 9.190/2017 (Programa Nacional de Publicização)

2ª

edição

revista, atualizada
e ampliada

2019

 **EDITORA**
*Jus***PODIVM**

www.editorajuspodivm.com.br

LEI DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS (LOS)

LEI N. 9.637, DE 15 DE MAIO DE 1998.

(CONVERSÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.648-7, 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.

CAPÍTULO I

Das organizações sociais

Seção I

Da qualificação

Art. 1º O Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos aos requisitos previstos nesta Lei.

1. Somente podem ser qualificadas como OSs as *pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos*. Ou seja, a entidade tem de ser criada por particulares, e não pelo próprio Poder Público – se bem que a previsão de participação de representantes do Poder Público no conselho de administração e a experiência verificada na prática (criação de OS com a finalidade específica de “absorver” determinado serviço a cargo de órgão público ou pessoa administrativa extinta) acabam por desnaturar a própria previsão.

→ Aplicação em concurso.

- *Juiz Federal – 4ª Região (2012)*
“As organizações sociais integram a administração pública quando assumem a forma de autarquia de regime especial.”
Resposta: a alternativa está incorreta

- *Juiz Federal – 2ª Região (2011)*

“As organizações sociais são instituídas por iniciativa do poder público para o desempenho de serviço público de natureza social.”

Resposta: A alternativa está incorreta.

- *Juiz Federal – 3ª Região (2011)*

“As organizações sociais e as OSCIPs detêm personalidade jurídica de direito privado e não têm fins lucrativos.”

Resposta: A alternativa está correta.

2. Por serem pessoas jurídicas de direito privado, as **OSs** (o mesmo valendo, percebendo-se, para OSCIPs) **não fazem jus às prerrogativas processuais inerentes à Fazenda Pública**, como os prazos em dobro (artigo 183 do novo CPC) e a execução de seus débitos por intermédio de precatório (art. 100 da CRFB).

► **Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:**

“RECURSO – APLICABILIDADE ESTRITA DA PRERROGATIVA PROCESSUAL DO PRAZO RECURSAL EM DOBRO (CPC, ART. 188) – PARANAPREVIDÊNCIA – ENTIDADE PARAESTATAL (ENTE DE COOPERAÇÃO) – INAPLICABILIDADE DO BENEFÍCIO EXTRAORDINÁRIO DA AMPLIAÇÃO DO PRAZO RECURSAL – INTEMPESTIVIDADE – RECURSO NÃO CONHECIDO. – As empresas governamentais (sociedades de economia mista e empresas públicas) e os entes de cooperação (serviços sociais autônomos e **organizações sociais**) **qualificam-se como pessoas jurídicas de direito privado** e, nessa condição, **não dispõem dos benefícios processuais inerentes à Fazenda Pública** (União, Estados-membros, Distrito Federal, Municípios e respectivas autarquias), notadamente da prerrogativa excepcional da ampliação dos prazos recursais (CPC, art. 188). Precedentes.” (AI 349477 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 11/02/2003, DJ 28-02-2003 PP-00013 EMENT VOL-02100-04 PP-00697)

→ **Aplicação em concurso.**

- *Juiz Federal – 2ª Região (2013)*

“Segundo o STF, as organizações sociais, como entes de cooperação, dispõem dos benefícios processuais inerentes à fazenda pública, tendo em vista a relevância da sua atividade, que visa o interesse público.”

Resposta: A afirmação está incorreta.

3. A qualificação de uma pessoa jurídica de direito privado como OS é *ato discricionário* (sujeito a juízo de conveniência e oportunidade) do Poder Executivo federal. É o que se entende da expressão “poderá qualificar”. A expressão “atendidos os requisitos previstos nesta Lei”, constante do final

do artigo, não revela o exercício de competência vinculada; antes, apenas materializa o *princípio da legalidade*, dizendo pouco mais do que o óbvio.

4. A ausência de finalidade de lucro é requisito indispensável para que uma pessoa jurídica de direito privado seja qualificada como OS. Se objetivar lucro (e, portanto, configurar atividade empresarial), não há possibilidade de que a pessoa jurídica receba a qualificação.

Por isso é que se afirma que **apenas as ONGs podem ser qualificadas como OSs**. Mesmo assim, nem todas as ONGs podem receber esse qualificativo. Isso porque, seja em razão do *rol taxativo* das atividades contidas no art. 1º, seja em razão do caráter laico do Estado brasileiro, **organizações religiosas** (art. 44, IV, do Código Civil) **não podem ser qualificadas como OS**. Portanto, apenas **associações e fundações** (art. 44, I e III, do Código Civil) **podem ser qualificadas como OS**.

5. Para ser qualificada como OS, a ONG deve atuar nas áreas do *ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde*. **O rol é taxativo**, e, como visto, bem mais restrito do que o previsto na LOSCIP.

Trata-se de serviços públicos ditos *sociais*, ou seja, em relação aos quais há evidente interesse da sociedade e a atuação do Estado em caráter assistencial (ligados, portanto, à ideia de Estado Social Democrático de Direito, ou *Estado de Bem-Estar Social*).

Perceba-se que, seja pelo requisito da ausência de finalidade lucrativa, seja pela taxatividade do rol do art. 1º, **a exploração de serviços públicos ditos econômicos** (como, por exemplo, a atividade de telecomunicação) **é vedada no âmbito das OSs**.

6. Legislação relativa a OSs em âmbito estadual ou municipal pode estabelecer critérios diversos de qualificação, inclusive o caráter não-taxativo do rol, como já decidiu o Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

► **Jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 5ª Região:**

“ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. ORGANIZAÇÃO SOCIAL. QUALIFICAÇÃO. DESNECESSIDADE DE EFETIVO EXERCÍCIO DAS ATIVIDADES FOMENTADAS PELA LEI ESTADUAL Nº. 5.217/03. (...) 1. **A Lei estadual não exige o efetivo exercício de uma das atividades fomentadas pela referida norma legal.** 2. **Inexiste nos autos qualquer referência à existência de outra organização social com objetivo de promover o desenvolvimento científico e tecnológico local, pelo que resta con-**

figurada a inviabilidade de licitação com o fito de escolher determinada organização social para firmar contrato de gestão. (...)” (AGVSEL 20050500016409401, Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, TRF5 – Pleno, DJ – Data::26/08/2005 – Página::834 – Nº::165.)

7. Já se registrou, mas é importante reiterar: a qualificação de uma pessoa jurídica de direito privado como OS se dá por ato *infralegal* – ou seja, por **decreto** do Presidente da República.

→ **Aplicação em concurso.**

- *PGE/PE (2009)*

“Organização social é a qualificação jurídica conferida a pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, para desempenhar serviço público de natureza social. Referida qualificação somente pode ser outorgada e cancelada mediante lei.”

Resposta: A alternativa está incorreta.

Art. 2º São **requisitos específicos** para que as entidades privadas referidas no artigo anterior habilitem-se à qualificação como organização social:

I – comprovar o registro de seu ato constitutivo, **dispondo sobre**:

1. O *registro do ato constitutivo* da pessoa jurídica é *requisito geral decorrente do regime de Direito Privado* (art. 45 do Código Civil). A exigência do registro, propriamente, encontrada na LOS é, nessa perspectiva, inócua. Se a pessoa jurídica não fosse registrada, ela sequer teria, a teor do mencionado art. 45 do Código Civil, “existência legal”.
2. Na verdade, o inciso I do art. 2º da LOS objetiva deixar claro que, do ato constitutivo da pessoa jurídica que será qualificada como OS (cujo registro já é obrigatório por exigência da lei civil, reitera-se), devem constar os **requisitos específicos** arrolados nas alíneas *a* a *i*. Por isso que foram destacados os termos “**dispondo sobre**”, por ser essa a expressão que detém, no dispositivo legal, relevância jurídica.

a) **natureza social de seus objetivos** relativos à respectiva área de atuação;

b) **finalidade não-lucrativa**, com a obrigatoriedade de investimento de seus excedentes financeiros no desenvolvimento das próprias atividades;

1. As alíneas *a* e *b*, como se percebe, apenas tratam da necessidade de expressa formalização, no ato constitutivo da pessoa jurídica qualificada como OS, da **natureza social de seus objetivos** e da **finalidade não-lucrativa**. Relembra-se que a qualificação como OS (o mesmo valendo para a OSCIP) é destinada a ONGs que tenham destacada atuação social.
2. A “obrigatoriedade de investimento de seus excedentes financeiros no desenvolvimento das próprias atividades”, prevista na parte final da alínea *b*, é apenas um mecanismo para evidenciar a ausência da finalidade lucrativa da pessoa jurídica. Em outras palavras, **há vedação legal expressa à distribuição de lucros ou dividendos**.

c) previsão expressa de a entidade ter, como órgãos de deliberação superior e de direção, um **conselho de administração** e uma **diretoria** definidos nos termos do estatuto, asseguradas àquele composição e atribuições normativas e de controle básicas previstas nesta Lei;

1.1. Conselho de administração: é o órgão responsável pela **tomada de decisões de caráter geral** e pela **fiscalização** das atividades da OS. Dele devem participar, como será visto adiante, **representantes do Poder Público e membros da comunidade**.

1.2. Diretoria: é o órgão responsável pela **atividade executiva da OS**. *Sua atuação é submetida à fiscalização do conselho de administração.*

2. O ato constitutivo (estatuto) da OS deve prever que seu **conselho de administração** tenha “atribuições normativas e de controle”, atribuições estas **já previstas na LOS**. O que a parte final da alínea *c* quer, portanto, é que sejam repetidas no estatuto da OS estas atribuições, já existentes na LOS. Trata-se de mais uma *previsão expletiva e inócua*: se as atribuições básicas já estão previstas ao longo da lei, é desnecessário que haja uma previsão genérica determinando que se observem estas atribuições.

2.1. Atribuição normativa diz respeito à possibilidade de edição de normas gerais que disciplinem a atuação da OS, de *forma complementar* – isso é, **no espaço deixado, em primeiro lugar, pela LOS e, em segundo, pelo estatuto da entidade**.

2.2. Atribuição de controle diz respeito à *fiscalização das atividades da diretoria*. Obviamente que essa atribuição de controle, cometida ao conselho de administração, não exclui a submissão da OS – na medida em que

destinatária de verbas públicas – aos órgãos de controle interno e externo da Administração Pública federal.

d) previsão de participação, no órgão colegiado de deliberação superior, de representantes do Poder Público e de membros da comunidade, de notória capacidade profissional e idoneidade moral;

→ **Aplicação em concurso.**

- *PGE/PE (2009)*

“O órgão de deliberação superior da organização social não pode ter representante do poder público.”

Resposta: A alternativa está incorreta.

- *Juiz de Direito/ES (2009)*

“Sendo OS a qualificação jurídica conferida à pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos e instituída por iniciativa de particulares, é vedada a participação de representantes do poder público em seu órgão de deliberação superior.”

Resposta: A alternativa está incorreta.

1. Ao lado da participação de representantes do Poder Público no **conselho de administração**, tem-se, ainda, a previsão da “participação de membros da comunidade, de notória capacidade profissional e idoneidade moral”. Trata-se de **exigência ligada ao relevante caráter social da atuação que se exige de uma ONG para sua qualificação como OS.**

e) composição e atribuições da diretoria;

1. Trata-se de mais uma previsão apenas inócua. A necessidade de que o ato constitutivo de qualquer pessoa jurídica preveja a **composição de sua diretoria** e as **atribuições** desta é exigência constante, antes de qualquer coisa, da própria legislação civil (art. 46, II, III e IV, do Código Civil).

f) obrigatoriedade de **publicação anual, no Diário Oficial da União**, dos relatórios financeiros e do relatório de execução do contrato de gestão;

1. Como decorrência de sua qualificação como OS e da celebração do contrato de gestão, passa a pessoa jurídica de direito privado a receber, como visto, auxílio do Poder Executivo federal (*recursos financeiros, materiais e humanos*).
2. Nessa perspectiva, como medida de simples transparência, está a previsão legal da publicação anual, no Diário Oficial da União, dos **relatórios financeiros** e do **relatório de execução do contrato de gestão**.

2.1. Os **relatórios financeiros** devem ser publicados no Diário Oficial da União porque se trata da **aplicação de recursos públicos**. Há, evidentemente, a necessidade de *transparência* e de *prestação de contas* quanto a esses gastos.

2.2. Já o **contrato de gestão** é instrumento por meio do qual se estabelece regime de colaboração para a prestação de serviços públicos ditos sociais pela OS. Por isso mesmo, é igualmente salutar a publicação do relatório da execução do contrato de gestão no Diário Oficial da União.

g) no caso de associação civil, a aceitação de novos associados, na forma do estatuto;

h) **proibição de distribuição de bens ou de parcela do patrimônio líquido** em qualquer hipótese, inclusive em razão de desligamento, retirada ou falecimento de associado ou membro da entidade;

i) previsão de incorporação integral do patrimônio, dos legados ou das doações que lhe foram destinados, bem como dos excedentes financeiros decorrentes de suas atividades, em caso de **extinção ou desqualificação**, ao **patrimônio de outra organização social** qualificada no âmbito da União, da mesma área de atuação, ou ao **patrimônio da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios**, na proporção dos recursos e bens por estes alocados.

1. As alíneas *h* e *i* estão ligadas à indispensável **finalidade não-lucrativa da OS**.

1.1. Assim, tanto não pode haver qualquer tipo de distribuição de lucros quanto não se permite, inclusive, a distribuição de bens ou parcela de patrimônio líquido por “desligamento, retirada ou falecimento de associado ou membro” da OS.

2. Há que se distinguir **extinção** de **desqualificação** das OSs:

2.1. Extinção: a disciplina da extinção das OSs, em linhas gerais, é a disciplina da extinção de qualquer pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos, contemplada nos arts. 61 e 69 do Código Civil.

2.2. Desqualificação: a desqualificação de uma associação ou fundação equivale à **revogação do ato de qualificação**. Aquela pessoa jurídica, assim, deixa de ser qualificada como OS – e, portanto, fica fora da incidência da LOS. Embora a qualificação seja ato discricionário, a **desqualificação é um ato vinculado**, ligado à **comprovação do descumprimento do contrato de gestão**, e deve ser precedida de processo administrativo, a teor do art. 16 da LOS.

II – haver aprovação, *quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social*, do Ministro ou titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social e do Ministro de Estado da Administração Federal e Reforma do Estado.

1. O inciso II do art. 2º trata de *aprovação Ministerial* prévia à qualificação da ONG como OS.

1.1. Importante não confundir: *aprovação ministerial prévia* com o *ato de qualificação propriamente*. Isso porque a qualificação de uma entidade como OS não é ato de Ministro de Estado (diferentemente da qualificação como OSCIP, que é levada a efeito por *portaria do Ministro da Justiça*). **A qualificação de uma entidade como OS é ato do Chefe do Poder Executivo, veiculada por meio de decreto.** Assim, após a aprovação ministerial de que trata o art. 2º, II, da LOS, o Presidente da República expede o decreto qualificando a entidade como OS.

- 2 Levando-se em conta que a celebração do contrato de gestão é situação que se segue de forma imediata à qualificação da pessoa jurídica como OS, parece, efetivamente, não ser possível desconsiderar a discricionariedade no ato de qualificação – o que não quer dizer que esse reconhecimento não se deva pautar por critérios objetivos, como considerou o STF no julgamento da ADI 1923. Vale dizer, **a qualificação como OS não se resume ao reconhecimento da relevância social da ONG** (diferentemente, portanto, do que se passa em relação à qualificação como OSCIP). A qualificação como OS, reitera-se, é ato que, necessariamente, antecede ao contrato de gestão, pelo qual será estabelecido necessariamente um regime de colaboração entre o Poder Público e a pessoa jurídica de direito privado.

Seção II
Do Conselho de Administração

Art. 3º O conselho de administração deve estar estruturado nos termos que dispuser o respectivo estatuto, observados, **para os fins de atendimento dos requisitos de qualificação**, os seguintes critérios básicos:

1. Os critérios definidos no art. 3º, de acordo com o seu *caput*, são **requisitos de qualificação** da pessoa jurídica de direito privado como OS. Vale dizer, se não forem observados os parâmetros contemplados em **todos os incisos do art. 3º** (e, particularmente, em **todas as alíneas do inciso I**, com a ressalva de que a alínea c é requisito específico destinado apenas às associações) **não poderá a ONG ser qualificada como OS**.

I – ser composto por:

- a) 20 a 40% (vinte a quarenta por cento) de membros natos **representantes do Poder Público**, definidos pelo estatuto da entidade;

→ **Aplicação em concurso.**

- *PGE/PE (2009)*

“O órgão de deliberação superior da organização social não pode ter representante do poder público.”

Resposta: A alternativa está incorreta.

- *Juiz de Direito/ES (2009)*

“Sendo OS a qualificação jurídica conferida à pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos e instituída por iniciativa de particulares, é vedada a participação de representantes do poder público em seu órgão de deliberação superior.”

Resposta: A alternativa está incorreta.

1. Como já visto, **este é um dos dispositivos mais criticados da LOS** (*contudo não teve sua inconstitucionalidade reconhecida na ADI 1923*).

- b) 20 a 30% (vinte a trinta por cento) de membros natos **representantes de entidades da sociedade civil**, definidos pelo estatuto;

1. Os **representantes de entidades da sociedade civil** mencionados na alínea *b* **não se confundem com membros, associados, ou representantes da própria pessoa jurídica de direito privado a ser qualificada como OS.** Como se pode ver, trata-se de representantes de *outras ONGs* que integrem o conselho de administração da entidade que vai receber a qualificação de OS.

c) até 10% (dez por cento), no caso de **associação civil**, de **membros eleitos** dentre os membros ou os associados;

1. O requisito da alínea *c* dirige-se apenas às associações. Com efeito, *fundações não são compostas por membros ou associados* (trata-se, como é consabido, de um patrimônio destacado por seu instituidor para uma determinada finalidade), motivo pelo qual a previsão, realmente, não pode ser dirigida às fundações.

d) 10 a 30% (dez a trinta por cento) de **membros eleitos pelos demais integrantes do conselho**, dentre pessoas de notória capacidade profissional e reconhecida idoneidade moral;

e) até 10% (dez por cento) de **membros indicados ou eleitos na forma estabelecida pelo estatuto**;

1. As alíneas *a* a *d* estabelecem normas cogentes de formação do conselho de administração. A alínea *e*, por sua vez, dá **margem de liberdade** para que o estatuto da entidade estabeleça a forma de composição de 10% do mesmo conselho.

II – os membros eleitos ou indicados para compor o Conselho devem ter **mandato de quatro anos**, admitida **uma recondução**;

III – os representantes de entidades previstos nas alíneas “a” e “b” do inciso I devem corresponder a **mais de 50% (cinquenta por cento)** do Conselho;

1. O inciso III objetiva que os **representantes do Poder Público** (alínea *a* do inciso I) e os **representantes de entidades da sociedade civil** (alínea *b* do