



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA

BRUNO VALVERDE CHAHAIRA

O TERCEIRO SETOR:
SISTEMATIZAÇÃO NORMATIVA A PARTIR DA SOCIEDADE
CIVIL

Londrina
2011

BRUNO VALVERDE CHAHAIRA

O TERCEIRO SETOR:
SISTEMATIZAÇÃO NORMATIVA A PARTIR DA SOCIEDADE
CIVIL

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Adauto de Almeida Tomaszewski

Londrina
2011

BRUNO VALVERDE CHAHAIRA

O TERCEIRO SETOR:
SISTEMATIZAÇÃO NORMATIVA A PARTIR DA SOCIEDADE CIVIL

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Adauto de Almeida Tomaszewski

Prof. Dr. Elve Miguel Cenci

Prof. Dr. Frederico Unterberger

Londrina, 8 de dezembro de 2011.

Este trabalho é dedicado aos meus pais,
pelo apoio, amor, carinho e compreensão.

AGRADECIMENTOS

Ao Pai Criador, que inspira minha vida.

Ao orientador e amigo, Professor *Dr. Aduino de Almeida Tomaszewski*, pela paciência, dedicação e compreensão.

As minhas verdadeiras amigas, *Patrícia Aletéia e Tatiana Gimenes*, que mesmo diante das grandes dificuldades nunca me abandonaram.

Ao amigo Irmão Frederico Unterberger, pela amizade, companheirismo e disposição.

A minha família, *papai, mamãe e irmã*, que sempre estiveram ao meu lado e confiaram em mim.

“As deficiências e distorções do Estado poderão ser oportuna e convenientemente corrigidas, para que ele seja, efetivamente, um instrumento de todos os homens para a consecução da Justiça e da Paz.”

Dalmo de Abreu Dallari

“É curioso imaginar que mais de duzentos anos depois do nascimento do Estado moderno sob o signo da liberdade e da dignidade humana ainda haja espaço para discutir, pensar, denunciar ou mesmo constatar a existência de franjas da sociedade que não só não estão cobertas pelo manto protetor do Estado, como sofrem opressão exatamente por isso”

Carlos Frederico Marés de Souza Filho

CHAHAIRA, Bruno Valverde. **O terceiro setor: sistematização normativa a partir da sociedade civil.** 2011. 71 f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina. 2011.

RESUMO

Inserido na linha de pesquisa do Programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, devido aos ajustes negociais que são peculiares entre a iniciativa privada e os entes definidos como Pessoas Jurídicas de Direito Público, o presente trabalho trata do surgimento do Terceiro Setor, seus aspectos legais e principalmente a aproximação com a Sociedade Civil. A partir da década de 90 do século XX mais se ampliou o espaço da sociedade civil, crescendo o número de entidades e associações que passaram a ser conhecidas sob o nome de Organizações Não Governamentais (ONGs) ou sob a denominação de Terceiro Setor. Em virtude do florescimento em alto grau e das atuações dessas entidades, o Estado pluralista, Estado de associações, Estado de organizações, com reflexos do convívio entre o Estado e as entidades do terceiro setor, incidindo sobre a tradicional dicotomia público e privado, passou a buscar, não mais uma separação rígida, mas a busca de critérios de coexistência. No final da década de noventa, o país tenta, por meio de duas importantes leis 9790/99 e 9638/98, respectivamente, Lei das OSCIPS e Lei das O.S, implantar um marco legal para o Terceiro Setor. Contudo, mais uma vez, a legislação trouxe falhas graves e falta de controle rígido sobre os repasses financeiros. Ao tratar deste tema tão delicado, procura-se trazer outras legislações que regulamentam as entidades e apontar em cada uma das espécies suas peculiaridades. Busca-se ainda o caráter negocial das parcerias entre as entidades do Terceiro Setor e os entes do poder público, através da celebração de contratos, convênios e termos de parcerias, todos estudados minuciosamente no presente trabalho.

Palavras-chave: Direito. Direito privado. Terceiro setor. ONGs. Sociedade civil. Oscip. OS.

CHAHAIRA, Bruno Valverde. The third sector: systematic rules from civil society. 2011. 71f. Dissertation (Master of Law Negotiation) - Universidade Estadual de Londrina, Londrina. 2011.

ABSTRACT

Inserted in the research line of the Universidade Estadual de Londrina, due to the Negotiable Law Master's Degree Program adjustments, which are peculiar between the private institution and the judicial entities of Public Law, the current work deals with the occurrence of the Third Sector its legal aspects and mainly the proximity with Civil Society. From the 20th century decade of the 90's the civil society amplified and the number of entities and associations grew and became recognized under the name of Non-Governmental Organizations (NGO's) or under the name of Third Sector. Due to the high flourishing and actions of those entities, the pluralist state, the Associations State, Organizations State, with reflexes of the relationship between the State and the entities of the third sector, affecting the traditional public and private dichotomy, tried not to find a rigid separation but to find criteria of coexistence. At the end of the decade of the 90's the Country tries through two important laws 9790/99 and 9638/98 respectively, the OSCIPS and the O.S., to implement a legal landmark for the Third Sector , once again the legislation had serious flaws and lack of rigid control on the payments. Treating this so delicate topic, we try to bring other legislations which rule the entities and and point out on every one of the kinds of peculiarities. We also look for a negotiable character of the partners among the Third Sector and the public power, through contracts, agreements, all thoroughly studied in the current work.

Keywords: Law. Private law. Third sector. NGO's. Civil society. OSCIP. OS.

LISTA DE ABREVIATURAS

Abong	Associação Brasileira de Organizações Não Governamentais
ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
Art.	Artigo
BID	Banco Interamericano de Direito
BIRD	Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento
CEBAS	Certificação de Entidades Benéficas de Assistência Social
CF	Constituição Federal
CNAS	Conselho Nacional de Assistência Social
CNO	Cadastro Nacional de Organizações Não Governamentais
CNPJ	Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas
DF	Distrito Federal
EC	Emenda Constitucional
Fasfil	Fundações Privadas e Associações sem Fins Lucrativos
FGTS	Fundo de Garantia por Tempo de Serviço
FMI	Fundo Monetário Internacional
Gife	Grupo de Institutos, Fundações e Empresas
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
LOAS	Lei Orgânica da Assistência Social
ONG	Organização Não Governamental
ONU	Organização das Nações Unidas
OS	Organização Social
OSCIP	Organização da Sociedade Civil de Interesse Público
OTAN	Organização Tratado do Atlântico Norte
PL	Projeto de Lei
STN	Secretaria do Tesouro Nacional

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 A AFIRMAÇÃO DO ESTADO E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	13
2.1 TERCEIRO SETOR: EVOLUÇÃO E AFIRMAÇÃO (O. S. E OSCIPS).....	16
3 A RELAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL E O TERCEIRO SETOR.....	25
3.1 ORIGENS, DEFINIÇÕES E ENQUADRAMENTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO	25
3.2 BREVES CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS DO TERCEIRO SETOR.....	29
3.3 AS RELAÇÕES ENTRE O TERCEIRO SETOR E A SOCIEDADE CIVIL - ONG'S	31
3.3.1 As Organizações Não Governamentais (ONGs)	31
3.3.2 Breves Considerações Acerca das Pessoas Jurídicas de Direito Privado sem Intuito Lucrativo	33
3.3.3 Entidades Assistenciais e a Questão Filantropia.....	38
3.3.3.1 Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social (CEBAS)	44
3.4 GESTÃO PRIVADA DE RECURSOS PÚBLICOS PARA FINS PÚBLICOS: ATUAÇÃO NAS ÁREAS DA EDUCAÇÃO, SAÚDE E ASSISTÊNCIA SOCIAL	45
4 O TERCEIRO SETOR.....	52
4.1 O TERCEIRO SETOR E A LEGISLAÇÃO CORRELATA.....	52
4.1.1 Repasses Financeiros para as OSCIPs	53
4.2 ORGANIZAÇÕES SOCIAIS: CONTRATO DE GESTÃO	57
4.3 O IMPACTO DA LEGISLAÇÃO NO TERCEIRO SETOR	60
5 APONTAMENTOS FINAIS	64
REFERÊNCIAS.....	67
ANEXOS	71

1 INTRODUÇÃO

As últimas décadas desfizeram mitos e ilusões. O mundo viveu a transformação do mundo socialista ao Estado Neoliberal numa velocidade alucinante. O Estado passou a faltar em algumas necessidades básicas dos cidadãos, isso fez com que prospecções inspiradas em teorias sociais generosas perdessem força, como as Teorias Socialistas de Karl Marx, por exemplo, em que Estado seria o grande provedor das necessidades básicas da população.

Contudo, com o passar dos anos, a realidade não foi exatamente como previam tais teorias e exigiram ágeis readaptações político-administrativas por parte do Estado. Isso fez com que a sociedade civil se organizasse cada vez mais e ganhasse força frente à fragilidade do Estado em suprir às necessidades básicas de sua população. Surge, então, oficialmente o chamado Terceiro Setor.

O Terceiro Setor no Brasil não é uma realidade nova nem tampouco importante. Ele abrange as Organizações Não-Governamentais, Organizações Sociais (O.S), Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP's), Fundações, Institutos Empresariais, Associações Comunitárias, Instituições Filantrópicas e outras. Ainda que seja precária e bastante recente a consciência que atribui unidade e um sentido relativamente homogêneo às práticas que as abordagens tradicionais identificavam exclusivamente à filantropia ou à solidariedade cívica, o Terceiro Setor se tornou nos dias de hoje, peça fundamental no desenvolvimento da sociedade mundial, preenchendo as lacunas deixadas pelo Poder Público.

Empresas, Igrejas, entidades das mais diversas linhas de atuação investem, há décadas, em iniciativas cujo impacto social está longe de ser insignificante, mesmo tendo sido quase sempre desprezadas. Para usar uma fórmula caricata e grosseira, mas didaticamente útil, a própria sobrevivência de amplas camadas da sociedade brasileira parece inexplicável, quando se lêem os dados relativos à renda e sua absurda distribuição. É importante destacar que laços e canais invisíveis se estabeleceram e se consolidaram ao longo dos anos, o que propiciou a existência de fluxos de recursos dos mais diferentes tipos, em diversas esferas da população. Isto criou condições mais humanas e suportáveis para muitos grupos marginalizados e redefiniu o pacto social por reinvestir na sociabilidade.

Atualmente no Brasil admite-se que as Organizações do Terceiro Setor podem ser parceiras eficazes na execução das políticas sociais. Mais do que isso, reconhece-se que esse setor cumpre um papel social importante e que, por isso, deve ser incentivado e apoiado para que possa crescer e melhorar seu desempenho, atendendo assim as necessidades das camadas sociais mais necessitadas.

A partir do final do século XX, a sociedade ingressou em uma nova realidade denominada Organizações Não Governamentais – ONGs - que, até certo tempo atrás eram contestadoras, cobradoras do Poder Público de melhores condições de vida à população e logo passaram a ser parceiras do Estado, prestando serviços sociais como educação, saúde, assistência social, cultura, entre outros, que antes, na sua maioria, eram executados diretamente pelo Estado.

O estudo do Terceiro Setor se tornou cada vez mais importante, considerando sua participação cada vez maior na execução de serviços sociais ou não exclusivos.

O presente trabalho terá por objeto a análise das relações de “Parceria” entre a Administração Pública e entidades da sociedade civil sem fins lucrativos. Pretende-se definir com clareza o regime jurídico dos vários instrumentos existentes, em face ao ordenamento jurídico pátrio, como os contratos administrativos, convênios, contratos de gestão e termos de parceria, para fins diversos como cooperação, fomento e desburocratização do aparelho estatal.

O presente estudo abará apenas as transferências diretas ocorridas por meio destes instrumentos firmados com organizações da sociedade civil, normalmente qualificadas com títulos concedidos pelo Poder Público, como por exemplo, o título de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), concedido pelo Ministério da Justiça.

Antes de se adentrar ao tema do Terceiro Setor e suas parcerias, far-se-á uma análise do papel do Estado e da Administração Pública, tratando de temas como o Estado social, a democracia e a burocracia do setor público.

Para tratar do tema apresentado, a partir do método dedutivo, este será dividido em três partes. No primeiro capítulo expor-se-á sobre o Estado e a Administração Pública, aprofundando as diferenças entre Estado e Governo e a relação das entidades do Terceiro Setor com o Poder Público, com uma breve

passagem sobre as pessoas jurídicas sem fins lucrativos, mais especificamente OSCIPs e O.S, bem como os títulos ou qualificações que existem para essas entidades.

No segundo capítulo, tratar-se-á diretamente da caracterização e das relações entre o Terceiro Setor e sociedade civil, com vários posicionamentos existentes sobre o tema, não apenas com o viés jurídico, uma vez que o Terceiro Setor trabalha diretamente os problemas sociais em nosso país, como substituto de uma ação direta do Estado em áreas sociais como educação, saúde e assistência social. Por isso, ao trabalho serão carreadas as definições das várias formas de associação e como estão divididas no Código Civil. Ao final deste capítulo, tratar-se-á das relações entre as entidades e a sociedade civil.

O terceiro e último capítulo será reservado para discussões sobre a Sistematização Normativa a partir da sociedade civil bem como a regulamentação do Terceiro Setor no país. Tratar-se-á diretamente da temática central do presente trabalho, ou seja, a Sistematização Normativa do Terceiro Setor, abrangendo as parcerias com a Administração Pública, bem como o aspecto negocial dessas parcerias celebradas com o Poder Público, adequando-o à linha de pesquisa do Curso de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina.

É nesta realidade social que o presente estudo pretende passar uma visão realista e, por muitas vezes, de muita indignação com a situação vivida pela sociedade brasileira.

2 A AFIRMAÇÃO DO ESTADO E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O Estado é uma nação política e juridicamente organizada. Uma pessoa jurídica de Direito Público interno, com soberania, composta pelo povo e regida pelo governo, com o seu poder político. A Administração Pública é o aparelho através do qual o Estado se utiliza para a consecução dos escopos do governo.

Sobre o Estado, Bacellar Filho¹ salienta que: “Não podendo viver isoladamente, o homem constituiu sociedades que tiveram de se organizar internamente para poder sobreviver, nascendo assim o conceito de nação.”

Para o referido autor o Estado é uma nação politicamente organizada. É um ente composto por seu governo soberano, de um poder de mando originário; é comunidade de homens, com força superior de ação, de mando e de coerção; é pessoa jurídica de Direito Público interno que atua no Direito Público e Privado; juridicamente organizado, é constituído de povo, território e governo; sua vontade manifesta-se por meios de seus Poderes (funções) Executivo, Legislativo e Judiciário, com suas atividades e competências precípuas, mas não necessariamente privativas. Já o Governo, para o autor, é o conjunto de Poderes e órgãos constitucionais, o complexo de funções estatais básicas, a condução política dos negócios públicos e sua constante é a sua expressão política de comando, de iniciativa, de fixação de objetivos do Estado e de manutenção da ordem jurídica vigente.

No entanto, para definir Governo cita-se também os ensinamentos de Bobbio², que ressalta,

Governo é o conjunto de pessoas ou complexo de órgãos que exercem o poder político e que determinam a orientação política de uma determinada sociedade, os governantes são as pessoas que governam o Estado e os governados são aqueles sujeitos ao poder de governo na esfera estatal.

Para o autor, se o Estado surgiu no século XVI, um poder de

¹BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Contrato administrativo. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; MOTTA, Roberto Ferreira, CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (Coord.). **Direito administrativo contemporâneo**: estudos em memória ao Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho. Belo Horizonte: Fórum, 2004.p. 111.

²BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: para uma teoria geral da política. 13. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006. p. 10.

governo rudimentar aparece na passagem da comunidade primitiva para a organização política da sociedade. O governo é o órgão que tem a função de impor as regras de conduta e de tomar as decisões necessárias para manter a coesão do grupo. É também uma forma de poder relativamente autônoma em relação aos vários grupos sociais, com a função específica de realizar a integração política da sociedade e a sua defesa no confronto com os grupos externos.

O governo coincide com o Poder Executivo, a Administração Pública executa as decisões do governo e os órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, mesmo não sendo órgãos de governo, delimitam e controlam suas ações.

Conforme o entendimento do Hely Lopes Meirelles³ é possível dizer que a Administração Pública é o conjunto de órgãos instituídos para consecução dos objetivos do governo; é o conjunto das funções necessárias aos serviços públicos em geral; é o desempenho perene e sistemático, legal e técnico, dos serviços próprios do Estado ou por ele assumidos em benefício da coletividade; é todo o aparelhamento do Estado preordenado à realização de serviços, visando a satisfação das necessidades coletivas.

Ainda no entendimento de Bacellar Filho, tem-se com relação Administração Pública que,

À medida que o Poder Público se organiza, cria um aparelhamento complexo para cuidar de seus serviços e dar consecução aos seus objetivos. O autor ainda ensina que a Administração Pública, considerada um aparelhamento constituído pelo Estado para satisfazer o bem comum, deve ter realçada, em sua atuação, a compreensão de que o Estado é uma síntese de todos. Conclui que "a existência da Administração Pública só tem sentido em função de uma justa e eqüitativa distribuição, entre os cidadãos, dos direitos e os encargos sociais."⁴

A Administração Pública é vista como um conjunto de disposições e intervenções mediante as quais o Estado e outras entidades públicas buscam, dentro dos rumos gerais traçados pela Política, a satisfação do bem comum.

A principal finalidade está direcionada a coordenação e orientação das atividades públicas, assegurando sempre a satisfação regular das necessidades

³MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p.109.

⁴BACELLAR FILHO, op. cit., p. 128.

de bem-estar dos indivíduos, obtendo e empregando racionalmente para esse efeito os recursos possíveis e adequados para sempre atingir o êxito esperado pela sociedade.

Ainda se pode definir como,

Um sistema de órgãos hierarquizados ou coordenados a que está atribuída à promoção e realização dos interesses coletivos por iniciativa própria, para execução de preceitos jurídicos ou por imposição do bem comum, e utilizando todas as técnicas adequadas à obtenção dos resultados visados, podendo também praticar atos jurisdicionais relacionados com sua atividade funcional.⁵

Não há como falar em Estado sem abordar a questão do Estado Social. Para falar de Estado Social se faz necessária a busca pelos conhecimentos do sociólogo português Boaventura de Souza Santos, que retrata a reforma do Estado, demonstrando dois paradigmas de transformação social da modernidade, sendo o primeiro a grande revolução contra o Estado e o segundo o reformismo, realizado pelo Estado.

O Estado é o grande precursor das dificuldades, pois a população cresceu de maneira desenfreada e ao mesmo tempo não conseguiu suportar a demanda, deixando de prover as necessidades básicas de seu povo; por isso, vem a ser o foco principal da atuação da reforma, fazendo surgir a grande crise do reformismo. Esse momento chamado de reformismo destacou o Estado como se ele fosse uma grande “arena política” onde o capitalismo buscou cumprir todas as suas potencialidades por via do reconhecimento dos seus limites. A forma política mais acabada do reformismo foi o Estado-Providência nos países centrais do sistema mundial como a Inglaterra, Áustria e Alemanha, onde a tradição social democrata tem fortes raízes e o Estado desenvolvimentista nos países semiperiféricos e periféricos, como o Brasil.

Para Santos,

Enquanto mudança social normal, o reformismo não é pensável sem o contraponto da mudança social anormal, ou seja, da revolução. Aliás, o mesmo vale para a revolução. A análise das grandes

⁵BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Reflexões do direito administrativo**. São Paulo: Fórum, 2010. p. 12.

revoluções modernas mostra que todas elas recorrem ao reformismo como condição do seu êxito e consolidação. De fato, uma vez ocorrida a ruptura revolucionária, as primeiras medidas dos novos poderes foram invariavelmente as de se protegerem contra a eclosão de novas revoluções para o que recorreram à lógica reformista da repetição e melhoria retrospectivamente, pois, as revoluções têm sido sempre o momento inaugural do reformismo enquanto o reformismo só faz sentido político enquanto Processo pós-revolucionário. Mesmo quando o seu objetivo é prevenir a eclosão da revolução, a sua lógica opera por antecipação da situação pós-revolucionária.⁶

A realidade é que com o fim do reformismo se inicia o movimento para a reforma do Estado, tendo como grande fase inicial a figura do Estado irresponsável, trazendo a ideia de que o Estado era inerentemente ineficaz, parasitário e predador. Por isso a única reforma possível e legítima consiste em reduzir o Estado ao mínimo necessário ao funcionamento do mercado.⁷

A partir deste momento a sociedade brasileira percebe que existiam funções que eram exclusivas do Estado, bem como que existiam funções das que o Estado foi tomando por concorrência de outras instâncias não estatais de regulação social.

Toda a mudança estatal provocada por esse movimento, que impressionou a sociedade global, trouxe assuntos importantes para serem analisados e discutidos dentro de nosso Estado como dívida externa, ajustamento estrutural, controle do *déficit* público e inflação, privatização, desregulamentação, entre outros assuntos que desestruturavam o Estado.

2.1 TERCEIRO SETOR: EVOLUÇÃO E AFIRMAÇÃO (O.S E OSCIPS)

Na perspectiva clássica, o Estado representa uma sociedade política organizada e detentora do poder soberano, que lhe atribui força necessária à criação de uma ordem jurídica, dentro dos limites de seu território, e autoriza a imposição dessa ordem ao seu povo. Fazendo uma sucinta análise de cada um dos elementos do Estado, tem-se:

a) Soberania representa tanto o respeito geral ao ente criado para

⁶SANTOS, Boaventura de Souza. **A reinvenção solidária e participativa do Estado**. Coimbra: Centros de Estudos Sociais, 1999. p. 3-4.

⁷Ibidem, p. 6.

organizar politicamente a sociedade, como a força necessária à imposição das decisões dele emanadas, ou seja, a soberania é representada pelo monopólio da força ou da coerção legítima,⁸ onde somente o Estado possui legitimidade para criar e impor direitos e deveres por meio de normas aos membros da sociedade que representa;

- b) o limite material ao exercício do poder estatal é a fronteira, ou seja, o Estado é detentor de poder soberano somente nos limites do seu território, não tendo legitimidade para impor suas decisões fora desses limites; inclusive nos casos de extensão do território, como nos navios, aeronaves, consulados e embaixadas.
- c) o destinatário das decisões emanadas do poder Estatal é o povo de determinado território, não estando outros povos sujeitos legitimamente à sua força.

Ainda fortalecendo a definição do Estado, Bacellar Filho, salienta que:

[...] não podendo viver isoladamente, o homem constituiu sociedades que tiveram de se organizar internamente para poder sobreviver, nascendo assim o conceito de nação. O Estado é uma nação politicamente organizada, composto por seu governo soberano. O Estado é a ordem jurídica soberana, que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território.⁹

Diante de todo esse estudo sobre o Estado e suas particularidades, é importante ressaltar que existem diferenças significativas entre o Estado e o Governo.

⁸“Na teoria pura de Kelsen, a soberania não é um ‘poder’ como ensina a corrente tradicional, nem tampouco uma ‘qualidade do poder’, como pretendem especialmente os partidários da escola de Gerber e de Laband, mas representa tão-somente a unidade e a validade de um dado sistema de normas, unidade e validade que são uma decorrência lógica de ‘norma fundamental hipotética’ posta pelo jurista como condição do próprio sistema” (REALE, Miguel. **Teoria do direito e do estado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 78).

⁹BACELLAR FILHO, 2010, p. 5.

Hely Lopes Meirelles faz uma distinção entre o Estado e o Governo, que é importante neste momento destacar:

O Estado é a corporação territorial dotada de um poder de mando originário, é comunidade de homens, com potestade superior de ação, de mando e de coerção, é pessoa jurídica de direito público interno, soberana, que atua no Direito público e privado, juridicamente organizado, constituído de povo (componente humano), território (base física) e governo soberano (elemento condutor); e a vontade do Estado manifesta-se por meios de seus Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, com suas funções precípua, mas não privativas. Já o governo, é o conjunto de Poderes e órgãos constitucionais, é o complexo de funções estatais básicas, é a condução política dos negócios públicos, e sua constante é a sua expressão política de comando, de iniciativa, de fixação de objetivos do Estado e de manutenção da ordem jurídica vigente.¹⁰

Conforme os ensinamentos de Hely Lopes Meirelles é possível visualizar, que a formação do governo é vista como um conjugado de pessoas ou complexo de órgãos, que utilizam sempre como basilar exercício o poder político, que se justifica com atividades, bem como auxiliando na medida do possível em orientações e é claro prestando toda a assessoria frente ao controle político na sociedade.

No entanto para Bobbio tem-se que,

[...] se o Estado surgiu no século XVI, um poder de governo, rudimentar, aparece na passagem da comunidade primitiva para a organização política da sociedade. O governo é o órgão que tem a função de impor as regras de conduta e de tomar as decisões necessárias para manter a coesão do grupo, é uma forma de poder relativamente autônomo em relação aos vários grupos sociais, com a função específica de realizar a integração política da sociedade e a sua defesa no confronto com os grupos externos. O governo coincide com o Poder Executivo, a Administração Pública executa as decisões do governo, e os órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, mesmo não sendo órgãos de governo, delimitam e controlam suas ações.¹¹

Por meio dos ensinamentos de Norberto Bobbio é possível entender o governo como sendo um órgão, que tem a função de impor as regras de conduta e de tomar as decisões necessárias para manter a coesão do grupo, tanto que ele

¹⁰MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 178.

¹¹BOBBIO, op.cit., p. 12.

destaca que o governo coincide com o Poder de Executivo, de tomada de decisões, buscando sempre a função específica de realizar a integração política da sociedade e a sua defesa no confronto com os grupos externos.

No entanto, sabe-se que o governo, como bem ressaltou Norberto Bobbio, tem uma forma de poder relativamente autônoma em relação aos vários grupos sociais. Logo, dentro de nossa sociedade se percebe a atuação desses grupos sempre em função dos benefícios sociais, como é o caso das Organizações Sociais, que foram criadas pelo Governo de Fernando Henrique Cardoso, e adotaram o padrão das organizações chamadas “quangos” (*quasi non-governmental organizations*), do Reino Unido. Logo, as organizações sociais são “quase-governamentais”, por sua dependência aos recursos públicos, com sua estrutura com membros do Poder Público e, porque até agora resultaram da extinção de entidades públicas, faltando a elas as características de autogoverno e participação voluntária.

Ao falar de autogoverno, deve-se entender um conceito abstrato que pode se referir a diversas escalas de organização, podendo-se utilizar o termo para descrever um povo ou grupo apto a exercer todas as funções necessárias do poder sem influência de qualquer autoridade que eles mesmos não possam alterar.

Ferreira defende a existência de entidades governamentais e não governamentais, a saber:

Existem as entidades governamentais e não governamentais, sendo que as organizações sociais não são governamentais, não têm vinculação administrativa legal com o Poder Público, mas apenas relação via contrato de gestão. A qualificação Organizações Sociais ainda, poderá ser concedida pelo Poder Executivo Federal às pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, que atuem na área do ensino, da pesquisa científica, do desenvolvimento tecnológico, da proteção e preservação do meio ambiente, da cultura e da saúde.¹²

Quando se fala em Organizações Sociais, logo se relaciona o assunto ao contrato de gestão, mas é importante ressaltar que essas entidades não devem ser vistas e entendidas como um tipo de entidade pública não estatal, mas uma qualidade dessas entidades, declaradas pelo Estado.

¹²FERREIRA, Sérgio de Andréa. **Lições de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Rio, 1962. p. 32.

Modesto entende que

O Estado apenas regulador é o Estado mínimo, mas defende que as reformas gerenciais ocorridas no Brasil pregam o Estado regulador e promotor dos serviços sociais básicos e econômicos estratégicos, sem a necessidade de que sejam realizados pelo aparato estatal.¹³

Ainda para entender o objetivo das Organizações Sociais, cita-se Ferreira:

[...] fica claro, e que embora não expresso na lei, que o principal objetivo das OS não é, como no caso das OSCIP, as associações civis, mas a absorção de atividades desenvolvidas por órgãos e entidades públicas, com conseqüente extinção destes. E, no sentido do que já foi aqui tratado, que embora fale de publicização, a Lei está, efetivamente, galgando mais um passo na diminuição da estrutura administrativa, por um processo de privatização.¹⁴

Di Pietro ressalta que: “O termo ‘publicização’ é ‘inadequado e infeliz’, pois apenas ocorreria a ‘publicização’ se a atividade fosse deslocada da iniciativa privada para a área governamental, e no caso é o inverso, entendendo que ocorre, na verdade, a desestatização.”¹⁵

A Lei nº 9.637/98 acaba por dispor 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; dessa forma é possível dizer que essas organizações são vistas como pessoas jurídicas de Direito Privado, sem fins lucrativos, que estão voltadas para atividades de proeminente estima social, que independem de autorização do Poder Público, designadas por ação de privados segundo exemplo previsto em lei.

A legislação pertinente não lança muitas luzes acerca de uma definição das Organizações Sociais. Entretanto, pode servir como um bom ponto de partida o art. 1º da Lei 9.637/98, *in verbis*:

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

¹³MODESTO, Paulo Eduardo Garrido. **Nova organização administrativa brasileira**. Belo Horizonte: Fórum, 2008a. p. 98.

¹⁴ FERREIRA, op. cit., p. 36.

¹⁵DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Curso de direito administrativo**. Curitiba: Atlas, 2007. p. 85.

desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos aos requisitos previstos nesta Lei.¹⁶

O conceito legal revela-se insuficiente para abranger toda a complexidade do instituto. Paulo Eduardo Garrido Modesto, que nos traz uma definição mais analítica em seu trabalho *Reforma Administrativa e do Marco Legal das Organizações Sociais no Brasil – As Dúvidas dos Juristas sobre o Modelo das Organizações Sociais*, a saber:

As organizações sociais são pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, voltadas para atividades de relevante valor social, que independem de concessão ou permissão do Poder Executivo, criadas por iniciativas de particulares segundo modelo previsto em lei, reconhecidas, fiscalizadas e fomentadas pelo Estado.¹⁷

Entende-se dos estudos sobre as Organizações Sociais, que a presente definição merece alguns apontamentos no que se refere à idéia de que se trata de um título jurídico, uma qualificação especial de uma entidade sem fins lucrativos, que atendam às exigências especiais previstas em lei; bem como que a noção de que deve atuar nos serviços públicos não exclusivos do Estado e, ainda, deve-se entender que a idéia do contrato de gestão, que consubstancia o liame necessário à vinculação entre a organização e o Estado, revelando-se como parte integrante da sua própria essência. Tais apontamentos parecem esquecidos em algumas definições sobre as Organizações Sociais, cabendo nesse momento ressaltar suas ausências e chamar a atenção para novas análises de conceitos.

Apesar de todas as insuficiências e excessos do arcabouço normativo das Organizações Sociais, não há que se tomar uma atitude iconoclasta e fechar os olhos para alguns aspectos positivos do novo regramento legal. Em muitos pontos, a qualificação em estudo supera o antigo título de Utilidade Pública, como o caso de se especificar, os estatutos das Organizações Sociais que devem nos

¹⁶BRASIL. Lei nº 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. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 18 maio 1998a.

¹⁷MODESTO, Paulo Eduardo Garrido. **Reforma administrativa e do marco legal das organizações sociais no Brasil**: as dúvidas dos juristas sobre o modelo das organizações sociais. Belo Horizonte: Fórum, 2008b. p. 45.

temos do art. 3º da Lei 9637/98,¹⁸ satisfazer a certos requisitos no tocante ao modelo de composição para seus órgãos de deliberação superior. Prevê-se a necessária participação de representantes do Estado e da Sociedade Civil, até como forma de compensar a extrema liberdade em relação ao regime jurídico de Direito Público, dispensado às Organizações Sociais. Na outra mão, continuando fortemente o Estado presente na estrutura diretiva da Organização, vem apenas a gerar mais uma forte evidência do movimento de fuga da Administração às amarras do regime jurídico de Direito Público.

Outro avanço pode ser identificado na figura do contrato de gestão, que, abstraídas as questões terminológicas e técnicas, que são de muita valia e importância, conferindo limites e definindo metas a serem atingidas pela entidade, o que pode ser relevante no controle da aplicação dos recursos públicos na finalidade a si atribuída. Ainda no campo do controle a lei exige, para a própria qualificação, que o estatuto da entidade qualificada preveja uma sujeição à publicação anual, no Diário Oficial da União, do relatório de execução do contrato, enquanto um relatório gerencial das atividades desenvolvidas e não um mero demonstrativo de contabilidade formal, como era comum nas entidades de Utilidade Pública.

De tudo isso, verifica-se uma tentativa de efetivar controles que contrabalancem as facilidades abertas pela flexibilização lograda com as Organizações Sociais. A partir da avaliação dos benefícios e prejuízos deste modelo, pode-se refletir e, com a experiência adquirida, desde as primeiras incursões legislativas nessa área, seguir rumo ao modelo ideal.

Diante de todo esse entendimento sobre as Organizações Sociais, é possível ainda chamar atenção para as associações e as fundações que podem ser qualificadas como organizações sociais, mas as sociedades não podem ser consideradas por terem desígnio lucrativo. No entanto, a Lei decide como condição para a designação como organização social, que a entidade tenha um conselho de administração¹⁹ como órgão de deliberação o qual deve apresentar representantes do Poder Público.

Destaca-se ainda que poucas Organizações Sociais foram

¹⁸BRASIL, 1998a, op. cit.

¹⁹Os conselheiros não devem receber remuneração pelos serviços, podendo apenas receber ajuda de custo por reunião que participem.

constituídas, o que acabou ocasionando a indignação da criação das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, com uma legislação mais simples.

Após todo esse embasamento conceitual e histórico, pode-se afirmar que em meio a todo o processo de maturação, bem como os avanços e flexibilizações, foram criadas as OSCIPs, sendo regulamentadas pelo Decreto 3100/99.²⁰ No entanto, as entidades do Terceiro Setor, vieram a incorporar boa parte das inovações trazidas pela Lei das Organizações Sociais, naquilo que elas tinham de avanço. E, assim, muitas são as semelhanças entre as OSCIPs e as O.S. Entretanto, ainda há falhas, que deverão ser corrigidas com o transcurso do tempo. Uma delas é que a lei 9790/99 (Lei das OSCIPs), não prevê um tempo máximo de duração do mandato dos dirigentes das entidades, bem como não estabelece critérios rígidos para desqualificar a entidade caso a mesma seja condenada por atos de improbidade.

Com o propósito de superar algumas das insuficiências da disciplina normativa das Organizações Sociais, a Lei das OSCIPs (Lei 9790/99) trouxe uma série de mudanças, que contribuiu para conferir ao novo título uma tentativa de credibilidade maior. Entre as principais destaca-se a enunciação taxativa, no art. 2º, daqueles que não podem qualificar-se como OSCIP, ainda que se dediquem a atividade tutelada pelas normas pertinentes a tais organizações. Tais restrições surgem em momento oportuno, pois asseguraram que os benefícios gerados pela sua atuação atinjam a todos, numa excelente definição para aquilo que outrora se chamou de “servir desinteressadamente à coletividade”. Estão excluídos, por exemplo, sociedades comerciais, partidos políticos, escolas privadas e instituições hospitalares não gratuitos, dentre outras.²¹

Da mesma forma, o art. 3º vem enumerar e detalhar as atividades a que se devem dedicar às instituições, a fim de que possam se credenciar como OSCIP, o que demonstra uma preocupação e uma rigidez muito maior na qualificação e se justifica pelo fato de ter a certificação de OSCIP um caráter vinculado, não afeito ao mero juízo de conveniência e oportunidade do

²⁰BRASIL. Decreto nº 3.100, de 30 de junho de 1999. Regulamenta a Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999, que dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1 jul. 1999b.

²¹BRASIL, 1999b.

administrador, superando assim, uma velha reivindicação do Terceiro Setor, qual seja, a eliminação de um moroso trâmite burocrático para a obtenção do título. Isto é depreendido dos termos do art. 6º, § 3º, da lei em tela (“O pedido de qualificação somente será indeferido quando:”). O prazo para o deferimento ou indeferimento do pedido será de trinta dias, e, no caso de deferimento, o Ministério da Justiça terá quinze dias para expedir o certificado de qualificação. (§1º e §2º do mesmo artigo).²²

Contudo, não há só elogios à normatização das OSCIPs. Ainda há algumas insuficiências e contradições, que no decorrer do presente estudo serão abordadas.

Em continuidade ao estudo do Estado e da Administração, far-se-á no próximo capítulo a análise de alguns conceitos e as relações da Sociedade Civil e o Terceiro Setor.

²²Ibidem.

3 A RELAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL E O TERCEIRO SETOR

3.1 ORIGENS, DEFINIÇÕES E ENQUADRAMENTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO

O estudo doutrinário permite uma variedade de definições do chamado Terceiro Setor,²³ as quais elevam as discussões a respeito das composições e a própria questão terminológica.

Trabalha-se ainda as funções, a mudança do Estado no pagamento das prestações sociais e ações diretamente vinculadas ao sistema jurídico. Para tanto, ressalta-se a doutrina de Paes, que salienta:

[...] o conjunto de organismos, organizações ou instituições dotados de autonomia e administração própria que apresentam como função e objetivo principal atuar voluntariamente junto à sociedade civil visando ao seu aperfeiçoamento.²⁴

Destaca-se que a opinião de grande parte dos doutrinadores,²⁵ acompanha uma linha de exclusão, pois na sociedade atual é possível apontar e perfilhar o que seja uma atividade governamental e o que apenas destaque interesse privado mediado pelo Estado²⁶ Sendo assim, destaca-se pequeno trecho do livro *Terceiro setor e suas perspectivas*:

[...] um autêntico terceiro pilar compreendendo as atividades espontâneas, não governamentais e não lucrativas, de interesse público, realizadas em benefício geral da sociedade, não apenas dos indivíduos em particular; e que desenvolvem independentemente dos demais setores, ainda que deles possa (para alguns, até, deva) receber colaboração.²⁷

Quando se consideram as questões de afirmação histórica do

²³Ressalta-se que os pesquisadores devem tomar cuidado para não criar qualquer comparativo de semelhança do Terceiro Setor, com setor terciário na economia, que são as atividades de serviços, ao contrário dos setores primário (agricultura) e secundário (indústria).

²⁴PAES, José Eduardo Sabo. **Fundações e entidades de interesse social**: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2001. p. 68.

²⁵Entre eles, podemos citar: José Eduardo Sabo Paes, José Eduardo Marques Mauro, Boaventura de Souza Santos, Gustavo Henrique Justino de Oliveira e Leandro Marins de Souza.

²⁶MAURO, José Eduardo Marques; NAVES, Rubens Naves. Terceiro setor e suas perspectivas.

Cadernos de Pesquisa da Universidade de Caxias do Sul, Caxias do Sul, v. 7, n. 2, 1999. p. 40.

²⁷Ibidem, p.40.

presente assunto, presencia-se que conceituar é realmente difícil, pois cada doutrinador segue uma linha específica de entendimento. Determinados autores dão maior enfoque ao Estado e as questões sociais, outros priorizam o direito das pessoas, suas capacidades e incapacidades, e sem sombra de dúvida a grande maioria estabelece os diferenciais da dicotomia pública e privada, como bem salienta Souza: “O Terceiro Setor é toda ação, sem intuito lucrativo, praticado por pessoa física ou jurídica de natureza privada, como expressão da participação popular, que tenha por finalidade a promoção de um direito social ou seus princípios.”²⁸

Para Santos o Terceiro Setor é bem visto com seu vastíssimo ambiente de Organizações Sociais, a saber:

Uma designação residual e vaga com que se pretende dar conta de um vastíssimo conjunto de organizações sociais que não são nem “estatais nem mercantis”, “privadas”, que “não visam fins lucrativos”, e são “animadas por objetivos sociais, públicos ou coletivos.”²⁹

Ou ainda na opinião de Oliveira,

É o conjunto de atividades voluntárias desenvolvidas por organizações privadas não-governamentais e sem ânimo de lucro (associações e fundações), realizadas em prol da sociedade, independentemente dos demais setores (Estado e mercado), embora deles possa firmar parcerias e receber investimentos (públicos e privados).³⁰

A partir da análise dos conceitos é possível dizer que o Terceiro Setor é visto como sendo um conjunto de organismos ou instituições sem fins lucrativos dotados de autonomia. Grande parte das estatísticas hoje realizadas apresenta o contraditório dos números no que se refere à quantidade de entidades do terceiro setor no Brasil, e no que se refere às qualificações.

De um modo geral associa-se o Terceiro Setor às instituições sem

²⁸SOUZA, Leandro Marins de. **Tributação do terceiro setor no Brasil**. São Paulo: Dialética, 2004. p. 25.

²⁹BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 31.

³⁰OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de; MÂNICA, Fernando Borges. Organizações da sociedade civil de interesse público: termo de parceria e licitação. **Fórum Administrativo: Direito Público**, Belo Horizonte, ano 5, n. 49, mar. 2005. p. 5209.

fins lucrativos das quais são desenvolvidas atividades para o bem-comum. No entanto, é interessante ressaltar que quando se levanta uma específica análise a respeito das instituições sem fins lucrativos, logo se diz que são instituições que estão fora dos andamentos normais da legislação brasileira, mas que são utilizadas para andamentos de pesquisas e até mesmo para prestar as devidas orientações no âmbito internacional. Logo, o nosso país acaba por adotar definitivamente tais instituições. Deve-se sempre levar em consideração que no Brasil, a atenção maior sempre foi voltada ao Primeiro Setor e Segundo Setor³¹. O primeiro representa o governo e tem como objetivo principal cumprir uma função administrativa sobre bens públicos, tanto no âmbito municipal, estadual como federal. Já o segundo, é ocupado pelo mercado, ocupado pelas empresas privadas com fins lucrativos.

Diante do surgimento e desenvolvimento do Terceiro Setor, tanto o Estado quanto o mercado, ocupado pelas empresas privadas com fins lucrativos, começaram a valorizar a partir do final do século XX os movimentos voltados aos projetos sociais, conjuntamente o mercado inicia uma nova preocupação a de não estar apto a responder aos desafios do desenvolvimento com igualdade. Para melhor exemplificar segue a citação abaixo de Fernandes:

A participação dos cidadãos é essencial para consolidar a democracia e uma sociedade civil dinâmica; é o melhor instrumento de que dispomos para reverter o quadro de pobreza, violência e exclusão social que ameaça os fundamentos de nossa vida em comum.³²

E ainda, complementa que

[...] um conjunto de organizações e iniciativas privadas que visam à produção de bens e serviços públicos. Este é o sentido positivo da expressão. „Bens e serviços públicos’, nesse caso implicam uma dupla qualificação: não geram lucros e respondem a necessidades coletivas.³³

Dessa forma, fica fácil entender que o Terceiro Setor é a nova fase

³¹Deve-se considerar que mesmo no caso de análise do Segundo Setor, é necessário visualizar que o mesmo funciona com uma lógica diferente, visando sempre o lucro, bem como destaca-se que a partir da década de 90 é que os movimentos em função de projetos sociais foi iniciado. Dando assim, oportunidade para o aparecimento do “terceiro setor”.

³²FERNANDES, Rubens César. **Privado, porém público**: o terceiro setor na América Latina. 2. ed. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1997. p. 12.

³³Ibidem, p. 21.

direcionada às iniciativas privadas, que de um modo geral não visam lucros, bem como iniciativas no âmbito público que não são manifestadas por um Estado, deixando certa a participação de pessoas, cidadãos de uma forma liberada, espontânea e voluntária, mas sempre com intuito de coletividade de direitos.³⁴

Para melhor exemplificar o que até o presente momento foi dito, destaca-se que:

A designação „Terceiro Setor’ identifica área pertinente e implicada com a solução das questões sociais: - o Primeiro Setor é o Governo, representante do Estado e maior provedor das necessidades de uma coletividade. No segundo Setor encontra-se a iniciativa privada, cuja competência administrativa dos meios de produção cuida da satisfação dos anseios individuais. Com o aumento das carências e ameaças de falência do Estado, a mesma iniciativa privada (cidadania) passou a se preocupar com questões sociais. Deste último extrato, surge o „Terceiro Setor’, representado por cidadãos integrados em organizações sem fins lucrativos, não-governamentais, voltados para a solução de problemas sociais e com objetivo final de gerar serviços de caráter público.³⁵

Logo, o Terceiro Setor e o Estado, apresentam semelhanças, pois ambos devem desempenhar uma função de modo eminente para a coletividade, bem como da definição acima transcrita é possível entender que as atitudes privadas fazem a distinção da Sociedade Civil e do Estado, mas também fica claro que o Terceiro Setor pode sofrer influências estatais. Como confirmação destaca-se que,

Neste contexto, pode-se afirmar que a Sociedade Civil distingue-se do Estado, mas ao se motivar pela promoção dos interesses coletivos, também se distancia da lógica de mercado. Tal condição, característica do Terceiro Setor, induz a conhecidos conceitos segundo os quais ser não-governamental e sem fins lucrativos não traz imunidade às influências estatais ou a condicionamentos sociais.³⁶

³⁴ Trata-se de uma esfera de atuação pública, não estatal, formada a partir de iniciativas voluntárias, sem fins lucrativos, no sentido comum (GONÇALVES, Vania Mara Nascimento. **Estado, sociedade civil e princípio da subsidiariedade na era da globalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 3).

³⁵ SÃO PAULO. Tribunal de Contas. **Manual básico**: repasses públicos ao terceiro setor. São Paulo: Tribunal de Contas, 2004. p. 15.

³⁶ Ibidem, p. 16.

No entanto, é interessante falar que alguns teóricos consideram o termo Terceiro Setor, como a sociedade civil, mas para ser possível tal entendimento se faz necessário antes entender a afirmação histórica do Terceiro Setor, bem como seu agrupamento que inicialmente pode-se afirmar vem a ser formado por: Organizações Não Governamentais, Fundações e Institutos Empresariais, Associações Comunitárias, Entidades Assistenciais e Filantrópicas, assim como várias outras instituições sem fins lucrativos, como será analisado mais adiante.

3.2 BREVES CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS DO TERCEIRO SETOR

A afirmação histórica do Terceiro Setor se dá a partir do século XIX, no qual a presença das instituições religiosas, vinculavam a maior parte do Estado, uma vez que naquela época a atuação da igreja era o atual papel do Terceiro Setor,³⁷ ou seja, a prestação de serviços de assistência à comunidade.

Por volta do século XX, outras filantropias se associam ao Estado e criam o seu auge durante o período Republicano. Logo, a Igreja e o Estado estabelecem total companhia e com isso nasce uma mudança de paradigma Estatal, antes não vivenciada, permitindo que a sociedade apresentasse forças modernistas e desse início ao novo período chamado de industrialização e urbanização, aumentando é claro as pressões sociais e dificultando as resoluções dos problemas dentro da sociedade moderna.

Aproximadamente entre as décadas de 80 e 90, a nação vive movimentos sociais que manifestam indignações principalmente no campo das práticas autoritárias do regime militar, assim como reivindicam direitos sociais.

É claro que não se pode esquecer da atuação magnífica do surgimento e mobilização da Constituição da República Federativa Brasileira em 1988, que destacou direitos antes nunca ressaltados e elevou principalmente os direitos e garantias fundamentais do indivíduo, mas da mesma forma, eleva também movimentos de classes, para emanar emendas constitucionais.

³⁷ Entretanto, discute-se também se realmente o Estado seria o primeiro setor, o mercado o segundo setor e sociedade civil o “terceiro setor”. Simone de Castro Tavares Coelho informa que o termo “terceiro setor” (*third sector*) foi utilizado pela primeira vez por pesquisadores nos Estados Unidos na década de 70, e a partir da década de 80 por pesquisadores europeus, mas que dúvidas a respeito do terceiro setor ser realmente o terceiro setor ainda existem.

Nas palavras de Cardoso:

Nós temos que entender que o mundo moderno não existe apenas Estado e empresa, existem trabalhadores organizados, sindicatos e existe uma imensa massa não organizada, e existem muitas formas de organização que não são nem sindicato, nem empresa, nem burocracia estatal. Tudo isso tem que ser mobilizado em conjunto... Nos alvares do novo milênio nós estamos assistindo à formação de novos tipos de sociedade que não estão baseados, apenas, na oposição entre setores privados organizados, trabalhadores e empresários, nem desses com o Estado.

[...]

Nós estamos assistindo à formação do que se costuma chamar terceiro setor: formas de associação, formas de sociabilidade que não se restringem à dicotomia básica clássica entre Estado e sociedade civil, à antiga. É a sociedade civil à moderna, ou seja, não contando apenas os setores produtores da sociedade civil. São novas formas de sociabilidade.

[...]

O que há de novo é que existem formas dinâmicas de controle social, de organização de objetivos, e até mesmo de generosidade e de solidariedade, que não decorrem nem do princípio racionalizador do mercado, nem do princípio autoritário de distribuição do Estado. E que são energias novas, que são cada vez mais incorporadas à fisionomia das sociedades contemporâneas. É disso que se trata, é de organizar, criar instrumentos e arenas que possibilitem de uma maneira mais adequada a canalização dessas energias novas da sociedade [...].³⁸

Nas últimas décadas o destaque encontra-se com as Organizações Não Governamentais (ONGs). Com a materialização democrática, por intermédio das pluralidades partidárias, concepção de sindicatos e fortalecimentos de movimentos sociais urbanos e rurais, abre-se lugar para uma *performance* mais efetiva das ONGs.³⁹

³⁸CARDOSO, Fernando Henrique. Discurso na cerimônia de sanção da Lei do Voluntariado apud FRANCO, Augusto de. A reforma do estado e o terceiro setor. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes (Org.). **Sociedade e estado em transformação**. São Paulo: Unesp, 2001. p. 10.

³⁹No entanto, cabe ressaltar que a falta de atitude do Estado, contribuiu para o crescimento e expansão de Terceiro Setor, que sempre objetiva as necessidades da população menos favorecida, em vários sentidos.

3.3 AS RELAÇÕES ENTRE O TERCEIRO SETOR E A SOCIEDADE CIVIL - ONG'S

3.3.1 As Organizações Não Governamentais (ONGs)

As ONGs (non-governmental organizations - NGO) como o próprio nome indica, têm como integrantes os particulares e não Estado. Neste sentido, elas se aproximam das características das empresas transnacionais. Deve-se destacar aqui que as ONGs surgem na história para prestar assistência aos movimentos revolucionários da época, logo, não são vistas como pessoas jurídicas, mas quando forem denominadas como tais estarão, dentro do território brasileiro, sendo considerados como associações ou fundações.

O Conselho Econômico e Social da ONU definiu, em parecer datado de 27 de fevereiro de 1950, as organizações não governamentais como sendo

[...] qualquer organização internacional que não é criada por via de acordo internacional. E por esta razão deve ser „considerada como uma organização não-governamental internacional’. Esta definição por via de negação entende por „acordo internacional’ aquele decorrente do direito internacional público.⁴⁰

As ONGs são associações de Direito Privado cujas atividades são voltadas para questões de interesse público. Elas promovem ou defendem valores e interesses morais, religiosos, ideológicos ou culturais; inicialmente são organizadas em âmbito nacional.

Portanto, elas repousam formalmente sobre o direito interno do Estado onde se localizam, mas podem, em razão da natureza de seus objetivos, desempenharem atividades internacionais. Logo, as ações destes organismos nacionais privados, dotados de objetivos sociais, é que permite sua transformação em ONGs internacionais.

⁴⁰ A Organização das Nações Unidas (ONU) foi fundada oficialmente a 24 de Outubro de 1945 em São Francisco, Califórnia por 51 países, logo após o fim da Segunda Guerra Mundial. A primeira Assembléia Geral celebrou-se a 10 de Janeiro de 1946 (em Westminster Central Hall, localizada em Londres). A sua sede atual é na cidade de Nova York. A precursora das Nações Unidas foi a Sociedade de Nações (também conhecida como “Liga das Nações”), organização concebida em circunstâncias similares durante a Primeira Guerra Mundial e estabelecida em 1919, em conformidade com o Tratado de Versalhes, “para promover a cooperação internacional e conseguir a paz e a segurança”.

Conforme Velasco Vallejo⁴¹ tem-se,

As organizações internacionais são criadas sob pressão e com a finalidade de atingir as necessidades. As metas são descritas em seu Estatuto especificando e distinguindo entre as organizações que estão perseguindo um objetivo geral – e as que não, ou seja, aquelas que propõe uma finalidade específica aos indivíduos, que são a maior parte.⁴²

Os Estados não são indiferentes ao fenômeno das ONGs. Como o surgimento destas resulta das carências e limitações do poder público, este é tentado a exercer uma influência sobre as ONGs. Por vezes por intermédio do financiamento de suas atividades ou outras formas de apoio, os Estados tentam orientar as ONGs. Inclusive utilizam-nas em atividades, sobretudo humanitárias, ambientalistas e de direitos humanos, em que uma intervenção aberta de um Estado sobre o outro é legalmente impossível e politicamente desgastante.

Algumas ONGs podem vir a possuir um estatuto de órgãos consultivos junto a determinadas organizações internacionais. Assim, por exemplo, o art. 71 da Carta das Nações Unidas regulamenta as relações da ONU com as ONGs. Para tanto, a Carta esclarece que “o Conselho Econômico e Social poderá entrar nos entendimentos convenientes para a consulta com organizações não governamentais, encarregadas de questões que estiverem dentro de sua própria competência.”⁴³ Tais entendimentos poderão ser feitos com organizações internacionais, e quando for o caso, com organizações nacionais, depois de efetuadas consultas, com o Membro das Nações Unidas interessado no caso.

A natureza da ação das ONGs direciona a sua forma de atuação, bem como existem associações esportivas, científicas ou religiosas que trabalham transnacionalmente com discipulação. Outros organismos, ao contrário, fazem da mobilização dos meios de comunicação um instrumento essencial para que suas atividades alcancem os objetivos propostos.

⁴¹VALLERO, Manuel Diez de Velasco. **Las organizaciones internacionales**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 1995. p. 41.

⁴²“Las Organizaciones internacionales son creadas bajo La presión de unas necesidades y para La consecución de unos fines. Estos fines, que aparecen descritos em SUS instrumentos constitutivos y se han ido concretando em La práctica, permiten distinguir entre aquellas Organizaciones que persiguen unos fines generales – lãs menos –, y aquellas otras que se proponen unos fines específicos o particulares, que son La mayor parte.”

⁴³ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Carta das Nações Unidas**. Nova Iorque: ONU, 1945.

Conforme o entendimento doutrinário tem-se que

As forças mais novas e talvez mais importantes da sociedade civil global chamam-se organizações não governamentais (ONGs). O termo ONG não recebeu uma definição rigorosa, mas podemos defini-lo como qualquer organização que pretenda representar o Povo e trabalhar em seu interesse, à parte das estruturas do estado (e geralmente contra ele). Para muita gente, com efeito, as ONGs são sinônimo de 'organizações do povo' porque o interesse do Povo é definido como distinto do interesse do Estado.

[...] Alguns críticos sustentam que as ONGs, por estarem fora do poder do Estado e geralmente em conflito com ele, são compatíveis com o projeto neoliberal de capital global e o ajudam. Enquanto o capital global ataca os poderes do Estado-nação de cima, dizem eles, as ONGs funcionam como „estratégia paralela „de baixo” e apresentam a „face comunitária’ do neoliberalismo. De fato, põe ser verdade que as atividades de muitas ONGs sirvam para promover o projeto neoliberal de capital global, mas é preciso ter o cuidado de assinalar que isso não define, adequada e categoricamente, as atividades das ONGs. O fato de ser não governamental, ou mesmo de se opor aos poderes dos Estados-nação, não basta para pôr essas organizações do lado dos interesses do capital. Há muitas maneiras de estar fora do Estado e a ele se opor, e o projeto neoliberal é apenas uma delas.⁴⁴

Importante ressaltar que a idéia atual que se tem a respeito das organizações não governamentais está diretamente ligada às entidades que pretendem e através de suas atitudes buscam sempre melhorar a vida da população.

Com o passar dos anos, essas entidades foram perdendo força em decorrência do surgimento de algumas outras entidades, como por exemplo, as OSCIPs e O.S, contudo, ainda hoje, possuem seu papel e desempenham suas atividades fins, muitas vezes com recursos exclusivamente privados e em alguns casos com a celebração de Convênios com o Poder Público. Na maioria das vezes, por prazo determinado, executam projetos governamentais exclusivos.

3.3.2 Breves Considerações acerca das Pessoas Jurídicas de Direito Privado sem Intuito Lucrativo

O Código Civil veio para regular a vida do homem desde a

⁴⁴HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Império**. 8. ed. Rio de Janeiro: Record, 2008. p. 58.

concepção até a morte, passando pelas questões relativas aos bens adquiridos, negócios jurídicos praticados, atos ilícitos e outros. Também regula o modo pelo qual o indivíduo pode constituir uma Pessoa Jurídica, pois há tempos o homem já havia percebido que sozinho, individualmente, não conseguiria alcançar alguns objetivos importantes. Portanto, para concretizar, a pessoa jurídica foi criada para que o homem obtenha, por seu intermédio, aquilo que não conseguiria obter ou realizar sozinho⁴⁵.

De acordo com o Código Civil, as pessoas jurídicas de Direito Privado podem ser sociedades, associações, fundações, partidos políticos e entidades religiosas. As sociedades, sejam empresárias ou simples, caracterizam-se pela união de pessoas para exercer específica atividade cuja finalidade primordial é lucrativa e há repartição destes lucros e dividendos. Já as Associações, surgem da união de pessoas, que se aliam para atingir uma finalidade comum a todos. Não objetivam a obtenção de lucros, mas sim atingir certas metas ou interesses comuns. Trabalhadores se unem em associações, categorias profissionais; também o fazem inclusive moradores de uma determinada localidade, no intuito de melhorias para o bairro, como iluminação pública, coleta seletiva de lixo, etc. Isto ocorre, pois assim tem maiores condições de obter aquilo que individualmente não lhes seria tão simples ou até impossível em certos e determinados casos. Vale lembrar, que um aspecto bastante diferenciador das sociedades é que não se torna necessário um capital para ingressar nestas associações. Basta que reúna os requisitos para participar de determinada associação.⁴⁶

Para que as Associações possam ser constituídas, o estatuto deve observar o conjunto de regras constantes no artigo 54 do Código Civil sob pena de nulidade. O aludido Código ainda regula em grandes linhas, a maneira pela qual a Associação deve se comportar, como será sua gerência e, em caso de dissolução, qual o destino do seu patrimônio⁴⁷.

No caso das Fundações, o que se tem é uma reunião, uma destinação de patrimônio cujo objetivo é atender uma finalidade que beneficia interesses de terceiros e não necessariamente o seu instituidor. Pessoas em vida

⁴⁵TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida. **Comentários a lei dos registros públicos**. Florianópolis: Conceito, 2010.

⁴⁶Ibidem.

⁴⁷Ibidem.

podem destinar uma parte do seu patrimônio para a constituição de uma Fundação. Nesse caso, o patrimônio deixa de pertencer ao particular e se “publiciza”, eis que o Ministério Público deve fiscalizar os seus atos. Importante destacar que uma Fundação não sobrevive sem bens. Assim como a Associação não sobrevive sem pessoas, a Fundação não se sustenta sem patrimônio.

A Fundação para ser criada exige Escritura Pública ou Testamento. O estatuto é, assim como o contrato social da sociedade, o documento que rege a “vida” das associações e fundações. Existem Fundações de Direito Público, constituídas a partir de um ato jurídico administrativo e permissão legal, contudo, delas o Código Civil não trata.⁴⁸

Ainda no foco das Fundações, tem-se que, para surgir como sujeita de direitos e obrigações passam por quatro fases. Primeiramente deve ocorrer o ato de dotação e, como antes mencionado, por escritura pública ou testamento. A partir daí, se destina o patrimônio necessário à instituição. Em um segundo momento, exige-se a elaboração do estatuto, fato este que pode ser feito pelo próprio instituidor, por alguém de sua confiança nomeado no testamento, ou pelo próprio representante do Ministério Público, caso o testador instituidor não tenha deixado alguém para tanto ou se deixou não queira ou não possa exercer o *munus*. Feito todos esses trâmites, vem a fase de aprovação dos estatutos, que devem ser encaminhadas ao representante do Ministério Público para que os aprove. Em caso de inércia ou irresignação com as observações ou exigências dos representantes do Ministério Público, deve-se encaminhar ao Judiciário para que o Juízo decida de forma fundamentada.⁴⁹

A partir daí, impende seja feito o registro do ato constitutivo para que a Fundação adquira personalidade jurídica. Durante toda existência da mesma, ocorre fiscalização constante dos atos por parte do Ministério Público, que inclusive deve autorizar eventuais mudanças no estatuto, contudo é cabível intervenção judicial em caso de eventuais discórdias. Caso ocorra a dissolução, o patrimônio restante, que poderá ser aumentado durante sua existência por doações, prêmios, subvenções do Poder Público, deverá ser incorporado ao de outra entidade de fins iguais ou semelhantes, conforme escolha do Juízo competente, ressalvados os

⁴⁸Ibidem.

⁴⁹Ibidem.

casos em que exista diferente composição estatutárias ou de constituição. A dissolução pode ocorrer pela impossibilidade ou inutilidade de prosseguimento de suas atividades, de posteriores ilicitudes em seu objeto ou por ter alcançado o termo final previsto para sua duração.⁵⁰

Na doutrina de Paes, conceitua Fundação como

Um complexo de bens destinados à consecução de fins sociais e determinados, observando que „como universalistas bonorum’, ostenta papel valoroso e de extremo relevo dentro das sociedades em que se insere, pois é instrumento efetivo para que os homens prestem serviços sociais e de utilidade pública diretamente a todos aqueles que necessitam, bem como possam transmitir às sucessivas gerações seus ideais e convicções, e seguir atuando.⁵¹

As Fundações, então, são pessoas jurídicas de direito privado de substrato patrimonial. Vale dizer, para sua constituição não é necessário um agrupamento de pessoas. Seu substrato corresponde a uma dotação especial de bens livres, vinculados a uma das finalidades previamente especificadas pelo legislador.

Como bem ressalta Castro,

Dependem de prévia autorização do Ministério Público, entre outros atos que envolvendo o patrimônio e os recursos financeiros, exorbitem da administração ordinária, a alienação de bens do ativo permanente, a constituição de ônus reais, a prestação de garantia a obrigações de terceiros, a aceitação de doações com encargos, a celebração de operações financeiras. O mesmo tratamento aplica-se aos negócios jurídicos celebrados com os participantes ou administradores da fundação, ou com empresas ou entidades em relação às quais os mesmos detêm interesses, direta ou indiretamente, como sócios, acionistas ou administradores.⁵²

É relevante analisar a questão extintiva da fundação, que sempre apresentasse de grande relevância em seu estudo doutrinário, pois a extinção da fundação privada também faz cessar a personalidade jurídica, devendo ser liquidado o passivo com o ativo existente, após o que o resultado patrimonial positivo é que

⁵⁰Ibidem.

⁵¹PAES, op. cit., p. 74.

⁵²LINCOLN, Antonio de Castro. **O Ministério Público e as fundações de direito privado**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2008. p. 26.

será destinado à Fundação com fim igual ou semelhante. Para exemplificar cita-se:

Constata-se que a extinção de uma fundação possui a natureza de incorporação exclusivamente do patrimônio obtido a partir da quitação do passivo, sem que se transfiram para a fundação incorporadora os débitos e relações jurídicas, fiscais e trabalhistas da fundação incorporada.

[...]

É razoável supor que a fundação incorporadora do patrimônio assuma bens livres de operações. Primeiro, porque a fundação extinta deverá responder pelos seus débitos de acordo com a força de seu patrimônio. Por segundo argumento, o Ministério Público não pode permitir que se dê a transferência de patrimônio com ônus ou que implique em prejuízo a eventuais credores da fundação extinta. Finalmente, a entidade que incorpora o patrimônio não pode assumir obrigações que possam comprometer a sua própria continuidade e a viabilidade de seus objetivos.⁵³

É possível afirmar que as associações não tem fins lucrativos,⁵⁴ ao contrário das sociedades⁵⁵ que vão interessar ao direito empresarial; bem como a fundação é um patrimônio despersonalizado destinado a um fim altruísta indicado pelo fundador, fiscalizada pelo Ministério Público; diz-se “despersonalizado”, pois o gestor da fundação não é seu sócio, é mero administrador; quando a pessoa jurídica for usada para lesar terceiros, o juiz deve desconsiderá-la para responsabilizar seus sócios e membros, ou seja, como se o ato fosse praticado por uma pessoa física; isto porque, via de regra, a pessoa jurídica é distinta dos seus membros, apesar de serem eles que a representam e agem por ela.

Por fim, destaque deve ser dado para o fato de que o Código Civil ao tratar das pessoas jurídicas de Direito Privado na Parte Geral, traz somente duas espécies, as Associações e Fundações.

⁵³DINIZ, Gustavo Saad. **Direito das fundações privadas, teoria geral e exercício de atividades econômicas**. Porto Alegre: Síntese, 2007. p. 345.

⁵⁴BRASIL. **Constituição da República Federativa Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2010b. “Art. 5º XVII da Constituição Federal da República”.

⁵⁵ “Art. 981 – Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados. Parágrafo único. A atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados.” (BRASIL. **Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011a).

3.3.3 Entidades Assistenciais e a Questão da Filantropia

Como visto anteriormente, as associações são entidades de Direito Privado, formadas pela união de indivíduos com o propósito de realizarem fins não econômicos.

O traço peculiar às associações civis, portanto, é justamente a sua finalidade não econômica, podendo ser educacional, lúdica, profissional, religiosa, entre outras situações.

Cabe ressaltar que pelo fato de não perseguir escopo lucrativo, a associação não está impedida de gerar renda, que sirva para a manutenção de suas atividades e pagamento do seu quadro de funcionários.

Na doutrina, PAES anota ser a associação uma

Forma pela qual certo número de pessoas, ao se congregarem, colocam em comum, serviços, atividades e conhecimentos em prol de um mesmo ideal, objetivando a consecução de determinado fim, com ou sem capital e sem intuítos lucrativos. Poderá ter finalidade: a) altruística (associação beneficente); b) egoística (associação literária, esportiva ou recreativa; e c) econômica não lucrativa (associação de socorro mútuo).⁵⁶

Por se tratar de pessoa jurídica de Direito Privado, voltada para a consecução dos interesses dos seus associados ou de interesses sociais, deve ter a inscrição de seu estatuto, em forma pública ou particular, no registro competente, adquirindo personalidade jurídica, ou seja, passa a ter aptidão para ser sujeito de direito e obrigações⁵⁷.

Ao tratar dos direitos e garantias fundamentais, a Constituição Federal destaca, no artigo 5º, os direitos e deveres individuais e coletivos; e, no artigo 6º, os direitos sociais: a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados.

Ainda, sob a luz de normas constitucionais, "a ordem econômica,

⁵⁶ PAES, op. cit., p. 71.

⁵⁷ PETRELLI, Cristina Melim. **Entidades filantrópicas**: aspectos conceituais, legais e contábeis nas fundações educacionais. Disponíveis em: <http://rapes.unsl.edu.ar/Congresos_realizados/Congresos/III%20Encuentro/Completos/MELIM.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2011.

fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (art.170); e a "ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais"⁵⁸.

Quando se examina as normas constitucionais concernentes à Ordem Social (arts. 193 a 232), pode-se destacar alguns pontos importantes, como:

- a) referência à seguridade social, no sentido de assegurar direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social;
- b) saúde é direito de todos e dever do Estado. Educação é direito de todos e dever do Estado e da família, com colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho;
- c) Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional. Também deverá promover e incentivar o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas;
- d) a família, a sociedade e o Estado tem o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida⁵⁹

Assim como a família, a sociedade e o Estado devem assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, colocando-os a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Cabe ao Poder Público promover a efetiva implantação dos direitos sociais. À iniciativa privada reserva-se, prioritariamente, explorar atividades econômicas.

Entretanto, o Estado também pode explorar atividade econômica, valendo-se de sociedade de economia mista e de empresa pública. "Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. A empresa pública, a

⁵⁸Ibidem.

⁵⁹Ibidem.

sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias (art.173, CF)⁶⁰

Em contrapartida, a Constituição Federal prevê a atuação da iniciativa privada no campo dos direitos sociais, colaborando decisivamente na efetivação da Ordem Social. A presença do particular, nas atividades inerentes à ordem social (saúde, ensino, educação, cultura, assistência aos excluídos), significa ocupação de espaço que o Estado deveria ter priorizado como seu campo de atuação.

Constata-se, porém, que a iniciativa privada, ao atuar no campo da Ordem Social, presta serviços de relevância para a comunidade e sociedade, sem qualquer conotação lucrativa ou especulativa.

As entidades filantrópicas, no texto constitucional, são destinatárias das seguintes referências:

- 1) estão isentas da contribuição para a seguridade social, as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências fixadas em lei (art.195, §7º C.F);
- 2) assistência à saúde é livre à iniciativa privada; entidades privadas podem participar de forma complementar do sistema único de saúde, tendo preferência entidades filantrópicas e entidades sem fins lucrativos; é vedada destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às entidades privadas com fins lucrativos (art.199);
- 3) entidades de previdência privada, com fins lucrativos, não podem receber subvenção ou auxílio do Poder Público (art. 201, §8º C.F);
- 4) entidades beneficentes e de assistência social podem participar da execução dos programas governamentais no campo da assistência social (art.204 C.F);
- 5) o ensino é livre à iniciativa privada; recursos públicos destinam-se a escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, *definidas em lei*, que: comprovem finalidade não-lucrativa e apliquem seus excedentes financeiros em educação; assegurem destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional, ou ao Poder Público, no caso de encerramento de suas atividades (art.213 C.F).⁶¹

No campo econômico, "considera-se empresa toda organização de

⁶⁰Ibidem.

⁶¹Ibidem.

natureza civil ou mercantil destinada à exploração por pessoa física ou jurídica de qualquer atividade com fins lucrativos" (Lei 4.137/62). "Empresário é quem exerce profissionalmente atividade organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços".⁶²

Na vida social, em benefício de todos os membros da sociedade, cuida-se de promover a produção e circulação de bens e o acesso a serviços. Preocupa-se, portanto, com o acesso de cada um e de todos aos bens da vida: àqueles bens materiais ou imateriais, que propiciem a satisfação das necessidades humanas, ou seja, o desenvolvimento integral da pessoa humana.

As sociedades comerciais tem sempre fins lucrativos. O objeto social, no caso, consiste em atos de comércio ou mercancia. Os atos, negócios ou contratos mercantis devem traduzir resultados econômicos para a sociedade comercial e, conseqüentemente, ensejar para os sócios a participação nos lucros, periodicamente, ou na partilha dos resultados finais.

As sociedades civis, em regra geral, tem fins lucrativos. O objeto social consiste em prestação de serviços ou realização de certas atividades econômicas. Os sócios deverão participar dos lucros periodicamente ou na partilha dos resultados finais. "Extinguindo-se uma sociedade de fins econômicos, o remanescente do patrimônio social compartilhar-se-á entre os sócios ou seus herdeiros" (art.23 do Código Civil).⁶³

Em se tratando de associação civil, o objeto social consiste em fornecimento de bens e serviços aos associados, sem conotação lucrativa, em função das contribuições periódicas destes para a manutenção das atividades.

Por fins não lucrativos entende-se aqueles cuja realização não envolva exploração de atividade mercantil, nem distribuição de lucros ou participação no resultado econômico final da entidade; não enseja a perda da característica de entidade sem fins lucrativos, o fato de prestar serviços remunerados ou de obter resultados econômicos positivos, anualmente. A entidade também pode promover inversão de recursos, isto é, aplicação de capital em determinado negócio ou empresa, para obter rendimentos financeiros, desde que não signifique desvio da consecução dos fins da entidade. Altruísmo significa amor

⁶²Ibidem.

⁶³Ibidem.

ao próximo, filantropia, amor à humanidade.

Beneficência, etimologicamente, significa bem-fazer, traduzindo ideia de bem a ato de ajuda a outrem. Entidade beneficente é aquela que se destina, conforme indicado em seu objeto, as atividades com conotação de: assistência e caridade; ajuda espontânea oferecida por sentimento de solidariedade particular. A beneficência ostenta características assim delineadas: as atividades são voluntárias; atividades não representam contraprestação de contribuições dos beneficiários; as ajudas ou atividades exercem-se direcionadas a cada beneficiário ou de forma individualizada; atividades prestadas não correspondem, juridicamente, a direitos dos beneficiários. A partir do esvaziamento de suas dimensões espirituais, a beneficência passa a exigir intervenção ou controle governamental⁶⁴.

As Entidades caracterizadas como filantrópicas tem direito a isenção da Contribuição Previdenciária (INSS) que está previsto na Constituição Federal em seu art. 195, III. A Lei nº 8.212 de 24/07/91 estabelece os requisitos fundamentais para o gozo da isenção. Para tanto é necessário que a Entidade tenha o certificado de Utilidade Pública Federal, Estadual e Municipal, além de ter o Certificado de Entidade de Fins Filantrópicos.

Faz jus ao Certificado de Entidade de Fins Filantrópicos a entidade beneficente de assistência social que demonstre cumulativamente aplicar anualmente pelo menos 20% (vinte por cento) da receita bruta proveniente da venda de serviços e de bens não integrantes do ativo imobilizado, bem como das contribuições operacionais, em gratuidade, cujo montante nunca será inferior à isenção de contribuição previdenciárias usufruídas.

Os critérios avaliados para a concessão do certificado de entidade filantrópica serão avaliados com base nas demonstrações contábeis. Estas demonstrações obedecem aos critérios:

- a) Os balanços patrimoniais deverão estar publicados em jornais oficiais ou de grande circulação no município ou estado;
- b) Será considerada a auditoria nos balanços por auditor independente registrado no Conselho Regional de Contabilidade, como cumprimento ao dispositivo que exige a inscrição do auditor na CVM, em conformidade com as orientações contidas na Resolução CFC n.º 877, do Conselho Federal de Contabilidade;

⁶⁴Ibidem.

- c) Para as instituições educacionais, a comprovação dos 20% da receita bruta em gratuidade, poderá considerar as gratuidades totais, parciais e os projetos de assistência social, desde que explicitados no Balanço e/ou Notas Explicativas;
- d) No caso das Fundações Educacionais não serão levados em consideração, para fins do cálculo da gratuidade, os valores relativos a bolsas custeadas pelo FIES, ou resultantes de acordo ou convenção coletiva de trabalho;
- e) A exigência das demonstrações contábeis e financeiras auditadas por auditor independente passou a vigorar a partir do exercício de 1998⁶⁵

É necessário o complemento de tais demonstrações com Controles Internos, no qual estes servirão de amparo para a Contabilidade. Outro detalhe é que tais demonstrações contábeis e financeiras, para as entidades que auferirem receita bruta anual igual ou superior a R\$ 1.200.000,00 (Um milhão e duzentos mil reais), deverão ser auditadas por auditor independente, legalmente habilitado junto ao Conselho Regional de Contabilidade⁶⁶.

3.3.3.1 Certificado de entidade beneficente de assistência social (CEBAS)

O CEBAS é o Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social; sua regulamentação segue a Lei nº 8.742/93, ou como também é conhecida a Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS),⁶⁷ antigamente o mesmo certificado era conhecido como Certificado de Entidades de Fins Filantrópicos.

Para conceituar as entidades beneficentes, SABO ressalta que

[...] as entidades beneficentes são aquelas que buscam interesses de outrem ou atuam em benefício de outrem que não a própria entidade ou os que a integram; enquanto que as entidades filantrópicas são as que atuam em benefício de outrem com dispêndio de seu patrimônio, sem contrapartida, pelo atendimento sem ônus direto do beneficiado. O beneficente seria o gênero e toda a entidade filantrópica é beneficente, mas nem toda entidade beneficente é filantrópica.⁶⁸

Para receber o certificado de entidade beneficente de assistência

⁶⁵Ibidem.

⁶⁶Ibidem.

⁶⁷BRASIL. Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993. Dispõe Sobre a Organização da Assistência Social e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 8 dez. 1993.

⁶⁸PAES, José Eduardo Sabo. Terceiro setor: conceituação e observância dos princípios constitucionais aplicáveis à administração pública. **Fórum Administrativo**: Direito Público, Belo Horizonte, ano 5, n. 48, fev. 2005., p. 45.

social, se faz necessário, em primeiro lugar, o funcionamento da mesma por pelo menos 3 (três) anos, bem como os dirigentes não podem ser remunerados e obrigatoriamente tal entidade deve ter sido registrada como de *utilidade pública federal*, caso tais exigências não estejam presentes o certificado não poderá ser concebido. Destaca-se ainda que o certificado tem 3 (três) anos de vigência, podendo ser renovado, e sua principal vantagem é a possibilidade de isenção do recolhimento da cota patronal da contribuição previdenciária incidente sobre a folha de pagamento da entidade.

É interessante destacar que a expedição do certificado fica então a cargo do Conselho Nacional de Assistência Social, podendo pleitear tal certificação as entidades que atuem nas seguintes áreas: promoção da proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; amparo a crianças e adolescentes carentes; promoção de ações de prevenção, habilitação e reabilitação de pessoas portadoras de deficiências; promoção gratuita da assistência educacional ou de saúde; promoção do desenvolvimento da cultura; promoção do atendimento e do assessoramento aos benefícios da Lei Orgânica da Assistência Social e a defesa dos seus direitos.

3.4 GESTÃO PRIVADA DE RECURSOS PÚBLICOS PARA FINS PÚBLICOS: ATUAÇÃO NAS ÁREAS DA EDUCAÇÃO, SAÚDE E ASSISTÊNCIA SOCIAL

No Brasil, o que se convencionou denominar Terceiro Setor vem ganhando cada vez mais espaço e importância em todas as áreas do conhecimento, inclusive no Direito. Sob a perspectiva jurídica, ampla e diversificada é a temática referente às entidades privadas não lucrativas e as atividades de interesses público por ela desenvolvidas, incipientes é verdade em disciplinas distintas tais como o Direito Civil, o Direito do Trabalho o Direito Tributário, o Direito Administrativo e o Direito Financeiro.

Este ramo jurídico, ainda em evolução, pode ser compreendido como o ramo do Direito que disciplina a organização e o funcionamento das entidades privadas sem fins lucrativos, as atividades de interesse público por elas levadas a efeito e as relações por elas desenvolvidas entre si, com órgãos e entidades integrantes do aparato estatal (Estado), com entidades privadas que

exercem atividades econômicas eminentemente lucrativas (mercado) e com pessoas físicas que para elas prestam serviços remunerados ou não remunerados (voluntariado).

Um tópico de especial relevo na atualidade é o atinente ao financiamento público das entidades privadas integrantes do Terceiro Setor, necessário para a sua manutenção e para o desenvolvimento de suas atividades.

É o campo das transferências ou dos repasses de recursos financeiros de origem pública à organizações privadas sem fins lucrativos comumente como ONGs, OSCIPS e O.S.

Tais recursos vêm crescendo em soma e em importância no Brasil. É o âmbito da gestão privada de recursos públicos para fins públicos o qual vem suscitando discussões e debates intensos, principalmente no que tange a determinação dos princípios, das regras e dos procedimentos a que devem sujeitar-se as entidades do Terceiro Setor, que eventualmente recebam aportes financeiros de natureza pública, com a obrigação de realizarem atividades de benefício público.

Como tratado anteriormente, é possível afirmar que o interesse no Terceiro Setor é uma das decorrências das políticas reformistas de Estado, ocorridas nas últimas décadas do século XX, as quais, em muitos casos, provocaram o desmantelamento das estruturas públicas voltadas à prestação de serviços sociais à comunidade.

Se for incorreto afirmar que a responsabilidade estatal na execução dessas atividades socialmente relevantes foi integralmente transferida ao setor privado, certo é que ao menos foi incentivada a co-responsabilidade das entidades privadas para o seu desenvolvimento.

No Brasil, o Terceiro Setor pode ser concebido como o conjunto de atividades voluntárias, desenvolvidas por organizações privadas não governamentais e sem ânimo de lucro (associações e fundações), realizadas em prol da sociedade, independentemente dos demais setores (Estado e mercado), embora com eles possa firmar parcerias e deles possa receber investimentos (públicos e privados).⁶⁹

Neste contexto é que foi introduzida no ordenamento jurídico a Lei

⁶⁹BAVA, Silvio C. **O terceiro setor e os desafios do estado de São Paulo para o século XXI**. São Paulo: Autores Associados, 2008. p. 98.

Federal nº 9.790, de 23 de março de 1999, conhecida como a Lei das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) ou simplesmente, a Lei das OSCIP.⁷⁰

A OSCIP é uma qualificação especial, concedida pelo Ministério da Justiça àquelas entidades da sociedade civil sem fins lucrativos que, além de cumprirem determinados requisitos legalmente exigidos, tenham por finalidade social uma das atividades enumeradas na Lei nº 9.790/99.

As OSCIPs são entidades privadas sem fins lucrativos, integrantes do Terceiro Setor, porém vocacionadas para serem colaboradoras do Estado na implementação de políticas públicas e na prestação de serviços sociais à população.

Tradicionalmente vistas como antagonistas do Estado, as organizações não governamentais passaram a desempenhar papel de protagonistas do desenvolvimento, tornando possível que suas atividades sejam executadas em colaboração com as atividades desempenhadas pelo Poder Público.

Nesse sentido Grau destaca que,

Além das ações que correspondem ao voluntariado, começa-se a promover a colaboração mútua, mediante a criação de associações que executem programas públicos, a transferência de funções do Estado a segmentos da sociedade para que as executem diretamente, o financiamento público a ações desempenhadas por organizações não-governamentais (ONGs) ou mediante a descentralização nos beneficiários da administração de gastos públicos.⁷¹

E ainda, Morales confirma que,

[...] cada vez mais, instituições que não são nem do Estado nem do Setor privado prestam serviços sociais de caráter público. Em geral, são organizações sem fins lucrativos que promovem atividades relacionadas com os direitos sociais dos cidadãos e que expressam a vitalidade da sociedade civil ao ocupar os espaços vazios deixados pelo mercado e o Estado.⁷²

⁷⁰BRASIL. Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999. Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 mar. 1999a.

⁷¹GRAU, Nuria Cunill. A rearticulação das relações estado-sociedade: busca de novos significados. **Revista do Serviço Público**, Brasília, ano 47, v. 120, n.1, jan./abr. 1996. p. 113.

⁷²MORALES, Carlos Antonio. Provisão de serviços sociais através de organizações públicas não estatais. In: BRESSER, Luiz Carlos Pereira; GRAU, Nuria Cunill (Org.). **O público não estatal na reforma do estado**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999.p. 51.

É importante ressaltar que a OSCIP deve atuar de forma distinta do Poder Público parceiro, ou seja, deve ser clara a separação entre os serviços públicos prestados pela entidade pública e as atividades desenvolvidas pela OSCIP.

É de extrema importância que tal distinção reste desde logo evidenciada, impedindo-se assim a falsa e deficiente caracterização de uma forma ilegal de terceirização de serviços públicos.

De acordo com a Lei das OSCIPs, a entidade assim qualificada há de expressar sua dedicação às atividades enumeradas no parágrafo único do art. 3º da Lei Federal nº 9.790, de 23 de março de 1999,⁷³ por intermédio, em primeiro lugar da realização de projetos, programas e planos de ações correlatas; em segundo lugar, da doação de recursos físicos, humanos e financeiros e, em terceiro, à prestação de serviços intermediários de apoio a outras organizações sem fins lucrativos e a órgãos do setor público que atuem em áreas afins.

Assim, é imprescindível que se saiba:

- a) qual das três formas acima aludidas será adotada na parceria entre o Poder Público e a OSCIP, podendo coexistir mais de uma maneira no mesmo Termo de Parceria;
- b) se essa parceria tem um caráter complementar ou suplementar aos serviços públicos e demais atividades desenvolvidas pelo

⁷³ “Art. 3º A qualificação instituída por esta Lei, observado em qualquer caso, o princípio da universalização dos serviços, no respectivo âmbito de atuação das Organizações, somente será conferida às pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujos objetivos sociais tenham pelo menos uma das seguintes finalidades: I - promoção da assistência social; II - promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico; III - promoção gratuita da educação, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei; IV - promoção gratuita da saúde, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei; V - promoção da segurança alimentar e nutricional; VI - defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável; VII - promoção do voluntariado; VIII - promoção do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza; IX - experimentação, não lucrativa, de novos modelos sócio-produtivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito; X - promoção de direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar; XI - promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais; XII - estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos que digam respeito às atividades mencionadas neste artigo. Parágrafo único. Para os fins deste artigo, a dedicação às atividades 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” (BRASIL, 1999a, op. cit.).

- parceiro público, jamais podendo caracterizar a substituição ou a terceirização dos serviços antes prestados pelo Poder Público;
- c) qual a programação específica do projeto a ser desenvolvido pela OSCIP;
 - d) no caso de não serem projetos, mas a prestação dos denominados “serviços intermediários de apoio”,⁷⁴ quais são esses serviços, e de que forma serão prestados.

Importante reiterar que a OSCIP não recebe delegação do Poder Público para a prestação de serviços, atuando a entidade privada sem fins lucrativos de modo complementar ou suplementar os serviços prestados pelo Poder Público, por meio da realização de projetos, programas e planos de ações correlatas. Contudo, devido à prática incipiente envolvendo os acordos entre o Poder Público e as OSCIPs, há diversos pontos atinentes à gestão, fiscalização e controle dessas entidades que ainda devem ser esclarecidos.

É possível perceber que o paradigma bipolar Estado-cidadão daria lugar ao paradigma multipolar, em que interesses privados coincidentes com interesses públicos comunitários estão em conflito com outros interesses públicos de natureza nacional. Não há distinção ou oposição público-privada, assim como não há uma superioridade do momento público sobre o privado.

Na prática, a atuação do Terceiro Setor na área da saúde, educação e assistência social, por exemplo, acontece na maioria das vezes por meio de convênios, contratos e termos de parcerias firmados entre as entidades do Terceiro Setor (privado) e o Poder Público, em todas as esferas (municipal, estadual e federal). No caso das OSCIPs, tem-se o termo de parceria. Na prática, o ente público abre uma concorrência pública, chamada pela lei 9790/99 de Concurso de Projetos, dirigido única e exclusivamente para OSCIPs. O Concurso de Projetos possui duas fases, sendo a primeira a habilitação das entidades participantes, assim como ocorre nas licitações regidas pela lei 8666/93. Passada a fase de habilitação tem-se uma segunda etapa chamada de análise dos projetos; nessa fase são atribuídas notas de acordo com os critérios estabelecidos no edital do Concurso de

⁷⁴LINCOLN, op. cit., p. 63.

Projetos.

Após a análise da documentação de habilitação e superada a análise dos projetos, tem-se então uma única entidade vencedora, a qual celebrará com o ente público o Termo de Parceria, nomenclatura também estabelecida pela Lei 9790/99. Vale lembrar que o Concurso de Projetos pode ser usado para as diversas áreas de atuação do Terceiro Setor, de acordo com a necessidade do ente contratante, porém, somente para contratação de OSCIP's. No caso de ONG's se fala em convênios, os quais não serão objetos de aprofundamento nesse estudo. Finda a fase de celebração do Termo de Parceria, adentra-se, então, à execução do projeto vencedor na área e conforme estabeleceu o ente estatal. Juntamente com o início do projeto, elabora-se um cronograma financeiro de repasses e de trabalho. Importante destacar que o valor do projeto é uno, porém pode ser dividido em parcelas de acordo com a vontade de ambas as partes.

Exemplos de projetos na área de Saúde:

- **PSF (Programa Saúde da família)**, cujas ações desenvolvidas podem assim ser relacionadas: contratação de funcionários capacitados para prestar atendimento nas residências pré-determinadas pelo ente público; elaboração de relatórios com a evolução das consultas e quantidade das mesmas nos períodos estabelecidos; confecção de campanhas educativas com o objetivo de diminuir a incidência das doenças que mais atinjam a população atendida. Deve-se lembrar que o ente público deve pagar um valor único pelo projeto contratado e a responsabilidade financeira pelos custos é repassada à OSCIP contratada. No caso do NASF (Núcleo de Apoio à Saúde da Família), o serviço funciona com um apoio, como o nome indica, a equipe é composta por educadores físicos, nutricionistas e psicólogos que atuam juntamente com a equipe do Programa Saúde da Família. No caso do SAMU (Serviço de atendimento móvel de urgência), além das equipes e relatórios mensais de atendimentos e evolução dos casos, a OSCIP contratada também é responsável pela manutenção das ambulâncias do

programa, ficando o ente público como responsável solidário em todos os casos apresentados.

Na aérea da Educação:

- O principal destaque é o Programa **PROJOVEM** Trabalhador, vinculado ao Ministério do Trabalho e Emprego. Nesse programa, a OSCIP executa um cronograma de aulas teóricas e práticas para um determinado número de adolescentes com faixa etária previamente estipulada no edital do Concurso de Projetos, além de fornecer ao ente público relatórios mensais sobre o aproveitamento desses alunos. À entidade também é atribuída a função de fornecer merendas diariamente aos alunos e um suporte como vale transporte, por exemplo, para que o aluno possa freqüentar as aulas e se capacitar para o mercado de trabalho. Quando o curso é encerrado, o ente público tem a obrigação legal de inserir ao menos 20% (vinte por cento) dos alunos no mercado de trabalho. Caso isso não ocorra, o valor do repasse deve ser devolvido ao Ministério provedor dos recursos.

Por fim, na aérea de Assistência Jurídica e acompanhamento Social:

- Tem-se o programa de assistência jurídica gratuita para família de baixa renda nas áreas de família, cível, trabalhista e orientações previdenciárias. Demais disto, um acompanhamento na área do Serviço Social, no que tange ao controle de natalidade, prevenção de doenças sexualmente transmissíveis, e controle alimentar. Nesse caso, o poder público, seguindo os procedimentos já explicados acima, celebra um Termo de Parceria com a entidade, faz o repasse conforme acordado e a na contrapartida a entidade contrata os profissionais adequados e capacitados para prestar toda a assessoria necessária às famílias comprovadamente carentes.

Para uma melhor compreensão dos Termos de Parceria entre a OSCIPs e o Poder Público, o leitor encontrará nos Anexos, modelo ilustrativo do Termo de Parceria (ANEXO A).

4 O TERCEIRO SETOR

4.1 O TERCEIRO SETOR E A LEGISLAÇÃO CORRELATA

Atualmente a grande pergunta que se faz é em relação ao regime jurídico das entidades privadas não lucrativas, que recebem aportes financeiros de ordem pública. A dúvida paira em qual dos lados, ou melhor, em qual dos ordenamentos legais estará enquadrado tal aporte e regime. No entanto, para respondê-la é importante tratar um pouco sobre o Marco regulatório do Terceiro Setor no Brasil. Fala-se, inclusive, em uma Lei Geral ou em um Estado de Terceiro Setor, o qual procuraria sistematizar, uniformizar e disciplinar, em único texto legislativo, as diferentes formas de organização jurídica, atividades e modos de gestão das entidades que deste segmento façam parte.

Contudo, tal empreitada é de difícil e improvável concretude visto que sobre tais entidades não lucrativas incide uma diversidade muito grande de normas jurídicas, oriundas dos mais diferentes ramos do Direito e de inúmeros textos legislativos, os quais, em seu conjunto e contando-se com um esforço de sistematização e interpretação do jurista, representa o verdadeiro tratamento normativo regulador do setor.

Para melhor esclarecer é possível citar Paes:

O Terceiro Setor tem uma grande abrangência não só na sua forma de atuação, como com relação às entidades ou organizações sociais que o constituem, não havendo, ainda, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, uma definição exata em lei do que seja esse setor, de que se compõe e em que áreas atua.⁷⁵

Desse modo, soa mais razoável estabelecer um conjunto de regras e princípios jurídicos, que visem a regulamentar, em linhas gerais, as organizações e atividades desenvolvidas pelo Terceiro Setor. Entretanto, a existência de disciplinas especiais é e será sempre inevitável, pois trata-se de uma esfera de entidades e atividades que tem sua origem e destino na própria sociedade civil. Indubitavelmente, depara-se aqui com uma realidade essencialmente dinâmica e

⁷⁵PAES, 2005, op. cit., p. 5093.

cambiante, dotada de um elevado grau de auto-regulação.

Sem prejuízo, a regra geral é a de que as entidades do Terceiro Setor submetem-se, preferencialmente, a um regime de Direito Privado. Todavia, estas associações e fundações privadas, embora não componentes da organização administrativa integrante do setor estatal, tem por vocação o desenvolvimento de atividades de interesse público, como saúde, educação, assistência social, entre outras.

4.1.1 Repasses Financeiros para as OSCIPs

É importante perceber que os repasses financeiros para entidades do Terceiro Setor, incluídas as OSCIPs, podem ser de duas espécies: auxílio e contribuições e subvenções sociais.

Há uma dificuldade em traçar contornos conceituais precisos para cada uma das espécies, uma vez que atualmente o regime jurídico-financeiro desses repasses resulta de uma diversidade de textos legislativos, decretos e atos normativos infralegais, cujos principais são:

- a) Lei Federal nº 4.320, de 17 de março de 1964 (normas gerais de direito financeiro);
- b) Decreto nº 93.872, de 23 de dezembro de 1986 (dispõe sobre a unificação dos recursos de caixa do Tesouro Nacional);
- c) Instrução Normativa da Secretaria do Tesouro Nacional (STN) nº 101, de 04 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal);
- e) Lei Federal nº 11.178, de 10 de setembro de 2005 (Lei de Diretrizes Orçamentárias)⁷⁶.

As transferências voluntárias contrapõem as chamadas transferências obrigatórias de recursos e, por isso, não podem resultar de obrigação constitucional ou legal.

Tais repasses representam uma decisão do Poder Público voltada unicamente para atender finalidades públicas, nos termos anteriormente previstos na programação originária do Governo.

⁷⁶BRASIL. Lei n.º 4.320, de 17 de março de 1964. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. **Diário Oficial da União**, 23 mar. 1964.

Importante deixar claro que mesmo nos casos de transferências voluntárias para as OSCIPs, embora não haja uma previsão expressa na Lei Federal nº 9.790/99, por força do art. 36 da Lei Federal nº 11.178, de 20 de setembro de 2005,⁷⁷ poderá ser exigida contrapartida.

A Lei Federal nº 4.320/64, em seu art. 12, § 6º,⁷⁸ qualifica o auxílio como uma espécie de transferência de capital, derivada diretamente da Lei de Orçamento e destina-se a investimentos ou inversões financeiras que entidades públicas ou privadas sem fins lucrativos devam realizar, independentemente de contraprestação direta em bens ou serviços.

Cabe à entidade interessada apresentar um plano de aplicação dos recursos e pleitear a concessão de auxílio ou contribuição.

O artigo 66 do Decreto nº 93.872/86 estabelece expressamente a obrigatoriedade da comprovação do bom e regular emprego da verba pública e dos resultados alcançados, tanto no que se refere ao auxílio e contribuições, como também no que diz respeito às subvenções que serão tratadas logo no próximo subitem.

Art. 66. Quem quer que receba recursos da União ou das entidades a ela vinculadas, direta ou indiretamente, inclusive mediante acordo, ajuste ou convênio, para realizar pesquisas, desenvolver projetos, estudos, campanhas e obras sociais ou para qualquer outro fim, deverá comprovar o seu bom e regular emprego, bem como os resultados alcançados (Decreto-lei nº 200/67, art. 93).

§ 1º A prestação de contas de aplicação de subvenção social ou auxílio será apresentada à unidade concedente dentro de 60 dias após a aplicação, não podendo exceder ao último dia útil do mês de fevereiro do ano subsequente ao do recebimento, e será constituída de relatório de atividades e demonstração contábil das origens e aplicações de recursos, referentes ao ano do recebimento, visados

⁷⁷“Art. 36. Poderá ser exigida contrapartida, a ser definida entre os interessados, para as transferências permitidas na forma dos arts. 31, 32, 33 e 34, bem como serem realizadas de acordo com o art. 111 desta Lei. Parágrafo único. A exigência de contrapartida não se aplica às entidades de assistência social e saúde registradas no Conselho Nacional da Assistência Social – CNAS” (BRASIL. Lei nº 11.178, de 20 de setembro de 2005. Dispõe sobre as diretrizes para a elaboração da Lei Orçamentária de 2006 e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 21 set. 2005).

⁷⁸“Art. 12. A despesa será classificada nas seguintes categorias econômicas: [...] § 6º São Transferências de Capital as dotações para investimentos ou inversões financeiras que outras pessoas de direito público ou privado devam realizar, independentemente de contraprestação direta em bens ou serviços, constituindo essas transferências auxílios ou contribuições, segundo derivem diretamente da Lei de Orçamento ou de lei especialmente anterior, bem como as dotações para amortização da dívida pública” (BRASIL, 1964, op. cit.).

por autoridade pública local, observados os modelos aprovados pelo órgão Central do Sistema de Controle Interno.

§ 2º A documentação comprobatória da aplicação da subvenção ou auxílio ficará arquivada na entidade beneficiada, à disposição dos órgãos de controle interno e externo, durante o prazo de 5 (cinco) anos da aprovação da prestação de contas.

§ 3º A atuação da entidade no cumprimento das obrigações assumidas, inclusive quanto à prestação de contas, será anotada no respectivo registro cadastral mantido pelo órgão setorial de controle interno.⁷⁹

O auxílio e as contribuições servem para custear despesas de capital, ou seja, aquelas despesas que podem gerar serviços e riquezas. Cabe lembrar, que ambos podem ser destinados a entidades de Direito Público, sendo que o auxílio deriva da Lei Orçamentária e a contribuição de lei especial.

Hartmut Maurer define subvenções como doações de valor patrimonial do Estado ou de outra corporação administrativa a pessoas privadas, sem contraprestação conforme o mercado, para o fomento de uma finalidade situada na área do interesse público.⁸⁰

É possível citar como tipos de subvenções:

- a) complementos perdidos, isto é, prestações pecuniárias que não precisam ser reembolsadas e que recebem o desígnio de auxílios financeiros, prêmios, ajudas, suplementos;
- b) empréstimos concedidos em condições mais favoráveis do que no âmbito econômico-privado;
- c) fianças e outras garantias;
- d) fomento reais.⁸¹

Cabe ressaltar que, ainda, para Maurer, a outorga de subvenção transcorre em duas etapas, a saber:

A primeira, co regra, é promulgada uma decisão abstrato-geral sobre a subvenção de um determinado âmbito, pela qual também os pressupostos gerais, em especial, o círculo do setor da subvenção, são determinados. Isso ocorre por lei ou por uma justificação do meio conforme a finalidade do plano orçamentário. A subvenção abstrato-geral é uma decisão política e levanta particularmente problemas

⁷⁹BRASIL. Decreto nº 93.872, de 23 de dezembro de 1986. Dispõe sobre a unificação dos recursos de caixa do Tesouro Nacional, atualiza e consolida a legislação pertinente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 dez. 1986.

⁸⁰MAURER, Hartmut. **Direito administrativo**. São Paulo: Manole, 2010.

⁸¹SOUZA, op. cit., p. 31.

jurídico-constitucionais (direitos fundamentais, reserva da lei, observância de determinações jurídico-constitucionais orçamentárias). Depois, em virtude da regulação de subvenção abstrato-geral realiza-se então como segunda etapa, a subvenção concreto-individual, a adjudicação do meio no caso particular. Ela se determina particularmente segundo o direito administrativo e deve, por isso, no seguinte, ser observada circunstanciadamente.⁸²

Cabe, neste momento, tratar sobre as subvenções sociais como a última espécie de repasse financeiro público, que pode ser transferido para as OSCIPs instituídas pela Lei Federal nº 4.320/64, em seu artigo 12, § 2º,⁸³ que retrata diretamente as transferências correntes, e definidas como “as que se destinem a instituições públicas ou privadas de caráter assistencial ou cultural, sem finalidade lucrativa, para atender unicamente despesas de custeio dessas entidades.”⁸⁴

Roberto Dromi define a subvenção como “o subsídio que se outorga às pessoas públicas subordinadas ou a instituições privadas, eventualmente pessoas físicas, para a execução de atividades necessárias ao interesse público.”⁸⁵

A Lei Federal nº 4.320/64⁸⁶ estabelece ainda que a concessão de subvenções sociais visará a prestação de serviços essenciais de assistência social, médica e educacional, sempre que a suplementação de recursos de origem privada aplicados a esses objetivos revelar-se mais econômica.

Importante ainda destacar, que a Lei Federal nº 11.178/05, em seu art. 31, autoriza especificamente a destinação de subvenções sociais para as OSCIPs,

[...] é vedada a destinação de recursos a título de subvenções sociais para entidades privadas, ressalvadas aquelas sem fins lucrativos, que exerçam atividades de natureza continuada nas áreas de cultura, assistência social, saúde e educação, observado o disposto no artigo 16 da Lei nº 4.320, de 1964, e que preencham uma das seguintes condições: I- sejam de atendimento direto ao público, de forma gratuita, e estejam registradas no Conselho Nacional de Assistência

⁸² MAURER, op. cit., p. 121.

⁸³ “Art. 12. A despesa será classificada nas seguintes categorias econômicas: [...] § 2º Classificam-se como Transferências Correntes as dotações para despesas as quais não corresponda contraprestação direta em bens ou serviços, inclusive para contribuições e subvenções destinadas a atender à manifestação de outras entidades de direito público ou privado” (BRASIL, 1964, op. cit.).

⁸⁴ Definição estabelecida pela Lei Federal nº 4.320/64, em seu art. 12, § 2º.

⁸⁵ DROMI, Roberto. **Acto administrativo**. Buenos Aires: Ciudad, 2008. p. 24.

⁸⁶ BRASIL, 1964, op. cit.

Social – CNAS; II- sejam vinculadas a organismos internacionais de natureza filantrópica ou assistencial; III- atendam ao disposto no art. 204 da Constituição, no art. 61 do ADCT, bem como a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993; ou IV – sejam qualificadas como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP, com termo de parceria firmado com o Poder Público, de acordo com a Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999.⁸⁷

Diante da exposição das espécies de verbas públicas, que eventualmente podem ser repassadas às OSCIPs, cabe examinar as distintas formas de instrumentalização jurídica para que tais transferências sejam operacionalizadas, eis o tema do próximo item de desenvolvimento da presente pesquisa.

A subvenção apresenta-se como relevante instrumento para dirigir a iniciativa econômica privada sem recorrer necessariamente a medidas coercitivas. Com efeito, a Administração, concedendo uma subvenção, propõe ao empreendedor privado uma escolha preferencial para determinada iniciativa, aquela incentivada, mantendo, todavia, inalterada sua efetiva liberdade de decisão.

É importante, ressaltar, ainda, que à relevância social, jurídica e econômica da subvenção não existe um tratamento adequado do regime jurídico da subvenção, pela falta de técnica do Poder Legislativo, do excesso de textos normativos e do pouco interesse que o tema desperta.

4.2 ORGANIZAÇÕES SOCIAIS: CONTRATO DE GESTÃO

A Emenda Constitucional número 19, de junho de 1998, procedeu uma ampla reforma na Carta Magna de 1988. Isso ocorreu porque a reforma implantada por tal emenda alcançou um significativo número de dispositivos constitucionais e também realizou profundas alterações na Administração Pública Brasileira.

Uma das principais mudanças promovidas pela EC 19/98 foi a inclusão do parágrafo 8º no artigo 37, trazendo que a autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato a ser firmado entre seus administradores e o

⁸⁷BRASIL, 2005, op. cit.

poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou a entidade.

Tal Emenda também atribuiu novo conteúdo normativo ao disposto no artigo 241 da Carta Magna, na medida em que determinou o estabelecimento de parceria entre os entes políticos, prevendo que:

[...] a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de Lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.⁸⁸

A partir da edição dessa Emenda, foi estabelecida a possibilidade dos chamados Contratos de Gestão, tendo como objetivo proporcionar transparência e maior controle estatal. Com isso, permite-se que o Poder Público amplie sua liberdade de ação, com a flexibilização do regime jurídico administrativo e propicia que o mesmo se aproxime na prestação dos serviços públicos, da eficiência das empresas particulares.

Outro aspecto que deve ser levado em conta quando se trata desse novo modelo de gestão dos recursos públicos é o Plano Diretor da Reforma do Estado, realizado na década de noventa pelo Governo Federal, por meio do Ministério da Reforma do Estado. Este foi um meio pelo qual o Poder Público procurou diminuir sua atuação nas atividades econômicas e nos serviços públicos. Uma de suas maiores ações foi finalizada com a Lei 9637/98, onde se criou 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 O.S, inseridas estas no Direito Positivo definitivamente.

As Organizações Sociais são dispensadas de licitação para celebrarem Contratos de Gestão como os entes públicos, segundo alteração na Lei

⁸⁸BRASIL. Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. 1998b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm>. Acesso em: 15 nov. 2011.

8666/93, promovida pela Lei 9648/98⁸⁹, que inseriu o texto previsto no inciso XXXIV do artigo 24 da Lei de Licitações. Este dispositivo deu maior flexibilidade ao Estado para execução das atividades não exclusivas, assim veio o novo inciso prevendo a dispensa de licitação na hipótese de celebração do contrato de gestão por intermédio das Organizações Sociais.

Tem-se, então, que a parceria entre a Administração Pública e a O.S é realizada através do Contrato de Gestão que, com base no artigo 5º da Lei 9.637/98, pode ser conceituado como “o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como Organização Social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas relacionadas no artigo 1º.”⁹⁰

Meirelles diz: “O instrumento jurídico básico dessa forma de parceria entre o setor público e o setor privado. Embora a lei denomine este instrumento de contrato, na verdade trata-se de um acordo operacional entre a Administração Pública e a entidade privada.”⁹¹

Por acordo entre as partes, tendo de um lado as Organizações Sociais e de outro o Poder Público, tem como objetivo estabelecer os direitos e deveres de ambas as partes, ou seja, deverão trazer as atribuições, responsabilidades, obrigações e, principalmente, a forma de controle das atividades a serem desenvolvidas.

Grande parte da doutrina entende que esse modelo de gestão, com dispensa de licitação para a contratação de uma Organização Social seria inconstitucional.

Um dos críticos deste modelo é Celso Antonio Bandeira de Melo. Para ele, o problema está no fato de que a entidade “não necessita demonstrar habilitação técnica ou econômico-financeira de qualquer espécie. Basta a concordância do Ministro da área (ou mesmo do titular do órgão que a

⁸⁹BRASIL. **Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998**. Altera dispositivos das Leis nº 3.890-A, de 25 de abril de 1961, nº 8.666, de 21 de junho de 1993, nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, nº 9.074, de 7 de julho de 1995, nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, e autoriza o Poder Executivo a promover a reestruturação das Centrais Elétricas Brasileiras - ELETROBRÁS e de suas subsidiárias e dá outras providências. 1998c. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9648compilada.htm>. Acesso em: 15 nov. 2011.

⁹⁰ Brasil, 1998a, op. cit.

⁹¹MEIRELLES, op. cit., p. 102.

supervisione).⁹²

Outra crítica que se faz é quanto à delegação de serviços públicos às Organizações Sociais, pois para alguns doutrinadores, somente poderia ser feita após um processo licitatório, uma vez que essa é a forma empregada nos casos de concessão ou permissão.

Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro critica os Contratos de Gestão. Sua principal condenação consiste no fato de serem essas entidades uma forma usada pelo Estado de prestar o mesmo serviço, sobre as mesmas condições, mesma estrutura e pessoal, mas sem a excessiva burocracia estatal.⁹³

Mesmo diante de várias críticas de grande parte da doutrina, as Organizações Sociais e, conseqüentemente, seus contratos, possuem pontos positivos que merecem destaque. Um grande avanço é o fato de conferir limites e definição de metas a serem atingidas pela entidade executora, mediante uma efetiva fiscalização e controle. Tem-se ainda que, no exercício do controle das Organizações Sociais, a Lei exige para qualificação que a entidade tenha em seu estatuto social uma previsão de sujeição à publicação anual, no Diário Oficial da União, do relatório de execução do contrato de gestão, bem como um relatório gerencial das atividades desenvolvidas e não somente demonstrativos contábeis formais e comuns. Em anexo o leitor encontrará um modelo de Contrato de Gestão para maior compreensão do tema abordado (ANEXO B)

O Supremo Tribunal Federal se manifestou sobre as Organizações Sociais. Isso porque, o Partido dos Trabalhadores e o Partido Democrático Trabalhista ingressaram com Ação Direta de Inconstitucionalidade, questionando a conformidade da Lei das O.S às normas constitucionais. A ementa e o relatório do referido julgado encontram-se nos anexos (ANEXO C) do presente trabalho para uma maior compreensão do leitor.

4.3 O IMPACTO DA LEGISLAÇÃO NO TERCEIRO SETOR

O impacto da legislação não pode ser subestimado. Em primeiro

⁹²MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**, 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 221-226.

⁹³DI PIETRO, op. cit., p. 420-421.

lugar, porque em grande parte é ela que determina o tamanho do setor ao ampliar ou restringir o escopo legal, que permite às entidades nele se identificarem e, dessa forma, serem consideradas sem fins lucrativos. Em segundo lugar, pelos benefícios econômicos que podem ser alcançados por elas. A ampliação ou a restrição das possibilidades legais desses benefícios pode significar a sobrevivência ou a morte de várias organizações. Não estaríamos sendo levianos ao afirmar, que a normatização legal dessas entidades afeta não apenas o próprio setor, mas toda a economia.

Quando se faz uma comparação e se analisa a legislação Brasileira e Americana, observa-se que em ambas o escopo de entidades aceitas legalmente como sem fins lucrativos, com direito a auxílio e subvenções, foi aumentando no decorrer dos anos. Dessa forma, podemos encontrar auxílio a programas e atividades esportivas dos clubes de caça e tiro; subvenção a empresas de táxi aéreo, a linhas aéreas internacionais de empresas brasileiras, doações de ambulâncias, etc.

Procura-se evitar os excessos estabelecendo-se um mínimo de gratuidade, mas de toda maneira o controle exercido sobre as verbas, principalmente no caso brasileiro é incipiente e realizado de forma indireta e sem aplicação de sanções adequadas. Tanto no caso brasileiro quanto no americano, o enfoque principal dos mecanismos governamentais de controle está na fiscalização orçamentário-financeira. A qualidade dos serviços prestados acaba sendo desprezada, ou melhor, não avaliada. No caso dos americanos esse problema é minorado pelo fato de existirem avaliações de qualidade realizadas por instituições independentes que são, muitas vezes, levadas em consideração pelo governo.

A inadequação dos mecanismos legais normatizadores, portanto, está presente tanto em países onde o setor se encontra mais desenvolvido, como nos Estados Unidos, bem como em países em que ele está em desenvolvimento, como o Brasil, onde o setor apenas recentemente se formata enquanto tal. Em ambos são colocadas na mesma classificação, mas em realidades bem diferentes. Uma primeira providência concreta seria separar as entidades que tem como meta o bem público daquelas que visam a atender os interesses de seus associados, instituidores ou controladores. Certamente, a instituição de mecanismos de controle mais rigorosos na distribuição e no uso dos recursos públicos pelas organizações do

Terceiro Setor será entendida como uma interferência inconstitucional pelas organizações que buscam interesses particulares.

Uma segunda providência seria realizar uma fiscalização mais efetiva, para comprovar se as organizações receptoras de recursos governamentais de fato patrocinam bens públicos. Ainda é possível dizer que estabelecimentos de ensino privados se auto declaram instituições de educação e são constitucionalmente imunes a impostos. Assim, seria necessária pelo menos uma legislação que assegurasse que essas escolas rentáveis oferecessem bolsas de estudo a estudantes carentes em contrapartida às isenções que tem desfrutado.

O resultado dessa inadequação legal, portanto, são perdas para ambas as partes. Para o Poder Público, pois muitas vezes ele acaba isentando de impostos e, portanto, subsidiando, instituições que não precisam desses benefícios, ou necessitam apenas em grau menor. Por outro lado, deixa de criar parâmetros mais adequados para o estabelecimento de uma relação duradoura, com mecanismos mais eficientes de controle da distribuição das verbas públicas. Para as organizações, pois tem freqüentemente de cumprir exigências improcedentes e forçar uma adequação à regras que acabam sendo prejudiciais aos seus propósitos, contrariando sua natureza.

Grande parte das organizações do terceiro setor utiliza o trabalho voluntário de pessoas nem sempre profissionalmente qualificadas para exercer as funções que exercem. Isso geralmente representa um problema para as agências governamentais que desejam destinar fundos públicos a essas organizações, uma vez que as agências tem responsabilidades e devem assegurar que os recursos sejam empregados de forma qualificada. A pressão oficial é sempre no sentido de as organizações apresentarem atestados de capacidade, longa experiência e capacidade profissional para desempenhar as tarefas a que se propõem. A exigência desses atestados visa proteger o público de organizações ou indivíduos desqualificados. Tal dilema acaba excluindo da distribuição de recursos organizações mais amadoras que muitas vezes podem trazer soluções inovadoras também.

Portanto, a legislação reguladora do relacionamento entre o Estado e o Terceiro Setor acaba desempenhando um papel fundamental, podendo entrar ou facilitar essa relação. Vários autores consideram essencial uma revisão legal

para que tal relacionamento possa fluir de forma mais natural. Butler, por exemplo, diz que as barreiras da regulação costumam resultar da falta de compreensão do funcionamento dessas organizações, e que tais barreiras acabam bloqueando o oferecimento de serviços competitivos.⁹⁴ Outros, concordam que a legislação atual não é mais apropriada à realidade e que várias dessas organizações tem se aproveitado criminosamente dessa inadequação.

⁹⁴FERREIRA, op. cit., p. 22.

5 APONTAMENTOS FINAIS

De acordo com o exposto no presente trabalho, o objetivo foi demonstrar o significado do Terceiro Setor no atual contexto social e narrar um pouco como este importante ramo do Direito se concretiza no dia-a-dia da sociedade. Além disso, demonstrou-se de que forma se concretizam as parcerias entre o Terceiro Setor e a Administração Pública (convênios, contratos, termos de parceria).

Antes de mais nada, é importante que se tenha em mente que o Terceiro Setor ganhou maior importância nos últimos anos e atingiu seu auge no final dos anos noventa, com a tentativa de legalização ou marco legal deste segmento através das chamadas Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (Lei 9790/99) e as Organizações Sociais (Lei 9637/98). Essa tentativa de “legalização” ocorreu após uma grande crise vivida pelas ONG’s, Fundações e outras entidades de interesse social, com escândalos de desvios de recursos públicos, falta de uma fiscalização sistemática e mecanismos de controle eficazes.

Com isso, ainda na gestão do então presidente Fernando Henrique Cardoso, essa tentativa de legalização foi colocada em prática por iniciativa da primeira dama Ruth Cardoso. Contudo, mesmo com a certeza de que uma nova era para o Terceiro Setor estava surgindo com toda força e de forma definitiva, o resultado na prática foi bem diferente. Isso porque as novas leis trouxeram mais complicações do que propriamente soluções.

No caso das OSCIPS, por exemplo, a grande inovação legal foi a permissão de remuneração dos dirigentes e a prestação de contas feita anualmente diretamente ao Ministério da Justiça. Contudo, não trouxe parâmetros rígidos de prestações de contas e também não deliberou expressamente sobre os mecanismos de controle por parte do Poder Público em relação aos programas executados pelas entidades, desde a saída do dinheiro dos cofres públicos até a finalização dos projetos por parte da entidade executora de alguns dos programas concedidos pelo Governo (SAMU, PSF, PROJovem).

Já no caso das Organizações Sociais, a legislação trouxe uma questão importante, qual seja, a participação de membros da sociedade civil organizada, do poder público e dos órgãos fiscalizadores para dentro da entidade. Nesse caso, os

representantes do Ministério Público, por exemplo, fazem parte dos conselhos fiscais e consultivo das Organizações Sociais, a fim de que haja uma maior fiscalização e segurança jurídica durante a execução dos programas e projetos.

Com o surgimento das OSCIPS e O.S, as ONG's passaram por um período de grande crise e quase desapareceram do cenário nacional. Contudo, deve-se ter em mente que exercem um papel fundamental para a sociedade assim como as Fundações e Entidades Filantrópicas, papéis estes, tratados com detalhes importantes no decorrer do presente trabalho, inclusive com aspectos importantes acerca da posição dessas entidades no atual Código Civil Brasileiro.

Outro aspecto importante, que merece ser considerado, é a realidade do país e da sociedade brasileira sem a atuação do Terceiro Setor. Isso seria praticamente impossível, visto que o Estado cresceu de maneira desenfreada, sem planejamento em praticamente nenhuma das áreas onde deveria existir (saúde, educação, assistência social) e mergulhou em uma grande crise social.

Hoje, não se pode pensar num estado da federação sem um hospital filantrópico, por exemplo, pois seria o verdadeiro desastre na área da saúde. E mesmo assim, com hospitais filantrópicos, creches, abrigos, lares beneficentes, entidades, que prestam apoio a pessoas com doenças crônicas e outras deficiências dando apoio ao governo, muita coisa ainda fica falha, sem respostas e em consequência sem atendimento, prejudicando única e exclusivamente a população em geral, pois é engano pensar que só pessoas de classe baixa são atingidas. Observam-se reflexos em todas as camadas sociais, pois crianças sem educação e saúde vão procurar meios alternativos de sobrevivência, na maioria das vezes se deixando levar pelas drogas e pela informalidade, gerando prejuízos para toda a Nação.

Outro aspecto de grande relevância e merecedor de destaque é o caráter negocial das parcerias entre o Poder Público e as entidades do Terceiro Setor. No caso das OSCIPs, o que se tem é a celebração de um Termo de Parceria; já no caso das O.S, o nome que se dá é Contrato de Gestão; com ONGS e Fundações, na maioria das vezes, têm-se os chamados Convênios, que nada mais são do que formas de contratação entre entes públicos e entidades sociais, de caráter eminentemente privado. A partir da efetivação desses “negócios jurídicos”, as atividades se iniciam e o programa é colocado em prática nas diversas áreas de

atuação das entidades retro citadas.

Por fim, o principal ponto que não se pode olvidar é o fato de que sem o Terceiro Setor, o calapso seria imediato e uma verdadeira comoção intestina estaria instaurada. Por conta disso, o caminho é buscar meios de fiscalização mais eficazes e forma de controle dos projetos executados menos burocráticas e mais funcionais, como em países desenvolvidos (Estados Unidos e Canadá), onde as entidades do Terceiro Setor recebem verbas exorbitantes, executam projetos com perfeição e estão sempre longe dos escândalos com o dinheiro público, pago mediante o sacrifício e o trabalho dos contribuintes.

REFERÊNCIAS

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Contrato administrativo. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; MOTTA, Roberto Ferreira, CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (Coord.). **Direito administrativo contemporâneo: estudos em memória ao Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

_____. **Reflexões do direito administrativo**. São Paulo: Fórum, 2010.

BAVA, Silvio C. **O terceiro setor e os desafios do estado de São Paulo para o século XXI**. São Paulo: Autores Associados, 2008.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política**. 13. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

_____. Le fonti del diritto in Kelsen. In: _____. Diritto e potere. Napoli: Scientifiche Italiane, 1992. p. 91-155.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Lei n.º 4.320, de 17 de março de 1964. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. **Diário Oficial da União**, 23 mar. 1964.

_____. Decreto nº 93.872, de 23 de dezembro de 1986. Dispõe sobre a unificação dos recursos de caixa do Tesouro Nacional, atualiza e consolida a legislação pertinente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 dez. 1986.

_____. Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993. Dispõe Sobre a Organização da Assistência Social e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 8 dez. 1993.

_____. Lei nº 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. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 18 maio 1998a.

_____. **Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998**. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. 1998b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm>. Acesso em: 15 nov. 2011.

_____. **Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998.** Altera dispositivos das Leis nº 3.890-A, de 25 de abril de 1961, nº 8.666, de 21 de junho de 1993, nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, nº 9.074, de 7 de julho de 1995, nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, e autoriza o Poder Executivo a promover a reestruturação da Centrais Elétricas Brasileiras - ELETROBRÁS e de suas subsidiárias e dá outras providências. 1998c. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9648compilada.htm>. Acesso em: 15 nov. 2011.

_____. Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999. Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 mar. 1999a.

_____. Decreto nº 3.100, de 30 de junho de 1999. Regulamenta a Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999, que dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1 jul. 1999b.

_____. Lei nº 11.178, de 20 de setembro de 2005. Dispõe sobre as diretrizes para a elaboração da Lei Orçamentária de 2006 e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 21 set. 2005.

_____. **Código Civil brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2010a.

_____. **Constituição da República Federativa Brasileira.** São Paulo: Saraiva, 2010b.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Curso de direito administrativo.** Curitiba: Atlas, 2007.

DINIZ, Gustavo Saad. **Direito das fundações privadas, teoria geral e exercício de atividades econômicas.** Porto Alegre: Síntese, 2007.

DROMI, Roberto. **Acto administrativo.** Buenos Aires: Ciudad, 2008.

FERNANDES, Rubem César. **Privado, porém público: o terceiro setor na América Latina.** 2. ed. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1997.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. **Lições de direito administrativo.** Rio de Janeiro: Rio, 1962.

FRANCO, Augusto de. A reforma do estado e o terceiro setor. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes (Org.). **Sociedade e estado em transformação.** São Paulo: UNESP, 2001.p. 273-292.

GONÇALVES, Vania Mara Nascimento. **Estado, sociedade civil e princípio da subsidiariedade na era da globalização.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GRAU, Nuria Cunill. A rearticulação das relações estado-sociedade: busca de novos significados. **Revista do Serviço Público**, Brasília, ano 47, v. 120, n.1, jan./abr. 1996.

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Império**. 8. ed. Rio de Janeiro: Record, 2008.

LINCOLN, Antonio de Castro. **O Ministério Público e as fundações de direito privado**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2008.

MAURER, Hartmut. **Direito administrativo**. São Paulo: Manole, 2010.

MAURO, José Eduardo Marques; NAVES, Rubens. Terceiro setor e suas perspectivas. **Cadernos de Pesquisa da Universidade**, Caxias do Sul, v. 7, n. 2, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**, 19. Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MODESTO, Paulo Eduardo Garrido. **Nova organização administrativa brasileira**. Belo Horizonte: Fórum, 2008a.

MODESTO, Paulo. **Reforma administrativa e do marco legal das organizações sociais no Brasil**: as dúvidas dos juristas sobre o modelo das organizações sociais. Belo Horizonte: Fórum, 2008b.

MORALES, Carlos Antonio. Provisão de serviços sociais através de organizações públicas não estatais. In: BRESSER, Luiz Carlos Pereira; GRAU, Nuria Cunill (Org.). **O público não estatal na reforma do estado**. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, 1999. p. 51-86.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de; MÂNICA, Fernando Borges. Organizações da sociedade civil de interesse público: termo de parceria e licitação. **Fórum Administrativo**: Direito Público, Belo Horizonte, ano 5, n. 49, mar. 2005.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Carta das Nações Unidas**. Nova Iorque: ONU, 1945.

PAES, José Eduardo Sabo. **Fundações e entidades de interesse social**: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

PAES, José Eduardo Sabo. Terceiro setor: conceituação e observância dos princípios constitucionais aplicáveis à administração pública. **Fórum Administrativo**: Direito Público, Belo Horizonte, ano 5, n. 48, fev. 2005.

PETRELLI, Cristina Melim. **Entidades filantrópicas**: aspectos conceituais, legais e contábeis nas fundações educacionais. Disponíveis em:

<http://rapes.unsl.edu.ar/Congresos_realizados/Congresos/III%20Encuentro/Completo/MELIM.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2011

REALE, Miguel. **Teoria do direito e do estado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A reinvenção solidária e participativa do Estado**. Coimbra: Centros de Estudos Sociais, 1999. p. 3-4

SÃO PAULO. Tribunal de Contas. **Manual básico**: repasses públicos ao terceiro setor. São Paulo: Tribunal de Contas, 2004.

SOUZA, Leandro Marins de. **Tributação do terceiro setor no Brasil**. São Paulo: Dialética, 2004.

TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida. **Comentários a lei dos registros públicos**. Florianópolis: Conceito, 2010.

TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida. **Negócios jurídicos**. Londrina: MIDIOGRAF, 2006.

VALLERO, Manuel Diez de Velasco. **Las organizaciones internacionales**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

ANEXOS

ANEXO A

TERMO DE PARCERIA

(Art. 9º da Lei nº 9.790, de 23.3.99, e Art. 8º do Decreto nº 3.100, de 30.6.99)

TERMO DE PARCERIA QUE ENTRE SI
CELEBRAM A _____
(UNIÃO/ESTADO/MUNICÍPIO), ATRAVÉS DO

(ÓRGÃO/ENTIDADE ESTATAL), E A

(ORGANIZAÇÃO DA
SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO).

A(O) _____ (UNIÃO/ESTADO/MUNICÍPIO), representada(o) pelo _____
(ÓRGÃO/ENTIDADE ESTATAL), doravante denominado **PARCEIRO PÚBLICO**, com sede à
_____ (endereço completo), neste ato representado por seu titular, _____,
(brasileiro), (casado, solteiro ou viúvo), CPF nº _____, residente e domiciliado na _____
(cidade/estado) e a _____ (ORGANIZAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL DE
INTERESSE PÚBLICO), doravante denominada **OSICIP**, pessoa jurídica de direito privado, sem
fins lucrativos, CGC/CNPJ nº _____, qualificada como Organização da Sociedade Civil de
Interesse Público, conforme consta do processo MJ nº _____ e do Despacho da Secretaria
Nacional de Justiça, de __/__/__, publicado no Diário Oficial da União de __/__/__, neste ato
representada na forma de seu estatuto por _____, (brasileiro), (casado, solteiro ou
viúvo), CPF nº _____, residente e domiciliado na _____ (cidade/estado) com
fundamento no que dispõem a Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999, e o Decreto nº 3.100, de 30
de junho de 1999, resolvem firmar o presente TERMO DE PARCERIA, que será regido pelas
cláusulas e condições que seguem:

CLÁUSULA PRIMEIRA DO OBJETO

O presente TERMO DE PARCERIA tem por objeto _____
(descrição sucinta do objeto constante no Programa de Trabalho), que se realizará por meio do
estabelecimento de vínculo de cooperação entre as partes.

Subcláusula Única - O Programa de Trabalho poderá ser ajustado de comum acordo entre as
partes, por meio de:

a) registro por simples apostila, dispensando-se a celebração de Termo Aditivo, quando se tratar
de ajustes que não acarretem alteração dos valores definidos na Cláusula Quarta; e

b) celebração de Termo Aditivo, quando se tratar de ajustes que impliquem alteração dos valores
definidos na Cláusula Quarta.

CLÁUSULA SEGUNDA
DO PROGRAMA DE TRABALHO, DAS METAS, DOS INDICADORES
DE DESEMPENHO E DA PREVISÃO DE RECEITAS E DESPESAS

O detalhamento dos objetivos, das metas, dos resultados a serem atingidos, do cronograma de execução, dos critérios de avaliação de desempenho, com os indicadores de resultados, e a previsão de receitas e despesas, na forma do inciso IV do § 2º do art. 10 da Lei nº 9.790/99, constam do Programa de Trabalho proposto pela **OSCIP** e aprovado pelo **PARCEIRO PÚBLICO**, sendo parte integrante deste TERMO DE PARCERIA, independentemente de sua transcrição.

CLÁUSULA TERCEIRA
DAS RESPONSABILIDADES E OBRIGAÇÕES

São responsabilidades e obrigações, além dos outros compromissos assumidos neste TERMO DE PARCERIA:

I - Da OSCIP

a- executar, conforme aprovado pelo **PARCEIRO PÚBLICO**, o Programa de Trabalho, zelando pela boa qualidade das ações e serviços prestados e buscando alcançar eficiência, eficácia, efetividade e economicidade em suas atividades;

b- observar, no transcorrer da execução de suas atividades, as orientações emanadas do **PARCEIRO PÚBLICO**, elaboradas com base no acompanhamento e supervisão;

c- responsabilizar-se integralmente pela contratação e pagamento do pessoal que vier a ser necessário e se encontrar em efetivo exercício nas atividades inerentes à execução deste TERMO DE PARCERIA, inclusive pelos encargos sociais e obrigações trabalhistas decorrentes, observando-se o disposto no art. 4º, inciso VI, da Lei 9.790, de 23 de março de 1999;

d- promover, até 28 de fevereiro de cada ano, a publicação integral na imprensa oficial (União/Estado/Município) de extrato de relatório de execução física e financeira do TERMO DE PARCERIA, de acordo com o modelo constante do Anexo II do Decreto 3.100, de 30 de junho de 1999;

e – publicar, no prazo máximo de trinta dias, contados da assinatura deste TERMO DE PARCERIA, regulamento próprio contendo os procedimentos que adotará para promover a aquisição ou contratação de quaisquer bens, obras e serviços, observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e da eficiência;

f – indicar pelo menos um responsável pela boa administração e aplicação dos recursos recebidos, cujo nome constará do extrato deste TERMO DE PARCERIA a ser publicado pelo **PARCEIRO PÚBLICO**, conforme modelo apresentado no Anexo I do Decreto 3.100, de 30 de junho de 1999; e

g – movimentar os recursos financeiros, objeto deste TERMO DE PARCERIA, em conta bancária específica indicada pelo **PARCEIRO PÚBLICO**.

II - Do PARCEIRO PÚBLICO

a – acompanhar, supervisionar e fiscalizar a execução deste TERMO DE PARCERIA, de acordo com o Programa de Trabalho aprovado;

b – indicar à **OSCIP** o banco para que seja aberta conta bancária específica para movimentação dos recursos financeiros necessários à execução deste TERMO DE PARCERIA;

c – repassar os recursos financeiros à **OSCIP** nos termos estabelecidos na Cláusula Quarta.

d – publicar no Diário Oficial (União/Estado/Município) extrato deste TERMO DE PARCERIA e de seus aditivos e apostilamentos, no prazo máximo de quinze dias após sua assinatura, conforme modelo do Anexo I do Decreto nº 3.100, de 30 de junho de 1999;

e - criar Comissão de Avaliação para este TERMO DE PARCERIA, composta por dois representantes do **PARCEIRO PÚBLICO**, um da **OSCIP** e um do Conselho de Política Pública (quando houver o Conselho de Política Pública);

f – prestar o apoio necessário à **OSCIP** para que seja alcançado o objeto deste TERMO DE PARCERIA em toda sua extensão;

g - fornecer ao Conselho de Política Pública (quando houver) da área correspondente à atividade ora fomentada, todos os elementos indispensáveis ao cumprimento de suas obrigações em relação à este TERMO DE PARCERIA, nos termos do art. 17 do Decreto nº 3.100, de 30 de junho de 1999.

CLÁUSULA QUARTA **DOS RECURSOS FINANCEIROS**

Para o cumprimento das metas estabelecidas neste TERMO DE PARCERIA:

I - O **PARCEIRO PÚBLICO** estimou o valor global de R\$ (_____), a ser repassado à **OSCIP** de acordo com o cronograma de desembolso abaixo.

Exemplo:

VALOR	DATA	CONDIÇÕES
1ª Parcela		Na assinatura do Termo de Parceria
2ª Parcela		
3ª Parcela		Desde que as metas da 1ª parcela tenham sido alcançadas, conforme Subcláusula Sexta.

II - A **OSCIP** contribuirá com R\$ (_____) (caso haja aporte de recursos financeiros por parte da OSCIP) de acordo com o cronograma abaixo.

Exemplo:

VALOR	DATA	CONDIÇÕES

Subcláusula Primeira – O **PARCEIRO PÚBLICO**, no processo de acompanhamento e supervisão deste TERMO DE PARCERIA, poderá recomendar a alteração de valores, que implicará a revisão das metas pactuadas, ou recomendar revisão das metas, o que implicará a alteração do valor global pactuado, tendo como base o custo relativo, desde que devidamente justificada e aceita pelos **PARCEIROS**, de comum acordo, devendo, nestes casos, serem celebrados Termos Aditivos.

Subcláusula Segunda – Os recursos repassados pelo **PARCEIRO PÚBLICO** à **OSCIP**, enquanto não utilizados, deverão sempre que possível ser aplicados no mercado financeiro, devendo os

resultados dessa aplicação serem revertidos exclusivamente à execução do objeto deste TERMO DE PARCERIA.

Subcláusula Terceira – Havendo atrasos nos desembolsos previstos no cronograma estabelecido no *caput* desta Cláusula, a **OSCIP** poderá realizar adiantamentos com recursos próprios à conta bancária indicada pelo **PARCEIRO PÚBLICO**, tendo reconhecidas as despesas efetivadas, desde que em montante igual ou inferior aos valores ainda não desembolsados e estejam previstas no Programa de Trabalho.

Subcláusula Quarta – Na hipótese de formalização de Termo Aditivo, as despesas previstas e realizadas no período compreendido entre a data original de encerramento deste TERMO DE PARCERIA e a formalização da nova data de início serão consideradas legítimas, desde que cobertas pelo respectivo empenho.

Subcláusula Quinta – As despesas ocorrerão à conta do orçamento vigente, _____ (identificar a classificação programática e econômica da despesa, número e data da nota de empenho). As despesas relativas a exercícios futuros correrão à conta dos respectivos orçamentos, devendo os créditos e empenhos serem indicados por meio de:

a) registro por simples apostila, dispensando-se a celebração de Termo Aditivo, quando se tratar apenas da indicação da dotação orçamentária para o novo exercício, mantida a programação anteriormente aprovada; e

b) celebração de Termo Aditivo, quando houver alteração dos valores globais definidos no *caput* desta Cláusula.

Subcláusula Sexta – A liberação de recursos a partir da terceira parcela, inclusive, ficará condicionada à comprovação das metas para o período correspondente à parcela imediatamente anterior a última liberação, mediante apresentação dos documentos constantes dos incisos I e IV do art. 12 do Decreto nº 3.100, de 30 de junho de 1999.

CLÁUSULA QUINTA DA PRESTAÇÃO DE CONTAS

A **OSCIP** elaborará e apresentará ao **PARCEIRO PÚBLICO** prestação de contas do adimplemento do seu objeto e de todos os recursos e bens de origem pública recebidos mediante este TERMO DE PARCERIA, até sessenta dias após o término deste (na hipótese do Termo de Parceria ser inferior ao ano fiscal) **ou** até 28 de fevereiro do exercício subsequente (na hipótese do Termo de Parceria ser maior que um ano fiscal) e a qualquer tempo por solicitação do **PARCEIRO PÚBLICO**.

Subcláusula Primeira – A **OSCIP** deverá entregar ao **PARCEIRO PÚBLICO** a Prestação de Contas instruída com os seguintes documentos:

I - relatório sobre a execução do objeto do TERMO DE PARCERIA, contendo comparativo entre as metas propostas e os resultados alcançados;

II – demonstrativo integral da receita e despesa realizadas na execução do objeto, oriundos dos recursos recebidos do **PARCEIRO PÚBLICO**, bem como, se for o caso, demonstrativo de igual teor dos recursos originados da própria **OSCIP** e referentes ao objeto deste TERMO DE PARCERIA, assinados pelo contabilista e pelo responsável da **OSCIP** indicado na Cláusula Terceira;

III – extrato da execução física e financeira publicado na imprensa oficial (União/Estado/Município), de acordo com modelo constante do Anexo II do Decreto 3.100, de 30 de junho de 1999;

IV – parecer e relatório de auditoria independente sobre a aplicação dos recursos objeto deste TERMO DE PARCERIA (apenas para os casos em que o montante de recursos for maior ou igual a R\$ 600.000,00 – seiscentos mil reais).

Subcláusula Segunda – Os originais dos documentos comprobatórios das receitas e despesas constantes dos demonstrativos de que trata o inciso II da Subcláusula anterior deverão ser arquivados na sede da **OSCIP** por, no mínimo, cinco anos, separando-se os de origem pública daqueles da própria **OSCIP**.

Subcláusula Terceira – Os responsáveis pela fiscalização deste TERMO DE PARCERIA, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização dos recursos ou bens de origem pública pela **OSCIP**, darão imediata ciência ao Tribunal de Contas respectivo e ao Ministério Público, sob pena de responsabilidade solidária, consoante o art. 12 da Lei 9.790, de 23 de março de 1999.

CLÁUSULA SEXTA DA AVALIAÇÃO DE RESULTADOS

Os resultados atingidos com a execução do TERMO DE PARCERIA devem ser analisados pela Comissão de Avaliação citada na Cláusula Terceira.

Subcláusula Única – A Comissão de Avaliação emitirá relatório conclusivo sobre os resultados atingidos, de acordo com o Programa de Trabalho, com base nos indicadores de desempenho citados na Cláusula Segunda, e o encaminhará ao **PARCEIRO PÚBLICO**, até ____ dias após o término deste TERMO DE PARCERIA.

CLÁUSULA SÉTIMA DA VIGÊNCIA E DA PRORROGAÇÃO

O presente TERMO DE PARCERIA vigorará por ____ / ____ (meses/anos) a partir da data de sua assinatura.

Subcláusula Primeira – Findo o TERMO DE PARCERIA e havendo adimplemento do objeto e excedentes financeiros disponíveis junto a **OSCIP**, o **PARCEIRO PÚBLICO** poderá, com base na indicação da Comissão de Avaliação, citada na Cláusula Sexta, e na apresentação de Programa de Trabalho suplementar, prorrogar este TERMO DE PARCERIA, mediante registro por simples apostila ou requerer a devolução do saldo financeiro disponível.

Subcláusula Segunda – Findo o TERMO DE PARCERIA e havendo inadimplemento do objeto e restando desembolsos financeiros a serem repassados pelo **PARCEIRO PÚBLICO** à **OSCIP**, este TERMO DE PARCERIA poderá ser prorrogado, mediante Termo Aditivo, por indicação da Comissão de Avaliação citada na cláusula Sexta, para cumprimento das metas estabelecidas.

Subcláusula Terceira – Havendo inadimplemento do objeto com ou sem excedentes financeiros junto à **OSCIP**, o **PARCEIRO PÚBLICO** poderá, desde que não haja alocação de recursos públicos adicionais, prorrogar este TERMO DE PARCERIA, mediante Termo Aditivo, por indicação da Comissão de Avaliação citada na cláusula Sexta, ou requerer a devolução dos recursos transferidos e/ou outra medida que julgar cabível.

Subcláusula Q uarta – Nas situações previstas nas Subcláusulas anteriores, a Comissão de Avaliação deverá se pronunciar até trinta dias após o término deste TERMO DE PARCERIA, caso contrário, o **PARCEIRO PÚBLICO** deverá decidir sobre a sua prorrogação ou não.

CLÁUSULA OITAVA DA RESCISÃO

O presente TERMO DE PARCERIA poderá ser rescindido por acordo entre as partes ou administrativamente, independente das demais medidas cabíveis, nas seguintes situações:

I – se houver descumprimento, ainda que parcial, das Cláusulas deste TERMO DE PARCERIA; e

II – unilateralmente pelo **PARCEIRO PÚBLICO** se, durante a vigência deste TERMO DE PARCERIA, a **OSCIP** perder, por qualquer razão, a qualificação como "Organização da Sociedade Civil de Interesse Público".

CLÁUSULA NONA DA MODIFICAÇÃO

Este TERMO DE PARCERIA poderá ser modificado em qualquer de suas Cláusulas e condições, exceto quanto ao seu objeto, mediante registro por simples apostila ou Termo Aditivo, de comum acordo entre os **PARCEIROS**, desde que tal interesse seja manifestado, previamente, por uma das partes, por escrito.

CLÁUSULA DÉCIMA DO FORO

Fica eleito o foro da cidade de _____ para dirimir qualquer dúvida ou solucionar questões que não possam ser resolvidas administrativamente, renunciando as partes a qualquer outro, por mais privilegiado que seja.

E, por estarem assim, justas e acordadas, firmam as partes o presente TERMO DE PARCERIA em 3 (três) vias de igual teor e forma e para os mesmos fins de direito, na presença das testemunhas abaixo qualificadas.

(Cidade), (dia) de (mês) de (ano).

PARCEIRO PÚBLICO

OSCIP

TESTEMUNHAS:

_____	_____
NOME:	NOME:
ENDEREÇO:	ENDEREÇO:
CPF Nº	CPF Nº

ANEXO B



PREFEITURA DA CIDADE DE
SÃO PAULO

SECRETARIA DA SAÚDE

CONTRATO DE GESTÃO

HOSPITAL MUNICIPAL M'BOI MIRIM



018212008



CONTRATO DE GESTÃO Nº 004/08-NTCSS/SMS

CONTRATO QUE ENTRE SI CELEBRAM O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, POR INTERMÉDIO DA SECRETARIA MUNICIPAL DA SAÚDE, E O CENTRO DE ESTUDOS E PESQUISAS "DOUTOR JOÃO AMORIM" – CEJAM QUALIFICADO COMO ORGANIZAÇÃO SOCIAL, COM A INTERVENIÊNCIA DA SOCIEDADE BENEFICENTE ISRAELITA BRASILEIRA HOSPITAL ALBERT EINSTEIN – SBIBHAE, PARA REGULAMENTAR O DESENVOLVIMENTO DAS AÇÕES E SERVIÇOS DE SAÚDE, NO HOSPITAL MUNICIPAL M'BOI MIRIM.

Pelo presente instrumento, de um lado a Prefeitura do Município de São Paulo, por intermédio da **SECRETARIA MUNICIPAL DA SAÚDE - SMS/SP**, com sede na Rua General Jardim, 36, Vila Buarque, São Paulo, Município de São Paulo, CEP 01.223-010, neste ato representado pelo seu titular, **Dr. JANUARIO MONTONE**, brasileiro, casado, portador da Cédula de Identidade R.G.nº 7.568.932-7, CPF nº 724.059.888-87, doravante denominada **CONTRATANTE**, e de outro lado o **CENTRO DE ESTUDOS E PESQUISAS "DOUTOR JOÃO AMORIM" – CEJAM**, qualificado como Organização Social, no município de São Paulo nos autos do processo administrativo nº 2006-0.149.577-9 (Certificado de Qualificação nº 005, de 20.07.2006), com CNPJ/MF nº 66.518.267/0002-64, inscrito no CREMESP sob nº Prot. 0510293137, com endereço na Rua Treze de Maio, 1003 / 1009 – Bela Vista, São Paulo, Estado de São Paulo, e com estatuto arquivado no 3º Oficial de Registro de Títulos e Documentos Civil de Pessoa Jurídica, sob nº 506901, do Registro Civil de Pessoas Jurídicas de São Paulo, neste ato representado por seus diretores, Diretor-Presidente **Dr. FERNANDO PROENÇA DE GOUVÊA**, brasileiro, portador da Cédula de Identidade R.G. nº 1.179.735, C.P.F. nº 032.781.828-04, e Diretor-Vice-Presidente **Dra. MARIA HELENA MANCUSI DE CARVALHO**, Brasileira, portador da Cédula de Identidade R.G. 3.371.707 – C.P.F.: 538.123.368-4, doravante denominada **CONTRATADA**, com a intervenção da **SOCIEDADE BENEFICENTE ISRAELITA BRASILEIRA HOSPITAL ALBERT EINSTEIN – SBIBHAE**, pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, inscrita no CNPJ sob o nº 60.765.823/0001-30, com sede na Av. Albert Einstein nº 627 – Morumbi, São Paulo, Estado de São Paulo, neste ato representada por seu Presidente **Dr. CLÁUDIO LUIZ LOTTENBERG**, brasileiro, médico, casado, inscrito no RG sob nº 6.291.334 SSP/SP, e no CPF sob nº 085.503.908-60, e por seu Vice-Presidente **Dr. ELIAS KNOBEL**, brasileiro, médico, casado, portador da cédula de identidade RG. No. 2.868.646 SSP/SP, inscrito no CPF/MF sob No. 114.510.688-91, doravante denominada **ASSOCIADA**, tendo em vista o que dispõe a Lei Federal nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, a Lei Municipal nº 14.132, de 24 de janeiro de 2006, bem como o disposto no art. 24, inciso XXIV da Lei Federal 8.666 de 21 de junho de 1993 e considerando o despacho do Sr. Secretário às fls. 1027 nos autos do PA nº 2007-0.384.135-8, e ainda em conformidade com Normas do Sistema Único de Saúde – SUS emanadas do Ministério da Saúde – MS, resolvem celebrar o presente **CONTRATO DE GESTÃO** referente à execução de ações e serviços de saúde a serem desenvolvidas no **HOSPITAL MUNICIPAL M'BOI MIRIM**, situado à Estrada do M'Boi Mirim, nº 5.203, Jardim Ângela, Município de São Paulo, de propriedade da Prefeitura do Município de São Paulo, cuja concessão de uso fica permitida pelo período de vigência do presente contrato, mediante as cláusulas e condições seguintes:



CLÁUSULA PRIMEIRA
DO OBJETO

1. O presente **CONTRATO DE GESTÃO** tem por objeto a operacionalização da gestão e execução, pela **CONTRATADA** em conjunto com a **ASSOCIADA**, das atividades e serviços de saúde no **HOSPITAL MUNICIPAL M'BOI MIRIM**, em conformidade com os Anexos Técnicos que integram este instrumento.
2. O objeto contratual executado deverá atingir o fim a que se destina, com eficácia e qualidade requeridas.
3. Fazem parte integrante deste **CONTRATO DE GESTÃO**:
 - a) O Anexo Técnico I – Prestação de Serviços
 - b) O Anexo Técnico II – Acompanhamento e Avaliação
 - c) O Anexo Técnico III – Sistema de Pagamento
 - d) O Anexo Técnico IV – Termo de Permissão de Uso

PARÁGRAFO ÚNICO

Para atender ao disposto neste **CONTRATO DE GESTÃO**, as partes estabelecem:

- I. Que a **CONTRATADA** e a **ASSOCIADA** dispõem de suficiente nível técnico-assistencial, capacidade e condições de prestação de serviços que permitam o maior nível de qualidade nos serviços contratados conforme a especialidade e características da demanda.
- II. Que a **CONTRATADA** e a **ASSOCIADA** não estão sujeitas a nenhum tipo de restrição legal que incapacite seu titular para firmar este Contrato com a **SECRETARIA MUNICIPAL DA SAÚDE**.

CLÁUSULA SEGUNDA
OBRIGAÇÕES E RESPONSABILIDADES DA CONTRATADA

Em cumprimento às suas obrigações, cabe à **CONTRATADA** e a **ASSOCIADA**, além das obrigações constantes das especificações técnicas nos Anexos e daquelas estabelecidas na legislação referente ao SUS, bem como nos diplomas federal estadual e municipal que regem a presente contratação, as seguintes:

1- Prestar os serviços de saúde que estão especificados no Anexo Técnico I- Prestação de Serviços, à população usuária do SUS- Sistema Único de Saúde, de acordo com o estabelecido neste contrato e nos exatos termos da legislação pertinente ao SUS – Sistema Único de Saúde -, especialmente o disposto na Lei 8080, de 19 de setembro de 1990, com observância dos princípios veiculados pela legislação, e em especial:

I - universalidade de acesso aos serviços de saúde;

II - integralidade de assistência, entendida como sendo o conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema, em atuação conjunta com os demais equipamentos do Sistema Único de Saúde existentes no Município;

III – gratuidade de assistência, sendo vedada a cobrança em face de pacientes ou seus representantes, responsabilizando-se a **CONTRATADA** e a **ASSOCIADA** por cobrança indevida feita por seu empregado ou preposto;

IV - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral;

V - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;

VI - direito de informação às pessoas assistidas, sobre sua saúde;

VII - divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário;

VIII – fomento dos meios para participação da comunidade;

IX – prestação dos serviços com qualidade e eficiência, utilizando-se dos equipamentos de modo adequado e eficaz.

1.1- Na prestação dos serviços descritos no item anterior, a **CONTRATADA** e a **ASSOCIADA** deverão observar:

I – Respeito aos direitos dos pacientes, atendendo-os com dignidade de modo universal e igualitário;

II – manutenção da qualidade na prestação dos serviços;

III – Permissão de visita diária ao paciente internado, respeitada a rotina de serviço;

IV – Respeito à decisão do paciente em relação ao consentimento ou recusa na prestação de serviços de saúde, salvo nos casos de iminente perigo de morte ou obrigação legal;

V – Garantia do sigilo dos dados e informações relativas aos pacientes;



VI – Garantia do direito de assistência religiosa e espiritual aos pacientes, por ministro de qualquer culto religioso;

VII – Garantia da presença de um acompanhante em tempo integral, nas internações de crianças, adolescentes, gestantes e idosos, com direito a alojamento e alimentação, nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Estatuto do Idoso;

VIII - Esclarecimento dos direitos aos pacientes, quanto aos serviços oferecidos.

IX – Justificar ao paciente ou ao seu representante, por escrito, as razões técnicas alegadas quando da decisão de não realização de qualquer ato profissional previsto neste Contrato.

2- Dispor, por razões de planejamento das atividades assistenciais, de informação oportuna sobre o local de residência dos pacientes atendidos ou que lhe sejam referenciados para atendimento, registrando o município de residência e, para os residentes nesta capital do Estado de São Paulo, o registro da região da cidade onde residem (Centro, Leste, Oeste, Norte ou Sul);

- 3- Responsabilizar-se pela indenização de dano decorrente de ação ou omissão voluntária, ou de negligência, imperícia ou imprudência, que seus agentes, nessa qualidade, causarem a paciente, aos órgãos do SUS e a terceiros a estes vinculados, bem como aos bens públicos móveis e imóveis objetos de permissão de uso, de que trata a Lei Municipal nº 14.132/06, assegurando-se o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa, sem prejuízo da aplicação das demais sanções cabíveis;
- 3.1- A responsabilidade de que trata o item anterior estende-se aos casos de danos causados por falhas relativas à prestação dos serviços, nos termos do art. 14 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor);
- 4- Responsabilizar-se por cobrança indevida feita ao paciente ou ao seu representante, por profissional empregado ou preposto, em razão da execução deste contrato;
- 5- Restituir, em caso de desqualificação, ao Poder Público, o saldo dos recursos líquidos resultantes dos valores dele recebidos;
- 6- Administrar os bens móveis e imóveis, cujo uso foi permitido, em conformidade com o disposto no respectivo termo de permissão de uso – Anexo IV que deverá definir as responsabilidades da **CONTRATADA** e da **Associada**, até restituição dos bens ao Poder Público;
- 6.1- A permissão de uso, mencionada no item anterior, deverá observar as condições estabelecidas nos artigos 14 e 15 da Lei nº. 14.132, de 24 de janeiro de 2006, e 114, § 4º da Lei Orgânica do Município, devendo ser realizada mediante a formalização de termo de permissão de uso específico e determinado, emitido pela **SECRETARIA MUNICIPAL DA SAÚDE**, após detalhado inventário e identificação dos referidos bens.
- 6.2- O termo de permissão de uso especificará os bens e o seu estado de conservação e definirá as responsabilidades da **CONTRATADA** e da **Associada** quanto à sua guarda e manutenção.
- 6.3- Os equipamentos e instrumental necessários para a realização dos serviços contratados, deverão ser mantidos pela **CONTRATADA** e pela **Associada** em perfeitas condições;
- 6.4- A **CONTRATADA** deverá comunicar à instância responsável da **CONTRATANTE** todas as aquisições de bens móveis que forem realizadas, no prazo máximo de 30 (trinta) dias após sua ocorrência
- 6.5- Os equipamentos, instrumentos e quaisquer bens permanentes que por ventura venham a ser adquiridos com recursos oriundos deste Contrato, deverão ser incorporados ao patrimônio de outra **ORGANIZAÇÃO SOCIAL** qualificada no âmbito do Município de São Paulo, da mesma área de atuação, ou ao patrimônio do Município de São Paulo, em caso de extinção ou desqualificação da **CONTRATADA**, hipótese esta em que a **ORGANIZAÇÃO SOCIAL** deverá entregar à SMS a documentação necessária ao processo de incorporação dos referidos bens, nos termos do art 2º, I, letra "i" da Lei Municipal 14.132/06.
- 6.6- As benfeitorias realizadas no **HOSPITAL MUNICIPAL M'BOI MIRIM** serão incorporados ao patrimônio municipal, não importando sua natureza ou origem dos recursos.

- 7- Transferir, integralmente, à **CONTRATANTE** em caso de desqualificação e conseqüente extinção da **ORGANIZAÇÃO SOCIAL**, o patrimônio, os legados ou doações que lhe foram destinados, bem como os excedentes financeiros decorrentes da prestação de serviços de assistência à saúde no **HOSPITAL MUNICIPAL M'BOI MIRIM** cujo uso lhe fora permitido;
- 8- Contratar pessoal para a execução das atividades previstas neste **CONTRATO DE GESTÃO**, responsabilizando-se pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais, resultantes da execução do objeto desta avença, devendo, ainda, nesse contexto:
- 8.1- Utilizar, para a contratação de pessoal, critérios exclusivamente técnicos, observando as normas legais vigentes, em especial as trabalhistas e previdenciárias.
- 8.2- Contratar serviços de terceiro, sempre que necessário, responsabilizando-se pelos encargos daí decorrentes.
- 8.3- Responsabilizar-se perante pacientes por eventual indenização de danos materiais e morais decorrentes de ação, omissão, negligência, imperícia ou imprudência decorrentes de atos praticados por profissionais subordinados à **CONTRATADA** e à **ASSOCIADA**.
- 9- Instalar no **HOSPITAL MUNICIPAL M'BOI MIRIM**, cujo uso lhe fora permitido, "Serviço de Atendimento ao Usuário", devendo encaminhar ao Núcleo Técnico de Contratação de Serviços de Saúde (NTCSS) relatório mensal de suas atividades, conforme o disposto no Anexo Técnico II deste **CONTRATO DE GESTÃO**;
- 10- Em se tratando de serviço de hospitalização informar, diariamente, à **CONTRATANTE**, o número de vagas disponíveis, a fim de manter atualizado o serviço de atendimento da "Central de Vagas do SUS"(plantão controlador), bem como indicar, em lugar visível do estabelecimento hospitalar, o número de vagas existentes no dia;
- 10.1 Em se tratando de serviços exclusivamente ambulatoriais, integrar o Serviço de Marcação de Consultas instituído pela Secretaria de Municipal da Saúde, se esta assim o definir;
- 11- Adotar o símbolo e o nome designativo da unidade de saúde cujo uso lhe fora permitido, seguido pelo nome designativo "**ORGANIZAÇÃO SOCIAL**";
- 12- Manter sempre atualizado o prontuário médico dos pacientes e o arquivo médico, pelo prazo mínimo de 5 (cinco) anos, ressalvados os prazos previstos em lei;
- 13- Realizar atividades de ensino e pesquisa com pacientes, sendo que as atividades de pesquisa ficam condicionadas às aprovações prévias e obrigatórias do Comitê de Ética e Pesquisa da Unidade, da Comissão de Ética e Pesquisa da **SECRETARIA MUNICIPAL DA SAÚDE** e da Comissão Nacional de Ética e Pesquisa;
- 14- Afixar aviso, em lugar visível, de sua condição de entidade qualificada como **ORGANIZAÇÃO SOCIAL**, e de gratuidade dos serviços prestados nessa condição;
- 15- Em se tratando de serviço de hospitalização, possuir e manter em pleno funcionamento:

- ❖ Comissão de Prontuário Médico;
- ❖ Comissão de Óbitos;
- ❖ Comissão de Ética Médica
- ❖ Comissão de Controle de Infecção Hospitalar;

16- Fornecer ao paciente atendido, por ocasião de sua saída, seja no Ambulatório, Pronto-Socorro ou Unidade Hospitalar, relatório circunstanciado do atendimento prestado, denominado "**INFORME DE ATENDIMENTO**", do qual devem constar, no mínimo, os seguintes dados:

- 1- Nome do paciente
- 2- Nome da Unidade de atendimento
- 3- Localização do Serviço/Hospital (endereço, município, estado)
- 4- Motivo do atendimento (CID-10)
- 5- Data de admissão e data da alta (em caso de internação)
- 6- Procedimentos realizados e tipo de órtese, prótese e/ou materiais empregados, quando for o caso

16.1- O cabeçalho do documento deverá conter o seguinte esclarecimento:

" Esta conta será paga com recursos públicos provenientes de seus impostos e contribuições sociais".

16.2- Colher a assinatura do paciente, ou de seus representantes legais, na segunda via do relatório a que se refere o item 17 desta cláusula, arquivando-a no prontuário do paciente, pelo prazo de 05 (cinco) anos, observando-se as exceções previstas em lei;

17- A remuneração e vantagens de qualquer natureza a serem percebidos pelos dirigentes e empregados da **CONTRATADA** e da **ASSOCIADA**, no âmbito deste Contrato não poderão exceder os níveis de remuneração praticados na rede privada de saúde, observando-se a média de valores de mercado, no âmbito do Município de São Paulo.

18- Coletar dados dos pacientes atendidos no Hospital Municipal M'Boi Mirim, que por ventura sejam associados ou beneficiários de planos de assistência de saúde privados, informando-os à Secretaria Municipal de Saúde, nos termos da Lei Federal nº 9656/1998.

19- Enviar cópia do instrumento de formalização e regulação da parceria entre a **CONTRATADA** e a **ASSOCIADA**, bem como suas alterações, ajustes complementares ou aditivos.

CLÁUSULA TERCEIRA **DAS OBRIGAÇÕES DA CONTRATANTE**

Para a execução dos serviços objeto do presente contrato, a **CONTRATANTE** obriga-se a:

1- Prover a **CONTRATADA** e a **ASSOCIADA** dos meios necessários à execução do objeto deste contrato;

2- Programar no orçamento do Município, nos exercícios subsequentes ao da assinatura do presente Contrato, os recursos necessários, nos elementos financeiros específicos para custear a execução do

objeto contratual, de acordo com o sistema de pagamento previsto no Anexo Técnico III - Sistema de Pagamento, que integra este instrumento;

3- Permitir o uso dos bens móveis e imóveis, nos termos dos artigos 14 e 15 da Lei 14.132, de 24 de janeiro de 2006, e 114, § 4º da Lei Orgânica do Município, mediante Termo de Permissão de Uso (Anexo IV) e sempre que uma nova aquisição lhe for comunicada pela **CONTRATADA**;

4- Inventariar e avaliar os bens referidos no item anterior desta cláusula, anteriormente à formalização do Termo de Permissão de Uso;

5- Promover o afastamento de servidores públicos para a **CONTRATADA**, mediante autorização governamental e observando-se o interesse público;

6- Analisar, sempre que necessário e, no mínimo anualmente, a capacidade e as condições de prestação de serviços comprovadas por ocasião da qualificação da entidade como **ORGANIZAÇÃO SOCIAL**, para verificar se a mesma ainda dispõe de suficiente nível técnico-assistencial para a execução do objeto contratual.

7- Acompanhar a execução do presente **CONTRATO DE GESTÃO**, através da Comissão Técnica de Acompanhamento, com fulcro no estabelecido no presente Contrato e respectivos Anexos Técnicos, notadamente os Anexos II e III.

CLÁUSULA QUARTA **DA ASSOCIADA**

O plano de trabalho ora contratado prevê a execução da prestação de serviço pela **CONTRATADA** em parceria com entidade sem fins lucrativos associada, conforme proposta apresentada em 17 de dezembro de 2007.

PARÁGRAFO PRIMEIRO.

A entidade **ASSOCIADA** é a **SOCIEDADE BENEFICENTE ISRAELITA BRASILEIRA HOSPITAL ALBERT EINSTEIN – SBIBHAE**, a qual é interveniente neste Contrato de Gestão.

PARÁGRAFO SEGUNDO

A substituição pela **CONTRATADA** da entidade **ASSOCIADA** deverá ser precedida de comunicação da intenção à **CONTRATANTE**, e anuência prévia, por parte da **CONTRATANTE**, da nova entidade proposta pela **CONTRATADA**.

PARÁGRAFO TERCEIRO

A **CONTRATADA** deverá informar a **CONTRATANTE**, no prazo de 15 dias, após a substituição da entidade **ASSOCIADA**, devendo ser celebrado imediatamente Termo Aditivo para a substituição.

PARÁGRAFO QUARTO

No caso de substituição da entidade **ASSOCIADA** é responsabilidade da **CONTRATADA** a continuidade das atividades ora contratadas.

PARÁGRAFO QUINTO

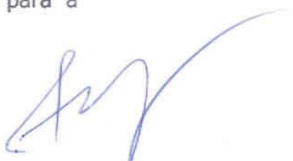
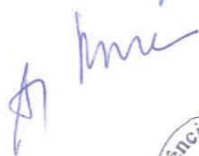
Caberá à **CONTRATADA** a responsabilidade integral pelo desenvolvimento do programa de trabalho, pelas metas a serem atingidas e prazos de execução, bem como pela utilização dos recursos ou bens de origem pública, respondendo pelas irregularidades ou ilegalidades na utilização dos recursos ou malversação de bens.

CLÁUSULA QUINTA DA AVALIAÇÃO

A Comissão de Avaliação presidida pelo Secretário Municipal da Saúde, em conformidade com o disposto no artigo 8º e respectivos parágrafos, da Lei Municipal nº. 14.132, de 24 de janeiro de 2006, procederá à avaliação semestral do desenvolvimento das atividades e resultados obtidos pela **ORGANIZAÇÃO SOCIAL** com a aplicação dos recursos sob sua gestão, elaborando relatório conclusivo que deverá ser encaminhado para a **SECRETARIA MUNICIPAL DA SAÚDE**, nos termos do art. 11, § 2º, do Decreto 47.453, de 10 de julho de 2006.

PARÁGRAFO PRIMEIRO

A verificação de que trata o "caput" desta cláusula, relativa ao cumprimento das diretrizes e metas definidas para a **CONTRATADA**, restringir-se-á aos resultados obtidos em sua execução, através dos indicadores de desempenho estabelecidos, em confronto com as metas pactuadas e com a economicidade no desenvolvimento das respectivas atividades, os quais serão consolidados pela instância responsável da **CONTRATANTE** e encaminhados aos membros da Comissão de Avaliação em tempo hábil para a realização da avaliação semestral.

PARÁGRAFO SEGUNDO

A Comissão de Avaliação referida nesta cláusula deverá elaborar relatório semestral, em duas vias, nos termos do art. 15, do Decreto nº 47.453, de 10 de julho de 2006, cujas cópias deverão ser encaminhadas para as Secretarias Municipais da Saúde e da Gestão.

CLÁUSULA SEXTA DO ACOMPANHAMENTO

A execução do presente **CONTRATO DE GESTÃO** será acompanhada pela (SMS) através do Núcleo Técnico de Contratação de Serviços de Saúde (NTCSS), nos termos do disposto neste Contrato e seus Anexos Técnicos e dos instrumentos por ela definidos.

PARÁGRAFO ÚNICO

A **CONTRATADA** e a **ASSOCIADA** participarão conjuntamente do processo de acompanhamento.

CLÁUSULA SÉTIMA DO PRAZO DE VIGÊNCIA

O prazo de vigência do presente Contrato será de 3 (três) anos, tendo por termo inicial a data de sua assinatura, podendo ser renovado, após demonstrada a consecução dos objetivos estratégicos e das metas estabelecidas e havendo concordância de ambas as partes.

PARÁGRAFO ÚNICO

O prazo de vigência contratual estipulado nesta cláusula não exige a **CONTRATANTE** da comprovação da existência de recursos orçamentários para a efetiva continuidade da prestação dos serviços nos exercícios financeiros subsequentes ao da assinatura deste contrato.

CLÁUSULA OITAVA DOS RECURSOS FINANCEIROS

Pela prestação dos serviços objeto deste Contrato, especificados no Anexo Técnico I - Prestação de Serviços, a **CONTRATANTE** repassará à **CONTRATADA**, no prazo e condições constantes neste instrumento, bem como no Anexo Técnico III- Sistema de Pagamento, a importância global estimada de R\$ 167.400.000,00 (Cento e Sessenta e Sete Milhões e Quatrocentos Mil Reais).

PARÁGRAFO PRIMEIRO

Do montante global mencionado no "caput" desta cláusula, o valor de R\$ 39.900.000,00 (Trinta e Nove Milhões e Novecentos Mil Reais) correspondente ao exercício financeiro de 2008, onerará a seguinte dotação orçamentária 18.10.10.302.0322.4103.33903900 para custeio. A aquisição de equipamentos e

material permanente onerará a seguinte dotação orçamentária 18.10.10.302.0322.4103.44505200. As adequações físicas onerarão a seguinte dotação orçamentária 18.10.10.302.0323.3101.44505100. Os valores referentes às duas últimas dotações somente serão definidos e liberados após a análise de propostas apresentadas pela **CONTRATADA**. Estas definições se aplicam para o exercício de 2007 cujo repasse dar-se-á no âmbito do **CONTRATO DE GESTÃO**.

PARÁGRAFO SEGUNDO

O valor restante, dos exercícios subseqüentes, correrá por conta dos recursos consignados nas respectivas leis orçamentárias.

PARÁGRAFO TERCEIRO

Os recursos repassados à **CONTRATADA** poderão ser por esta, e pela **ASSOCIADA**, aplicados no mercado financeiro, desde que os resultados dessa aplicação revertam-se, exclusivamente, aos objetivos deste **CONTRATO DE GESTÃO**.

PARÁGRAFO QUARTO

Os recursos financeiros para a execução do objeto do presente **CONTRATO DE GESTÃO** pela **CONTRATADA** poderão ser obtidos mediante transferências provenientes do Poder Público, receitas auferidas por serviços que possam ser prestados sem prejuízo da assistência à saúde, doações e contribuições de entidades nacionais e estrangeiras, rendimentos de aplicações dos ativos financeiros da **ORGANIZAÇÃO SOCIAL** e de outros pertencentes ao patrimônio que estiver sob a administração da Organização, ficando-lhe ainda facultado contrair empréstimos com organismos nacionais e internacionais, sem nenhuma responsabilidade solidária ou subsidiária da Prefeitura do Município de São Paulo.

PARÁGRAFO QUINTO

A **CONTRATADA** e a **ASSOCIADA** deverão movimentar os recursos financeiros destinados ao objeto do Contrato em contas correntes específicas e exclusivas vinculadas ao **HOSPITAL MUNICIPAL M'BOI MIRIM** sob sua gestão, de modo a que não sejam confundidos com os recursos próprios da **ORGANIZAÇÃO SOCIAL** contratada e da **ASSOCIADA**. Os respectivos extratos de movimentação mensal deverão ser encaminhados mensalmente à **CONTRATANTE**.

PARÁGRAFO SEXTO

A **CONTRATADA** deverá transferir à **ASSOCIADA** os recursos financeiros devidos à mesma em até 1 (um) dia útil após o recebimento, dentro do montante pactuado entre ambas para a execução do presente **CONTRATO DE GESTÃO**.

CLÁUSULA NONA
CONDIÇÕES DE PAGAMENTO

No primeiro ano de vigência do presente contrato, o somatório dos valores a serem repassados fica estimado em de R\$ 45.000.000,00 (Quarenta e Cinco Milhões de Reais), sendo que a transferência à **CONTRATADA** será efetivada mediante a liberação de 12 (doze) parcelas mensais, cujo valor corresponde a um valor fixo (1/12 de 90% do orçamento anual), e um valor correspondente à parte variável do contrato (1/12 de 10% do orçamento anual).

PARÁGRAFO PRIMEIRO

As parcelas mensais serão pagas no 5º (quinto) dia útil de cada mês, nos termos do Anexo Técnico III – Sistema de Pagamento.

PARÁGRAFO SEGUNDO

As parcelas de valor variável serão pagas mensalmente, junto com a parte fixa do contrato, e os ajustes financeiros decorrentes da avaliação do alcance das metas da parte variável serão realizados após análise dos indicadores estabelecidos no Anexo Técnico II – Acompanhamento e Avaliação.

PARÁGRAFO TERCEIRO

Os valores de ajuste financeiro citados no parágrafo anterior serão apurados na forma disposta no Anexo Técnico III - Sistema de Pagamento, que integra o presente **CONTRATO DE GESTÃO**.

PARÁGRAFO QUARTO

Os indicadores do último trimestre do ano serão avaliados no mês de janeiro do ano subsequente.

[Handwritten signatures]



PARÁGRAFO QUINTO

Na hipótese da unidade não possuir um tempo mínimo de 3 (três) meses de funcionamento, a primeira avaliação dos Indicadores de Acompanhamento e Avaliação para efeitos de pagamento da parte variável do **CONTRATO DE GESTÃO**, prevista no Parágrafo 2º desta Cláusula, será efetivada no trimestre posterior.

CLÁUSULA DÉCIMA
DA ALTERAÇÃO CONTRATUAL

O presente **CONTRATO DE GESTÃO** poderá ser aditado, alterado, parcial ou totalmente, mediante prévia justificativa por escrito que conterà a declaração de interesse de ambas as partes e deverá ser autorizado pelo Secretário Municipal da Saúde.

CLÁUSULA DÉCIMA PRIMEIRA
DA RESCISÃO

A rescisão do presente Contrato obedecerá às disposições contidas nos artigos 77 a 80 da Lei Federal nº 8.666/93 e alterações posteriores.

PARÁGRAFO PRIMEIRO

Verificada qualquer das hipóteses ensejadoras de rescisão contratual prevista no artigo 78, da Lei 8.666/93, o Poder Executivo providenciará a revogação dos termos de permissão de uso dos bens públicos e a cessação dos afastamentos dos servidores públicos colocados à disposição da **CONTRATADA**, não cabendo à **ORGANIZAÇÃO SOCIAL** direito a indenização sob qualquer forma, salvo na hipótese prevista no § 2º, do artigo 79, da Lei Federal nº 8.666/93.

PARÁGRAFO SEGUNDO

A rescisão se dará por ato do titular da **SECRETARIA MUNICIPAL DA SAÚDE**, após manifestação do Núcleo Técnico de Contratação de Serviços de Saúde e da Assessoria Jurídica da SMS.

PARÁGRAFO TERCEIRO

Em caso de rescisão unilateral por parte da **CONTRATANTE**, que não decorra de má gestão, culpa ou dolo da **CONTRATADA**, o Município de São Paulo arcará com os custos relativos à dispensa do pessoal contratado pela **ORGANIZAÇÃO SOCIAL** para execução do objeto deste contrato, independentemente de indenização a que a **CONTRATADA** faça jus.




PARÁGRAFO QUARTO

Em caso de rescisão unilateral por parte da **CONTRATADA**, a mesma se obriga a continuar prestando os serviços de saúde ora contratados, por um prazo mínimo de 180 (cento e oitenta) dias, contados a partir da denúncia do Contrato.

PARÁGRAFO QUINTO

Não será devida indenização ou pagamento de qualquer espécie à **ASSOCIADA** em razão da rescisão do contrato de gestão decorrente da desqualificação da **CONTRATADA** nos termos do disposto nos artigos 8º e 9º do Decreto nº 47.012, de 21 de fevereiro de 2006.

PARÁGRAFO SEXTO

A **CONTRATADA** terá o prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, a contar da data da rescisão do Contrato, para quitar suas obrigações e prestar contas de sua gestão à **CONTRATANTE**.

CLÁUSULA DÉCIMA-SEGUNDA
DAS PENALIDADES

A inobservância, pela **CONTRATADA**, de cláusula ou obrigação constante deste contrato e seus Anexos Técnicos, ou de dever originado de norma legal ou regulamentar pertinente, autorizará a **CONTRATANTE**, garantida a prévia defesa, a aplicar, em cada caso, as sanções previstas nos artigos 81, 86, 87 e 88 Lei federal nº 8.666/93 e alterações posteriores, combinado com o disposto no § 2º do artigo 7º da Portaria nº 1286/93, do Ministério da Saúde, quais sejam:

- a) Advertência;
- b) Multa;
- c) Suspensão temporária de participar de licitações e de contratar com a Administração Pública, por prazo não superior a 2 (dois) anos;
- d) Declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública, enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação.

PARÁGRAFO PRIMEIRO

A imposição das penalidades previstas nesta cláusula dependerá da gravidade do fato que as motivar, considerada sua avaliação na situação e circunstâncias objetivas em que ele ocorreu, e dela será notificada a **CONTRATADA**.

PARÁGRAFO SEGUNDO

As sanções previstas nas alíneas "a", "c" e "d" desta cláusula poderão ser aplicadas juntamente com a alínea "b".

PARÁGRAFO TERCEIRO

Da aplicação das penalidades a **CONTRATADA** terá o prazo de 05 (cinco) dias para interpor recurso, dirigido ao Secretário Municipal da Saúde.

PARÁGRAFO QUARTO

O valor da multa que vier a ser aplicada será comunicado à **CONTRATADA** e o respectivo montante será descontado dos pagamentos devidos em decorrência da execução do objeto contratual, garantindo-lhe pleno direito de defesa.

PARÁGRAFO QUINTO

A imposição de qualquer das sanções estipuladas nesta cláusula não elidirá o direito de a **CONTRATANTE** exigir indenização integral dos prejuízos que o fato gerador da penalidade acarretar para os órgãos gestores do SUS, seus usuários e terceiros, independentemente das responsabilidades criminal e/ou ética do autor do fato.

CLÁUSULA DÉCIMA-TERCEIRA
DISPOSIÇÕES FINAIS

- 1- É vedada a cobrança por serviços médicos, hospitalares ou outros complementares da assistência devida ao paciente.
- 2- Sem prejuízo do acompanhamento, da fiscalização e da normatividade suplementar exercidas pela **CONTRATANTE** sobre a execução do presente Contrato, a **CONTRATADA** reconhece a prerrogativa de controle e autoridade normativa genérica da direção nacional do SUS- Sistema Único de Saúde, decorrente da Lei nº 8080/90 (Lei Orgânica da Saúde), ficando certo que a alteração decorrente de tais competências normativas será objeto de termo aditivo, ou de notificação dirigida à **CONTRATADA**.
- 3- A **CONTRATADA** poderá, a qualquer tempo e mediante justificativa apresentada ao Secretário Municipal da Saúde e ao Prefeito do Município de São Paulo, propor a devolução de bens ao Poder Público Municipal, cujo uso fora a ela permitido e que não mais sejam necessários ao cumprimento das metas avençadas.

CLÁUSULA DÉCIMA-QUARTA
DA PUBLICAÇÃO

O **CONTRATO DE GESTÃO** será publicado no Diário Oficial da Cidade, no prazo máximo de 20 (vinte) dias, contados da data de sua assinatura.

CLÁUSULA DÉCIMA-QUINTA
DO FORO

Fica eleito o Foro da Capital, com renúncia de qualquer outro, por mais privilegiado que seja, para dirimir quaisquer questões oriundas deste contrato, que não puderem ser resolvidas pelas partes.

E, por estarem justas e contratadas, assinam o presente contrato em 04 (quatro) vias de igual teor e forma, na presença das testemunhas abaixo.

São Paulo, *07* de *fevereiro* 2008



FERNANDO PROENÇA DE GOUVÊA

Diretor-Presidente do Centro de Estudos e Pesquisas "Doutor João Amorim" – CEJAM



CLÁUDIO LUIZ LOTTENBERG

Presidente da Sociedade Beneficente Israelita Brasileira Hospital Albert Einstein – SBIBHAE



MARIA HELENA MANCUSI DE CARVALHO

Diretor-Vice Presidente do Centro de Estudos e Pesquisas "Doutor João Amorim" – CEJAM



ELIAS KNOBEL

Vice Presidente da Sociedade Beneficente Israelita Brasileira Hospital Albert Einstein – SBIBHAE



JANUARIO MONTONE

Secretário Municipal da Saúde

Testemunhas:



Nome:

RG: *Alberto Hideki Kanamura*
CPF: *Diretor Executivo Medicina*
Diagnóstica e Preventiva



Nome:

RG: **Ademir Medina Osório**
CPF: **Coordenador Técnico - CEJAM**
Organização Social Nº Boi Mirim

ANEXO C

01/08/2007

TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.923-5 DISTRITO FEDERAL

RELATOR ORIGINÁRIO : MIN. ILMAR GALVÃO
RELATOR PARA O : MIN. EROS GRAU (ART.38,IV, b, DO RISTF)
ACÓRDÃO
REQUERENTE : PARTIDO DOS TRABALHADORES - PT
ADVOGADOS : ALBERTO MOREIRA RODRIGUES E OUTROS
REQUERENTE : PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT
ADVOGADOS : CARLOS ROBERTO DE SIQUEIRA CASTRO E OUTRO
REQUERIDO : PRESIDENTE DA REPÚBLICA
REQUERIDO : CONGRESSO NACIONAL

EMENTA: MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 9.637, DE 15 DE MAIO DE 1.998. QUALIFICAÇÃO DE ENTIDADES COMO ORGANIZAÇÕES SOCIAIS. INCISO XXIV DO ARTIGO 24 DA LEI N. 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1.993, COM A REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI N. 9.648, DE 27 DE MAIO DE 1.998. DISPENSA DE LICITAÇÃO. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 5º; 22; 23; 37; 40; 49; 70; 71; 74, § 1º E 2º; 129; 169, § 1º; 175, CAPUT; 194; 196; 197; 199, § 1º; 205; 206; 208, § 1º E 2º; 211, § 1º; 213; 215, CAPUT; 216; 218, §§ 1º, 2º, 3º E 5º; 225, § 1º, E 209. INDEFERIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR EM RAZÃO DE DESCARACTERIZAÇÃO DO *PERICULUM IN MORA*.

1. Organizações Sociais --- pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, direcionadas ao exercício de atividades referentes a ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde.

2. Afastamento, no caso, em sede de medida cautelar, do exame das razões atinentes ao *fumus boni iuris*. O *periculum in mora* não resulta no caso caracterizado, seja mercê do transcurso do tempo --- os atos normativos impugnados foram publicados em 1.998 --- seja porque no exame do mérito poder-se-á modular efeitos do que vier a ser decidido, inclusive com a definição de sentença aditiva.

3. Circunstâncias que não justificariam a concessão do pedido liminar.

4. Medida cautelar indeferida.



A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em indeferir a cautelar.

Brasília, 1º de agosto de 2007.


EROS GRAU

-

RELATOR P/ O ACÓRDÃO

24/06/99

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 1.923-5 DISTRITO FEDERAL**RELATOR : MIN. ILMAR GALVÃO**

REQUERENTE: PARTIDO DOS TRABALHADORES - PT

ADVOGADOS: ALBERTO MOREIRA RODRIGUES E OUTROS

REQUERENTE: PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT

ADVOGADOS: RONALDO JORGE ARAÚJO VIEIRA JÚNIOR E OUTROS

REQUERIDO: PRESIDENTE DA REPÚBLICA

REQUERIDO: CONGRESSO NACIONAL

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO ILMAR GALVÃO - (Relator): Ação que tem por objeto a Lei n° 9.637, de 15.05.98, e o inc. XXIV do art. 24 da Lei n° 8.666, de 21.06.93, com a redação dada pela Lei n° 9.648, de 27.05.98, que prevêm e regulam a qualificação de entidades de direito privado como *organizações sociais*.

Sustentam os autores, em resumo, que as normas contidas nos textos impugnados outro objetivo não tiveram senão possibilitar a transferência de atividades desenvolvidas por autarquias e fundações de direito público, dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, para entidades de direito privado, denominadas "organizações sociais", figura inédita no direito brasileiro, com formato de "entidade pública não estatal", mas mantidas com recursos públicos; processando-se a transferência mediante a extinção da entidade pública e a cessão de seu patrimônio, servidores e dotações orçamentárias à entidade privada, independentemente de processo de licitação; permanecendo, portanto,

públicas no que convém, mas privadas no que interessa à maior flexibilidade de gestão.

Após tecerem longas considerações em torno de cada dispositivo das leis indicadas, as quais serão apreciadas no voto deste Relator, passam os Autores a sustentar que, em sendo imposto à Administração Pública, na qual se incluem as autarquias, as fundações instituídas pelo Poder Público, as sociedades de economia mista e as empresas públicas, pelo sistema jurídico-constitucional vigente, entre outras injunções, a fiscalização e controle de seus atos pelo Congresso Nacional (art. 49, X); a fiscalização contábil financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, também pelo Congresso e pelo Sistema interno de cada Poder (art. 70); a elaboração de orçamento de receita e despesa (art. 165, § 5º, I); a observância de limite de despesas com pessoal (art. 169, § 1º); a realização de concurso público para admissão de pessoal (art. 37, II); e a aquisição de bens e serviços mediante licitação pública (art. 37, XXI); do mesmo modo, na medida em que uma organização social passa a atuar na prestação de atividades públicas, por via de contrato de gestão com o Poder Público, e de forma vinculada ao Estado, tanto em razão da natureza da atividade como em virtude de sua manutenção, controle e tutela, deverá submeter-se ela aos referidos princípios e preceitos constitucionais, os quais, na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, não visam apenas assegurar-lhes condições de eficiência, destinando-se,

"...também e sobretudo, a estabelecer as indispensáveis limitações que embarquem ação desatada ou descomedida dos próprios governantes, para impedir que seja gravosa quer ao interesse público, que lhes assiste curar, quer às garantias pertinentes aos administrados em suas relações com o Poder Público". De resto, esta última é a própria razão inspiradora do Estado de Direito. Então, obviamente, não lhes basta travestir-se de pessoa de direito privado para esquivar-se das contenções armadas em favor do aludido propósito. Donde, desconhecer ou menoscabar estes vetores implicaria ofensa a diretrizes fundamentais do Texto Constitucional. Assim, não seria prestante interpretação que os postergasse. Segue-se que entidades constituídas à sombra do Estado (como auxiliares suas na produção de utilidade coletiva) e que manejam recursos captados total ou majoritariamente de fontes públicas têm que estar submetidas a disposições cautelares, defensivas tanto da lisura e propriedade do dispêndio destes recursos, quanto dos direitos dos administrados a uma atuação impessoal e isonômica, quando das relações que com elas entretenham. Isto só é possível quando existam mecanismos de controle interno e externo, suscitados quer pelos órgãos públicos quer pelos próprios particulares, na defesa de interesses individuais ou da Sociedade."

Afirmam, ainda, que Jorge Miranda costuma chamar de fraude constitucional "a preterição dos limites materiais de primeiro grau, com observância apenas externa das regras constitucionais de competência e de forma"; e que, segundo Clémerson Merlin Clève, referida idéia, "embora vinculada em regra ao poder de reforma constitucional, é pensável também para a atividade legislativa ordinária, quando o Estado, a pretexto de exercer uma competência, desvirtua um comando constitucional, amesquinha um direito fundamental, ignorando o núcleo material protegido pelo dispositivo que o contempla".

Concluem por afirmar que, no caso em tela, a pretexto de criar nova forma de gerenciamento dos serviços públicos nas áreas de ensino, saúde, cultura, pesquisa e desenvolvimento tecnológico e proteção ao meio ambiente, o Poder Legislativo burlou, por meio de lei ordinária, os limites materiais e formais impostos em nossa ordem constitucional, descaracterizado o texto constitucional em seu alicerce conceitual, configurando-se, portanto, em face de verdadeira "mutação constitucional inconstitucional" que tenta submeter o exercício de poderes públicos a regime jurídico diverso daquele que lhe guarda a Constituição, pela via de simples criação, ainda que disfarçada pelo adjetivo "qualificação" de novo tipo jurídico não previsto no texto constitucional de 1988, não apenas fraude à Constituição, mas também desvio de poder legislativo, que, na lição de Caio Tácito, "é vício especial de inconstitucionalidade da lei pelo divórcio entre o endereço real da norma atributiva da competência e o uso ilícito que a coloca a serviço de interesse incompatível com a sua legítima destinação".

Ao pedido de declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 9.637/98 (ou, alternativamente, dos seus arts. 1º a 7º, 10 a 15, 17, 20, 21 e 22), do art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93 (redação do art. 1º da Lei nº 9.648/98) e, ainda, dos atos administrativos e de gestão praticados em decorrência dos dispositivos legais impugnados, ajuntaram os autores requerimento de medida cautelar de suspensão imediata da eficácia dos dispositivos legais sob enfoque.

Dada a complexidade da matéria, cuja exposição, pelos autores, ocupou 70 laudas, foram requisitadas informações prévias, prestadas pela Presidência do Congresso Nacional (fls. 151/184) e pela Presidência da República (fls. 186/237).

Submeto, agora, o requerimento de cautelar à apreciação do Plenário.

É o relatório.

* * * * *

d/m

05/08/99

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 1.923-5 DISTRITO FEDERAL

V O T O

O SENHOR MINISTRO ILMAR GALVÃO - (Relator): É do seguinte teor a Lei n° 9.637/98, cuja íntegra foi impugnada na inicial:

CAPÍTULO I
DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS
Seção I
Da Qualificação

"Art. 1° 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 os requisitos previstos nesta Lei.

Art. 2° 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:

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;

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;

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;

e) composição e atribuições da diretoria;

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

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;

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.

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:

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;

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

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

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;

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;

IV - o primeiro mandato de metade dos membros eleitos ou indicados deve ser de dois anos, segundo critérios estabelecidos no estatuto;

V - o dirigente máximo da entidade deve participar das reuniões do conselho, sem direito a voto;

VI - o Conselho deve reunir-se ordinariamente, no mínimo, três vezes a cada ano e, extraordinariamente, a qualquer tempo;

VII - os conselheiros não devem receber remuneração pelos serviços que, nesta condição, prestarem à organização social, ressalvada a ajuda de custo por reunião da qual participem;

VIII - os conselheiros eleitos ou indicados para integrar a diretoria da entidade devem renunciar ao assumirem funções executivas.

Art. 4º Para os fins de atendimento dos requisitos de qualificação, devem ser atribuições privativas do Conselho de Administração, dentre outras:

I - fixar o âmbito de atuação da entidade, para consecução do seu objeto;

II - aprovar a proposta de contrato de gestão da entidade;

III - aprovar a proposta de orçamento da entidade e o programa de investimentos;

IV - designar e dispensar os membros da diretoria;

V - fixar a remuneração dos membros da diretoria;

VI - aprovar e dispor sobre a alteração dos estatutos e a extinção da entidade por maioria, no mínimo, de dois terços de seus membros;

VII - aprovar o regimento interno da entidade, que deve dispor, no mínimo, sobre a estrutura, forma de gerenciamento, os cargos e respectivas competências;

VIII - aprovar por maioria, no mínimo, de dois terços de seus membros, o regulamento próprio contendo os procedimentos que deve adotar para a contratação de obras, serviços, compras e alienações e o plano de cargos, salários e benefícios dos empregados da entidade;

IX - aprovar e encaminhar, ao órgão supervisor da execução do contrato de gestão, os relatórios gerenciais e de atividades da entidade, elaborados pela diretoria;

X - fiscalizar o cumprimento das diretrizes e metas definidas e aprovar os demonstrativos financeiros e contábeis e as contas anuais da entidade, com o auxílio de auditoria externa.

Seção III do Contrato de Gestão

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, entende-se por contrato de gestão o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas relacionadas no art. 1º.

Art. 6º O contrato de gestão, elaborado de comum acordo entre o órgão ou entidade supervisora e a organização social, discriminará as atribuições, responsabilidades e obrigações do Poder Público e da organização social.

Parágrafo único. O contrato de gestão deve ser submetido, após aprovação pelo Conselho de Administração da entidade, ao Ministro de Estado ou autoridade supervisora da área correspondente à atividade fomentada.

Art. 7º Na elaboração do contrato de gestão, devem ser observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e, também, os seguintes preceitos:

I - especificação do programa de trabalho proposto pela organização social, a estipulação das metas a serem atingidas e os respectivos prazos de execução, bem como previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de qualidade e produtividade;

II - a estipulação dos limites e critérios para despesa com remuneração e vantagens de qualquer natureza a serem percebidas pelos dirigentes e empregados das organizações sociais, no exercício de suas funções.

Parágrafo único. Os Ministros de Estado ou autoridades supervisoras da área de atuação da entidade devem definir as demais cláusulas dos contratos de gestão de que sejam signatários.

Seção IV

Da Execução e fiscalização do Contrato de Gestão

Art. 8º A execução do contrato de gestão celebrado por organização social será fiscalizada pelo órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade fomentada.

§ 1º A entidade qualificada apresentará ao órgão ou entidade do Poder Público supervisora signatária do contrato, ao término de cada exercício ou a qualquer momento, conforme recomende o interesse público, relatório pertinente à execução do contrato de gestão, contendo comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados, acompanhado da prestação de contas correspondente ao exercício financeiro.

§ 2º Os resultados atingidos com a execução do contrato de gestão devem ser analisados, periodicamente, por comissão de avaliação, indicada pela autoridade supervisora da área correspondente, composta por especialistas de notória capacidade e adequada qualificação.

§ 3º A comissão deve encaminhar à autoridade supervisora relatório conclusivo sobre a avaliação procedida.

Art. 9º Os responsáveis pela fiscalização da execução do contrato de gestão, ao tomarem conhecimento de

qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização de recurso ou bens de origem pública por organização social, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.

Art. 10. Sem prejuízo da medida a que se refere o artigo anterior, quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público, havendo indícios fundados de malversação de bens ou recursos de origem pública, os responsáveis pela fiscalização representarão ao Ministério Público, à Advocacia-Geral da União ou à Procuradoria da entidade para que requeira ao juízo competente a decretação da indisponibilidade dos bens da entidade e o seqüestro dos bens dos seus dirigentes, bem como de agente público ou terceiro, que possam ter enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público.

§ 1º O pedido de seqüestro será processado de acordo com o disposto nos arts. 822 e 825 do Código de Processo Civil.

§ 2º Quando for o caso, o pedido incluirá a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações mantidas pelo demandado no País e no exterior, nos termos da lei e dos tratados internacionais.

§ 3º Até o término da ação, o Poder Público permanecerá como depositário e gestor dos bens e valores seqüestrados ou indisponíveis e velará pela continuidade das atividades sociais da entidade.

Seção V

Do Fomento às Atividades Sociais

Art. 11. As entidades qualificadas como organizações sociais são declaradas como entidades de interesse social e utilidade pública, para todos os efeitos legais.

Art. 12. Às organizações sociais poderão ser destinados recursos orçamentários e bens públicos necessários ao cumprimento do contrato de gestão.

§ 1º São assegurados às organizações sociais os créditos previstos no orçamento e as respectivas liberações financeiras, de acordo com o cronograma de desembolso previsto no contrato de gestão.

§ 2º Poderá ser adicionada aos créditos orçamentários destinados ao custeio do contrato de gestão

parcela de recursos para compensar desligamento de servidor cedido, desde que haja justificativa expressa da necessidade pela organização social.

§ 3º Os bens de que trata este artigo serão destinados às organizações sociais, dispensada licitação, mediante permissão de uso, consoante cláusula expressa do contrato de gestão.

Art. 13. Os bens móveis públicos permitidos para uso poderão ser permutados por outros de igual ou maior valor, condicionado a que os novos bens integrem o patrimônio da União.

Parágrafo único. A permuta de que trata este artigo dependerá de prévia avaliação do bem e expressa autorização do Poder Público.

Art. 14. É facultado ao Poder Executivo a cessão especial de servidor para as organizações sociais, com ônus para a origem.

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

§ 2º Não será permitido o pagamento de vantagem pecuniária permanente por organização social a servidor cedido com recursos provenientes do contrato de gestão, ressalvada a hipótese de adicional relativo ao exercício de função temporária de direção e assessoria.

§ 3º O servidor cedido perceberá as vantagens do cargo a que fizer jus no órgão de origem, quando ocupante de cargo de primeiro ou de segundo escalão na organização social.

Art. 15. São extensíveis, no âmbito da União, os efeitos dos arts. 11 e 12, § 3º, para as entidades qualificadas como organizações sociais pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, quando houver reciprocidade e desde que a legislação local não contrarie os preceitos desta Lei e a legislação específica de âmbito federal.

Seção VI Da Desqualificação

Art. 16. O Poder Executivo poderá proceder à desqualificação da entidade como organização social,

quando constatado o descumprimento das disposições contidas no contrato de gestão.

§ 1º A desqualificação será precedida de processo administrativo, assegurado o direito de ampla defesa, respondendo os dirigentes da organização social, individual e solidariamente, pelo danos ou prejuízos decorrentes de sua ação ou omissão.

§ 2º A desqualificação importará reversão dos bens permitidos e dos valores entregues à utilização da organização social, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

CAPÍTULO II DAS DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS

Art. 17. A organização social fará publicar, no prazo máximo de noventa dias contado da assinatura do contrato de gestão, regulamento próprio contendo os procedimentos que adotará para a contratação de obras e serviços, bem como para compras com emprego de recursos provenientes do Poder Público.

Art. 18. A organização social que absorver atividades de entidade federal extinta no âmbito da área de saúde deverá considerar no contrato de gestão, quanto ao atendimento da comunidade, os princípios do Sistema Único de Saúde, expressos no art. 198 da Constituição Federal e no art. 7º da lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.

Art. 19. As entidade que absorverem atividades de rádio e televisão educativa poderão receber recursos e veicular publicidade institucional de entidades de direito público ou privado, a título de apoio cultural, admitindo-se o patrocínio de programas, eventos e projetos, vedada a veiculação remunerada de anúncios e outras práticas que configurem comercialização de seus intervalos.

Art. 20. Será criado, mediante decreto do Poder Executivo, o Programa Nacional de Publicização - PNP, com o objetivo de estabelecer diretrizes e critérios para a qualificação de organizações sociais, a fim de assegurar a absorção de atividades desenvolvidas por entidades ou órgãos públicos da União, que atuem nas atividades referidas no art. 1º, por organizações sociais,

qualificadas na forma desta Lei, observadas as seguintes diretrizes:

- I - ênfase no atendimento do cidadão-cliente;
- II - ênfase nos resultados, qualitativos e quantitativos nos prazos pactuados;
- III - controle social das ações de forma transparente.

Art. 21. São extintos o Laboratório Nacional de Luz Síncrotron, integrante da estrutura do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - CNPq, e a Fundação Roquette Pinto, entidade vinculada à Presidência da República.

§ 1º Competirá ao Ministério da Administração supervisionar o processo de inventário do Laboratório Nacional de Luz Síncrotron, a cargo do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - CNPq, cabendo-lhe realizá-lo para a Fundação Roquette Pinto.

§ 2º No curso do processo de inventário da Fundação Roquette Pinto e até a assinatura do contrato de gestão, a continuidade das atividades sociais ficará sob a supervisão da Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República.

§ 3º É o Poder Executivo autorizado a qualificar como organizações sociais, nos termos desta Lei, as pessoas jurídicas de direito privado indicadas no Anexo I, bem assim a permitir a absorção de atividades desempenhadas pelas entidades extintas por este artigo.

§ 4º Os processos judiciais em que a Fundação Roquette Pinto seja parte, ativa ou passivamente, serão transferidos para a União, na qualidade de sucessora, sendo representada pela Advocacia-Geral da União.

Art. 22. As extinções e a absorção de atividades e serviços por organizações sociais de que trata esta Lei observarão os seguintes preceitos:

- I - os servidores integrantes dos quadros permanentes dos órgãos e das entidades extintos terão garantidos todos os direitos e vantagens decorrentes do respectivo cargo ou emprego e integrarão quadro em extinção nos órgãos ou nas entidades indicados no Anexo II, sendo facultada aos órgãos e entidades supervisoras, ao seu critério exclusivo, a cessão do servidor, irrecusável para este, com ônus para a origem, à

organização social que vier a absorver as correspondentes atividades, observados os §§ 1º e 2º do art. 14;

II - a desativação das unidades extintas será realizada mediante inventário de seus bens imóveis e de seu acervo físico, documental e material, bem como dos contratos e convênios, com a adoção de providências dirigidas à manutenção e ao prosseguimento das atividades sociais a cargo dessas unidades, nos termos da legislação aplicável em cada caso;

III - os recursos e as receitas orçamentárias de qualquer natureza, destinados às unidades extintas, serão utilizados no processo de inventário e para a manutenção e o financiamento das atividades sociais até a assinatura do contrato de gestão;

IV - quando necessário, parcela dos recursos orçamentários poderá ser reprogramada, mediante crédito especial a ser enviado ao Congresso Nacional, para o órgão ou entidade supervisora dos contratos de gestão, para o fomento das atividades sociais, assegurada a liberação periódica do respectivo desembolso financeiro para a organização social;

V - encerrados os processos de inventário, os cargos efetivos vagos e os em comissão serão considerados extintos;

VI - a organização social que tiver absorvido as atribuições das unidades extintas poderá adotar os símbolos designativos destes, seguidos da identificação "OS".

§ 1º A absorção pelas organizações sociais das atividades das unidades extintas efetivar-se-á mediante a celebração de contrato de gestão, na forma dos arts. 6º e 7º.

§ 2º Poderá ser adicionada às dotações orçamentárias referidas no inciso IV parcela dos recursos decorrentes da economia de despesa incorrida pela União com os cargos e funções comissionados existentes nas unidades extintas.

Art. 23. É o Poder Executivo autorizado a ceder os bens e os servidores da Fundação Roquette Pinto no Estado do Maranhão ao Governo daquele Estado.

Art. 24. São convalidados os atos praticados com base na Medida Provisória nº 1.648-6, de 24 de março de 1998.

Art. 25. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação."

Por sua vez, foi a seguinte a nova redação dada ao inciso XXIV do art. 24 da Lei n° 8.666/93 pelo art. 1° da Lei n° 9.648/98, também objeto do pedido declaratório de inconstitucionalidade:

"Art. 24 É indispensável a licitação:

XXIV - para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão."

Os dispositivos legais transcritos instituíram, entre nós, sob a denominação de *organizações sociais*, um novo tipo de entidade de direito privado, destinada a atuar nas áreas do ensino, da pesquisa científica, do desenvolvimento tecnológico, da proteção e preservação do meio ambiente, da cultura e da saúde.

Sua qualificação como tal é feita pelo Governo, por meio de ato do Poder Executivo, mediante a comprovação de observância de requisitos minuciosamente especificados nos artigos 2°, 3° e 4° da lei transcrita.

A ingerência governamental é justificada pela circunstância de tratar-se de entidades vocacionadas à absorção de atividades de interesse público até aqui exercidas pelo Estado, seja

por meio de seus órgãos, seja por via de entes da Administração Pública Indireta.

Daí a exigência, para sua qualificação jurídica, entre outras, de um conselho de administração com até quarenta por cento dos membros escolhidos pelo Poder Público, com poderes para: aprovação da proposta do orçamento das entidade e de seu programa de investimentos; designação e dispensa dos membros da diretoria; aprovação dos procedimentos a serem adotados para contratação de obras, serviços, compras e alienações, além do plano de cargos e salários e benefícios dos empregados da entidade; aprovação dos relatórios gerenciais e de atividade elaborados pela diretoria; fiscalização do cumprimento das diretrizes e metas e aprovação dos demonstrativos financeiros e contábeis e das contas anuais da entidade (art. 4º e incisos).

A formação da parceria com o Poder Público dá-se por via de um contrato denominado "de gestão" celebrado entre as partes, com observância dos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da economicidade, no qual serão especificados o programa de trabalho, as metas a serem atingidas e os critérios objetivos de avaliação e desempenho a serem utilizados; a estipulação dos limites de despesa com remuneração e vantagens de qualquer natureza a serem percebidas pelos dirigentes e empregados,

além de outras cláusulas que vierem a ser definidas pelos Ministérios da área de atuação da entidade (arts. 5° a 7°).

Ademais, prevê a lei (arts. 8° a 10) que a execução do contrato de gestão será fiscalizada pelo órgão ou entidade supervisora da área de atuação da atividade fomentada, que, ao término de cada exercício, apresentará relatório pertinente à execução do contrato, o qual será analisado por comissão de avaliação indicada pela autoridade supervisora da área correspondente, composta por especialistas de notória capacidade e adequada qualificação; cumprindo-lhe, ainda, dar ciência de qualquer irregularidade verificada na utilização de recursos públicos ao Tribunal de Contas da União e, se for o caso, ao Ministério Público.

O descumprimento do contrato de gestão poderá acarretar a desqualificação da entidade como organização social (art. 16).

Serão declaradas como entidades de interesse social e utilidade pública, para todos os efeitos legais, podendo ser-lhes destinados recursos orçamentários e os bens públicos necessários ao cumprimento do contrato de gestão, os quais, com autorização do Poder Público, poderão ser permutados por outros de igual valor, que passarão a integrar o patrimônio da União (arts. 11 e 12).

Finalmente, às organizações sociais poderão ser cedidos servidores públicos, com ônus para o Poder Público (art. 14).

O art. 2º da Lei nº 9.637/98 estabelece os requisitos a serem atendidos pela entidade, para fim de qualificação como organização social. Entre eles, está a comprovação do seu registro como pessoa jurídica. O art. 3º, I, c, de sua vez, fala em associados. Tais dados poderiam induzir à convicção de que se está diante de uma associação de pessoas (*universitas personarum*).

Tendo-se presente a distinção entre **corporação** e **instituição** (Enterría e Fernandez, "Curso de Direito Administrativo", Ed. Rev. dos Tribunais, p. 320), considerada a primeira como uma entidade constituída de um conjunto de pessoas, na qualidade de associados, seus organizadores, titulares dos interesses por ela objetivados, cuja vontade, em última análise, integrará a vontade própria do ente por meio de um processo representativo; e, a segunda, como criação de um fundador ou "instituidor", que é quem propõe um fim a ser cumprido pelo ente criado, dispondo sobre os meios materiais e pessoais sujeitos à consecução desse fim e decidindo, com sua vontade, a constituição dos órgãos próprios do ente e, portanto, por derivação, aquele que constitui a própria vontade do ente; tem-se que se está, no caso, diante da segunda espécie, dos entes institucionais, a cujo respeito a doutrina costuma falar, no ensinamento dos festejados publicistas, quando instituídos pelo Estado, em "organismos autônomos",

"administração institucional" ou "ente institucional" e que, entre nós, constituem entes da Administração indireta.

Ainda na lição dos autores citados (*ibidem*), tais entes não se descaracterizam, como tal, pela inserção, em sua estrutura orgânica, de representações de pessoas interessadas que, mesmo sem adquirir a condição material de sócios ou membros, colaboram na gestão do ente mais como simples política de relações públicas do que como manifestação de entrega do serviço à sociedade. No caso sob exame, como já foi dito, essa inserção se dá não apenas na participação de "membros ou associados" na composição do Conselho de Administração, mas também em sua eventual iniciativa de organizar a entidade, levando a registro os seus atos constitutivos, providência prévia à sua qualificação como organização social.

Na verdade, por meio da "qualificação" que os habilita a cumprir o contrato de gestão, atua o Estado como verdadeiro criador da organização, que nenhum outro objetivo terá senão servir como agente descentralizador da Administração, com a qual mantém uma relação de dependência constante e efetiva, não limitado à cooperação para produção de determinados resultados, mas decisiva.

O contrato de gestão, causa determinante da instituição das organizações sociais, estabelece, como se viu, as atribuições e responsabilidades do novo ente, o Ministério a que será adstrito, as

bases gerais de sua organização, as funções dos órgãos de direção e os bens e meios econômicos que lhes serão atribuídos.

Não passam, portanto, de simples instrumento técnico de que se utiliza o Estado para a gestão de seus próprios serviços; por ele criado, utilizado e, quando for o caso, extinto por via da desqualificação.

Na ordem financeira e patrimonial, exercem simples poderes de gestão e usufruto.

A sua extinção ou dissolução só pode ser decidida pelo Estado. Não é, portanto, o árbitro de sua própria vida, do mesmo modo que não pode subtrair-se nem abdicar do desempenho da função pública que lhe foi destinada e que executa como função própria do Estado, desenvolvida por meio de sua capacidade ordinária de direito privado.


Não apenas seu nascimento, repita-se, mas também a sua vida e a sua morte se acham na dependência da vontade do Estado, ao qual, por óbvio, permanecem íntima e indissolúvelmente ligadas, como os demais entes da administração indireta, razão pela qual, nesse ponto, estão submetidas a princípios de direito público.

Não significa, como fazem presumir, a transferência à sociedade de poderes que o Estado havia assumido. A autonomia que desfrutam, como pessoa jurídica, não passa de uma técnica de gestão,

que permite ao Estado prestar serviços de interesse público sem arcar com certas inconveniências, como as decorrentes do regime estatutário de seus servidores.

Representam, assim, mais do que simples entes de cooperação com o Poder Público, como são considerados os chamados organismos sociais autônomos (SESC, SESI, SENAC e SENAI), possuindo todas as características de entes da Administração Indireta.

Segundo as informações da Presidência da República, que, no ponto, se apóiam em lições de Paulo Eduardo Garrido Modesto, as entidades da espécie não configuram um novo tipo de pessoa jurídica privada, nem entes criados por lei e encartados na estrutura da administração pública, mas pessoas estruturadas sob a forma de fundação privada ou associação sem fins lucrativos, não gozando de qualquer espécie de prerrogativa de direito público nem podendo ser consideradas uma forma de privatização de entes públicos, uma vez que sua criação não implica uma transação de natureza econômica, mas uma finalidade de natureza social, de interesse público, não podendo objetivar o lucro nem qualquer outro proveito de natureza empresarial, podendo ser descritas como *entes privados que colaboram com a Administração, como já o eram as entidades declaradas de utilidade pública.*



Seja esse ou aquele o papel de tais entes, o certo é que se revela fora de dúvida que não fere a Constituição, a um primeiro e breve exame, próprio da fase vestibular dessa espécie de ação, a lei ditada, não precipuamente para criar, mas para regular a qualificação de uma pessoa jurídica de direito privado como organização social, seja ela uma entidade da Administração Indireta do Estado ou, ao revés, simples entidade privada, de interesse social e utilidade pública.

Com efeito, o que o inciso XIX do art. 37 da CF/88 declara ser vedada, sem lei específica, é a criação de autarquia ou a autorização para instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, ou, **a fortiori**, a criação ou instituição de qualquer ente da Administração Indireta, entre os quais os organismos sociais autônomos (SESI, SENAI e SESC), dos quais parecem aproximar-se as novéis organizações sociais.

Aliás, a Lei nº 9.637/98, ora sob apreciação, constitui uma prova de que esse também é o entendimento do próprio legislador, posto que, conquanto editada com o objetivo de disciplinar essas entidades, já no § 3º de seu artigo 21, de forma específica, como exigido pela Constituição, autorizou, de pronto, o Poder Executivo a "qualificar" duas organizações sociais, a "Associação Brasileira de

Tecnologia de Luz Síncrotron - ABTLuS" e a "Associação de Comunicação Educativa Roquette Pinto - ASCERP".

Uma coisa é definir as organizações sociais, precisando os requisitos a serem cumpridos para o seu surgimento no mundo jurídico e alcance de seus objetivos, como fez a lei sob apreciação; ou, mesmo, como também dela resultou, qualificar organizações da espécie. Coisa diversa é saber se poderão tais organizações absorver, indiscriminadamente, a atividade de instituições por meio das quais vem o Estado prestando serviços públicos não privativos do Poder Público, e se poderão fazer do modo proposto.

Inexiste relevância, portanto, na alegação de que se está diante de lei que se revela inconstitucional em todos os seus termos, como sustentado, em primeiro plano, na inicial, fazendo-se mister o exame de cada um dos dispositivos apontados como incompatíveis com a Carta da República, como subsidiariamente postulado na aludida peça.

Nos dizeres dos autores:

a) O art. 1º revela-se incompatível com os arts. 196, 197 e 199, § 1º, da Constituição, ao exonerar o Estado do dever que lhe cabe, prioritariamente, de prestar **serviço de saúde**, transferindo-o para entidades de direito privado, que somente poderiam ser integrados ao Sistema Único de Saúde (Lei nº 8.080, art. 18) em

caráter complementar, mediante contrato de direito público ou convênio.

b) Contraria ele, ainda, os arts. 205, 206, 208, II, 209 e 213, todos da Carta de 88, tendo em vista que afasta a preferência constitucional pela prestação da **educação** sob o regime público, demitindo, praticamente, o Estado do dever fundamental de oferecer tais serviços, ao ampliar o sentido do disposto no art. 205, em contradição direta com o art. 213, que assegura distribuição exclusiva dos recursos públicos às escolas públicas, ressalvadas as escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, espécies que não abrangem as organizações sociais.

c) Ofendidos, por igual, pelo referido dispositivo, resultaram os artigos 23, 215, 216 § 1º, 218 e 225 da CF, por haver incluído no programa a prestação de **serviços nas áreas da cultura, do meio ambiente, do desenvolvimento científico, da pesquisa e da capacitação tecnológica, bem como na preservação e restauração de processos ecológicos essenciais e na promoção do manejo ecológico das espécies e ecossistemas, com preservação da diversidade e integridade do patrimônio genético do país, e proteção da fauna e da flora**, competência que os referidos dispositivos legais atribuem ao Estado ou a instituições necessariamente públicas, sendo

inadmissível a sua prestação por via exclusiva de entidades privadas.

De acordo com as informações da Presidência do Congresso Nacional, as organizações sociais constituem uma das ações mais inovadoras e de maior relevância, no sentido de aprimorar o funcionamento do Estado, propiciando-lhe uma atuação eficiente e livre de vícios, inserindo-se a iniciativa no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, que prevê a absorção pelas referidas entidades, de natureza privada e sem fins lucrativos, dos serviços públicos sociais não-exclusivos, com eliminação das causas da deficiência de sua prestação por parte da máquina administrativa, como o notório mau uso do dinheiro público, as falhas de gestão, o agigantamento das atividades-meio em detrimento das atividades-fim, o empreguismo desnecessário, a burocratização excessiva, além da acomodação de servidores estáveis, em prejuízo da iniciativa e eficiência na produção de bens; no que concerne à assistência à saúde e à educação, trata-se de atividades que a Constituição, nos artigos 197/9 e 213, permite sejam prestadas por particulares, inexistindo no Texto Constitucional qualquer norma impeditiva de que o mesmo ocorra com a defesa do meio ambiente, a preservação cultural e o acesso à ciência, campos nos quais as chamadas organizações não

governamentais, como é notório, têm demonstrado uma participação por vezes mais eficaz que o próprio Estado.

Assim, o legislador não estaria a violar a Carta da República tão-somente porque atua criativamente, gerando alternativas de gestão pública (como fez o Governo Federal, ao instituir o Serviço Social Autônomo Associação das Pioneiras Sociais, e o Governo do Distrito Federal, ao adotar o programa de saúde que atende aos cidadãos em sua própria residência, mediante a contratação de médicos por entidade privada, sob o regime celetista), incentivando o controle social da administração pública, a gestão direta, pela comunidade, dos serviços sociais, a flexibilização da gestão dos controles e processos e o aumento da qualidade dos serviços destinados ao usuário.

Ao revés — continuam as informações —, as ditas normas se harmonizam perfeitamente com a Constituição, devendo-se o ajuizamento da ação à circunstância de não terem sido suficientemente compreendidas.

De examinarem-se os argumentos expendidos na inicial e nas informações.

De ver-se, primeiramente, que os artigos 196 e 197 da CF se limitam a impor ao Estado o dever de garantir o direito de todos à saúde, mediante a implantação de "políticas sociais e econômicas

que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação".

Não impõem ao Estado o dever de prestar assistência à saúde por meio de órgãos ou entidades públicas, nem impedem que o faça desse modo; tampouco, eliminam a possibilidade de cumprir ele esse dever, por meio de iniciativas como a consagrada na lei sob exame, seja por via de organizações sociais criadas e mantidas pelo Poder Público para tal fim, ou, ainda, mediante a colaboração da iniciativa privada, prestada sob sua regulamentação, fiscalização e controle, como previsto no art. 199, **caput** e § 1º.

Por isso, não se pode vislumbrar inconstitucionalidade, quanto à saúde, no art. 1º da lei sob apreciação.

No que concerne à educação, é de considerar-se que se trata de serviço cuja prestação tem o Estado o dever de assegurar, de maneira obrigatória e gratuita, quanto ao ensino fundamental (art. 208, I), havendo, por igual, de ser gratuito, em qualquer hipótese, sempre que prestado por estabelecimento oficial (arts. 206, IV).

Dessa forma, se se considerar que as organizações sociais não integram a Administração Pública, ter-se-á de admitir que, por meio da instituição de entidades da espécie estaria escancarada a

possibilidade de privatização de toda a atividade das instituições de ensino da União, dos Estados e dos Municípios e, conseqüentemente, sob risco de extinção, o direito, constitucional, ao ensino gratuito.

Acontece, entretanto, como já exposto, que tais entes, por serem verdadeiras criaturas do Estado, posto surgirem, na qualidade de organizações sociais, com o ato de seu reconhecimento, como tais, por este, que os mantém e controla, não passam de entes públicos, conquanto regidos pelo direito privado, razão pela qual, além de sujeitarem-se ao dever de assegurar ensino fundamental obrigatório e gratuito, os seus estabelecimentos de ensino deverão de ser considerados oficiais, para fim da gratuidade prevista no art. 206, IV, bem como para beneficiarem-se de recursos públicos, nas forma do art. 213, ambos das Carta.

Desse modo, nesse ponto, também não há vislumbrar incompatibilidade do artigo 1º da Lei sob apreciação, com as normas constitucionais invocadas, que não vedam atividades de ensino desenvolvidas pelo Estado, por meio de pessoas jurídicas de direito privado.

Os artigos 215 e 216 da CF/88, de sua vez, limitam-se a impor ao Estado o dever de garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes da cultura nacional; de

apoiar e incentivar a valorização e a difusão das manifestações culturais; de promover e proteger o patrimônio cultural brasileiro, constituído dos bens de natureza material e imaterial, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da nossa sociedade; de estabelecer incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais; e de punir os danos e ameaças ao patrimônio cultural.

Em nenhum lance estabelecem os mencionados dispositivos o dever de o Estado realizar essas atividades por meio de órgãos da Administração Direta, o que significa que poderá fazê-lo por meio de entidades para isso por ele constituídas, como são as organizações sociais.

Afastada, também, por esse motivo, a alegação de inconstitucionalidade do art. 1º da Lei 9.637/98, em face dos referidos dispositivos da Carta de 1988.

O mesmo cabe dizer quanto à pesquisa científica e ao desenvolvimento tecnológico, conforme se depreende da norma do art. 218 da Constituição; e, ainda, quanto ao dever, que incumbe ao Poder Público, de preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais; de prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; de preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genérico do País; de fiscalizar as entidades dedicadas à

pesquisa e manipulação de material genérico; de definir espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos; de exigir estudo prévio de impacto ambiental para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente; enfim, de realizar todos os atos de proteção previstos no art. 225 da Carta da República.

A Constituição Federal, aliás, no art. 23, incumbe à competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, portanto, ao Estado, por suas diversas manifestações, cuidar da saúde, proteger as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência, proteger o meio ambiente, as florestas, a fauna e a flora, não permitindo inferir-se do mencionado texto que o Estado não pode desempenhar-se desses encargos senão por meio dos agentes de sua Administração Direta, conquanto não seja menos certo que não poderá confiar a execução de tais tarefas, por inteiro, à iniciativa privada.

Pelas razões expostas, de ter-se por irrelevante a alegação de inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 9.637/98.

d) O art. 1º, bem como os 2º, 3º e 4º, ofendem, ainda, os arts. 5º, incisos XVII e XVIII; 22, XXVII; 23, I a IV; 37, **caput** e incisos II e XXI; 40, I e II e § 4º; 49, X; 70, 71, II e III; 74;

129 § 1º, 169, § 1º e 175, todos da Carta da República, por sugerirem uma parceria inexistente com a iniciativa privada, posto ocorrer, no caso, um processo induzido de substituição de entes públicos por entes privados, criados por encomenda para assumir funções próprias do Estado, com flagrante interferência estatal em seu funcionamento e com completa ausência de requisitos que possam impor a observância do princípio da impessoalidade no processo de qualificação dos membros dos respectivos conselhos de administração, ao qual se atribui uma série de competências substitutivas das que eram exercidas pelo Poder Público; inferindo-se de tudo a compreensão de que o objetivo principal do Programa Nacional de Publicização e das organizações sociais é o de fraudar o regime jurídico ao qual se submete o Estado, configurando "manobra para desatar o exercício de poderes públicos das amarras do Direito Público".

Conforme já exposto, as organizações sociais configuram entidades criadas, mantidas e controladas pelo Estado, porque destinadas ao desempenho de atividades de interesse público, descritas no art. 23 da CF, que estão sendo ou deveriam vir a ser desenvolvidas por órgãos estatais.

Daí, não se poder considerar indébita a interferência do Estado em seu funcionamento, não havendo razão, pois, para se falar

em ofensa ao art. 5º, incisos XVII e XVIII, e ao art. 23, I a IV, da Constituição.

As novéis entidades terão seus objetivos traçados em contrato de gestão, elaborado com observância dos princípios previstos no art. 37, **caput**, e, sendo organizadas como entidades de direito privado, não estarão sujeitas à norma do inciso II do referido artigo, que só exige concurso para investidura em cargo ou emprego público.

Os servidores das organizações sociais serão regidos pela CLT e filiados à Previdência Social, não se lhes aplicando as normas do art. 40, incisos I e II e § 4º, da Constituição.

A lei em tela, conquanto estabeleça sistema de controle interno das contas das organizações sociais, não exclui (nem poderia fazê-lo) o controle externo, a ser exercido pelo Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas da União, por cuidar-se de entidades destinadas a receber subvenção pública. Sem sentido, pois, a alegação de ofensa aos arts. 49, X, 70, 71, II e II, e 74 da CF.

Em razão de tratar-se de pessoas jurídicas de direito privado, não estão as organizações sociais sujeitas à rigidez orçamentária prevista no art. 169, § 1º, da CF.

No que tange ao princípio da licitação, é de ver-se que, no concernente à cessão de uso de bens públicos pelas organizações sociais, a dispensa de licitação se impõe como medida indispensável, posto não ser concebível o estabelecimento de concurso entre a entidade concebida e criada pelo Estado e entidades outras não qualificadas para o objetivo colimado. Já no que toca a compras e à contratação de obras e serviços, prevê a Lei, no art. 4º, VIII, a fixação de regras, no regulamento, para sua disciplina, sendo oportuno assinalar que o legislador ordinário foi autorizado a assim proceder, no art. 37, XXI, da Constituição.

e) Os arts. 4º, inc. VIII; 5º, 11, 12, § 3º; e 17 da Lei nº 9.637/98, e o art. 1º da Lei nº 9.648/98, ao alterar o art. 24, inc. XXIV, da Lei nº 8.666/93, ofenderam os arts. 22, XXVII; 37, XXI; e 175 da CF/88, **por dispensarem de licitação a celebração do contrato de gestão e a utilização, pelas organizações sociais, de bens públicos**; e, ainda, ao autorizarem tais entidades a editar normas próprias estabelecendo **procedimentos de licitação**, para compras e serviços.

Manifestando-se sobre a dispensa de licitação para aquisição de bens e serviços, informaram a Presidência do Senado e a Presidência da República que, entre as finalidades das "OS", está a de dinamizar a atuação dos entes prestadores de serviços públicos,

mediante sua absorção pelas referidas entidades, de natureza privada e sem fins lucrativos, obtendo-se, com isso, qualidades atinentes às empresas privadas, tais como um modelo de compras e contratação mais flexível e adaptável às peculiaridades de cada organização. Desse modo, a edição de norma própria, voltada a procedimentos de compra específicos para o atendimento das peculiaridades das "OS" não malfere a competência privativa da União para a edição de normas gerais de licitação, que se dirigem à administração pública e não a organizações não-governamentais e de caráter privado.

Trata-se de argumentos que, como visto, corroboram o entendimento acima manifestado acerca da matéria.

Quanto à pretendida licitação para fim de cessão de uso dos bens públicos pelas organizações sociais, é de ter-se por descabida a exigência, na medida em que se considera que se trata de entidades criadas pelo Poder Público justamente para absorção de atividade de órgão público, não havendo qualquer justificativa para que, nessas condições, se instaure concurso entre elas e entidades outras, não qualificadas para o mister.

Ademais, a Constituição, no art. 37, XXI, reserva ao legislador ordinário a especificação de hipóteses de dispensa de licitação na **aquisição** e **alienação** de bens e serviços pela

administração, circunstância que autoriza a ilação de que se está diante de casos da espécie.

Improcedentes, portanto, não apenas os dispositivos legais indicados acima, mas também o inciso XXIV do art. 24 da Lei n° 8.666/93, também apodado de inconstitucional, que dispensa de licitação cessões da espécie, aliás, na forma prevista no inciso XXI do art. 37 da CF.

f) Os arts. 4°, incisos V, VII e VIII; e 7°, inc. II, contrariam os arts. 37, **caput**, II e X, e, ainda, o art. 169 da mesma Carta, ao autorizarem o Conselho de Administração das novéis entidades a **fixar a remuneração dos membros da diretoria e a dispor sobre o plano de cargos e salários e benefícios de seus empregados.**

Os dispositivos indicados cuidam da remuneração de pessoal das "OS", já havendo sido anteriormente afastada a sua alegada ofensa aos textos constitucionais enumerados, os quais, como já dito, não se lhes aplicam, posto tratar-se de entidades que, conquanto qualificadas pelo Estado, se regem pelo direito privado.

g) O inciso X do art. 4° malfere os arts. 70, 71 e 74 da Constituição, ao atribuir ao conselho de administração da entidade função própria do Tribunal de Contas da União, qual seja, o **controle de suas contas**, tendo em vista a gestão de recursos públicos por ela realizada.

Rebatendo a alegação, esclareceram as informações do Congresso Nacional que a lei estabelece o dever de prestação de contas da verba pública recebida e a submissão da OS a controle interno e externo.

No primeiro caso, tendo em vista: a) a obrigatoriedade de publicação anual dos relatórios financeiros e do relatório de execução do contrato de gestão (alínea f, inciso I, art. 2º); b) a fiscalização, pelo órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade fomentada, à qual a entidade qualificada apresentará, ao término de cada exercício, relatório pertinente à execução do contrato de gestão, contendo comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados, acompanhado da prestação de contas correspondente ao exercício financeiro (art. 8º); c) a análise que, periodicamente, há de ser feita por comissão de avaliação indicada pela autoridade supervisora da área correspondente, composta por especialistas de notória capacidade e adequada qualificação (art. 8º, §§ 2º e 3º); d) quando exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público, havendo indícios fundados de malversação de bens ou recursos de origem pública, os responsáveis pela fiscalização representarão ao Ministério Público, à Advocacia-Geral da União ou à Procuradoria da entidade para que requeira ao juízo competente a decretação da indisponibilidade dos

bens da entidade e o seqüestro dos bens dos seus dirigentes, bem como de agente público ou terceiro, que possam ter enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público (art. 10); e) a fiscalização que compete ao Conselho de Administração, ao qual incumbe, a final, aprovar os demonstrativos financeiros e contábeis e as contas anuais das entidades, com o auxílio de auditoria externa (art. 4º, X).

E, no segundo (controle externo), tendo em vista a imposição, pela Constituição, do dever de prestação de contas ao Tribunal de Contas da União, por tratar-se de entidade que recebe verba do erário, imposição essa que, obviamente, não se pode ter por afastada por não haver sido mencionada na lei sob apreciação.

Nesse sentido, o entendimento que, acima, restou registrado sobre o assunto, não sobrando espaço para alegação de inconstitucionalidade dos dispositivos indicados.

h) O art. 10 faz tábula rasa do art. 129 da Constituição, por desconhecer as atribuições por ele conferidas ao **Ministério Público** para zelar pelo efetivo respeito aos direitos assegurados pela Constituição, notadamente os direitos fundamentais à saúde, educação e assistência social.

De assinalar, entretanto, como lembrado nas informações da Presidência da República, que, relativamente às funções do

Ministério Público, a lei não procurou afastá-la, posto que, sem excluir, por impossível, a atuação do órgão, prevista na Constituição, limitou-se a dirigir-se aos responsáveis pela fiscalização da execução do contrato de gestão, apontando a medida a ser tomada diante de irregularidades ou ilegalidades na utilização dos bens de origem pública.

i) O artigo 14, §§ 1º, 2º e 3º, e o art. 22, malferem o art. 40, **caput**, incisos I, II e III, da Constituição, ao preverem a **cessão de servidores públicos às organizações sociais**, com ônus para o órgão de origem, os quais estarão subordinados a administradores de entes privados, podendo receber vantagens remuneratórias que não serão incorporadas à aposentadoria nem consideradas para fim de paridade do reajuste de vencimentos entre ativos e inativos e pensionistas.

Observam, quanto a esse ponto, as informações do Congresso Nacional, de que se trata, no caso, de entes privados, sujeitos, nesse ponto, a disciplina própria, não obstante destinadas ao atendimento do interesse público.

E que, ademais, constitui cláusula obrigatória do contrato de gestão a que estabelece limites e critérios para despesa com remuneração e vantagens de qualquer natureza a serem pagas aos dirigentes e empregados das organizações sociais e aos servidores

que lhes forem cedidos, cessão essa que não prejudicará os direitos previdenciários ou direitos estatutários desses servidores.

Na verdade, como anteriormente já restou assentado, não se pode argüir de inconstitucional a cessão de servidores a entes que se dedicam ao desempenho de serviço de interesse público, muito menos quando criados para o fim precípua de absorção de atividade até então cumprida por órgão da administração direta.

Concluindo, pelas razões expostas, meu voto indefere a cautelar.

* * * * *

dfm

05/08/1999

TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.923-5 DISTRITO FEDERALV O T O

(S/art. 1º da Lei 9.637, de 15/05/98, quanto à saúde)

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: Sr. Presidente, acompanho o eminente Relator com relação à prestação dos serviços de saúde.

O art. 197 da Constituição, apontado como padrão da argüida inconstitucionalidade, ao contrário, dispõe:

"Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao poder público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado."

Conseqüentemente, não apenas não há, no dever estatal para com a saúde, obrigação de prestação estatal direta, mas, ao contrário, a expressa previsão de sua prestação mediante colaboração de particulares, embora sujeitos à legislação, à regulamentação, à fiscalização e ao controle estatais.



Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE Relator

05/08/1999

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 1.923-5 DISTRITO FEDERAL

V O T O

(Art.1º, da Lei 9.637/99)

O SR. MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA - Senhor Presidente.
Coloco-me nos limites definidos pelo voto do Sr. Ministro Sepúlveda
Pertence. Quer dizer, considero essas entidades no âmbito da saúde
como entidades de cooperação com o Poder Público. Enquanto
qualificadas como organizações sociais, elas poderão celebrar
contratos de gestão e serviços relativos à saúde com o Poder
Público. *J. Néri*

05/08/1999

TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.923-5 DISTRITO FEDERAL

V O T O

(ART. 1º da Lei nº 9.637, de 15/05/98, quanto à saúde)

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - Sr. Presidente, eu não preciso votar quanto ao restante desse art 1º. Já estou de acordo em que é constitucional.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 1.923-5 - medida liminar

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. ILMAR GALVÃO

REQTE. : PARTIDO DOS TRABALHADORES - PT

ADVDS. : ALBERTO MOREIRA RODRIGUES E OUTROS

REQTE. : PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT

ADVDS. : RONALDO JORGE ARAÚJO VIEIRA JÚNIOR E OUTROS

REQDO. : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

REQDO. : CONGRESSO NACIONAL

Decisão : Após o Relatório, o julgamento foi **adiado** por indicação do Senhor Ministro Ilmar Galvão (Relator). Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Carlos Velloso (Presidente). Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Marco Aurélio (Vice-Presidente). Plenário, 24.6.99.

Decisão : Prosseguindo no julgamento, e após o voto do Senhor Ministro Ilmar Galvão (Relator), **indeferindo** o pedido de medida liminar, o julgamento foi **suspenso** em virtude do pedido de **vista** formulado pelo Senhor Ministro Nelson Jobim. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello. Plenário, 05.8.99.

Presidência do Senhor Ministro Carlos Velloso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Moreira Alves, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa e Nelson Jobim.

Procurador-Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro.

17 *Luiz Tomimatsu*
Luiz Tomimatsu
Coordenador

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.923-5 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. ILMAR GALVÃO**
REQUERENTE : PARTIDO DOS TRABALHADORES - PT
ADVOGADOS : ALBERTO MOREIRA RODRIGUES E OUTROS
REQUERENTE : PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT
ADVOGADOS : RONALDO JORGE ARAÚJO VIEIRA JÚNIOR E
OUTROS
REQUERIDO : PRESIDENTE DA REPÚBLICA
REQUERIDO : CONGRESSO NACIONAL

V O T O**O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM:****1. A AÇÃO.**

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo PARTIDO DOS TRABALHADORES – PT e pelo PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA – PDT em face da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, e o inciso XXIV do art. 24, da Lei nº 8.666/93.

A primeira norma dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações, a criação do Programa Nacional de Publização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências.

O segundo dispositivo diz respeito à dispensa de licitação para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais.



ADI 1.923 / DF

OS AUTORES sustentam que os dispositivos atacados afrontam:

(I) Art. 5º, XVII e XVIII; (II) Art. 22, XXVII; (III) Art. 23, I, II, III, IV, VI, VII; (IV) Art. 37, II, XXI; (V) Art. 40, I, III, 'a' a 'd' e § 4º; (VI) Art. 49, X; (VII) Art. 70; (VIII) Art. 71, II, III; (IX) Art. 74, I, II, III, IV, § 1º e 2º; (X) Art. 129, I, II, III; (XI) Art. 169, § 1º, I, II; (XII) Art. 175, caput; (XIII) Art. 194, caput e § único; (XIV) Art. 196; (XV) Art. 197; (XVI) Art. 199, § 1º; (XVII) Art. 205; (XVIII) Art. 206, III, IV, VI; (XIX) Art. 208, I a VII, § 1º e 2º; (XX) Art. 211, § 1º; (XXI) Art. 213, I, II; (XXII) Art. 215, caput; (XXIII) Art. 216, I a V, e § 1º; (XXIV) Art. 218, § 1º, 2º, 3º, 5º; (XXV) Art. 225, § 1º, I, II, V e VII; e (XXVI) Art. 209.

2. VOTO DO RELATOR.

ILMAR indeferiu a liminar.

Afastou todas as alegações de inconstitucionalidade das normas impugnadas.

Leio no voto de ILMAR o que interessa:

“.....
Os dispositivos legais transcritos instituíram, entre nós, sob a denominação de organizações sociais, um novo tipo de entidade de direito privado, destinada a atuar nas áreas do ensino, da pesquisa científica, do desenvolvimento tecnológico, da proteção e preservação do meio ambiente, da cultura e da saúde.

Sua qualificação como tal é feita pelo Governo, por meio de ato do Poder Executivo, mediante a comprovação de observância de requisitos minuciosamente especificados nos artigos 2º, 3º e 4º da lei transcrita.

ADI 1.923 / DF

A ingerência governamental é justificada pela circunstância de tratar-se de entidades vocacionadas à absorção de atividades de interesse público até aqui exercidas pelo Estado, seja por meio de seus órgãos, seja por via de entes da Administração Pública Indireta.

Dá a exigência, para sua qualificação jurídica, entre outras, de um conselho de administração com até quarenta por cento dos membros escolhidos pelo Poder Público, com poderes para: aprovação da proposta do orçamento das entidade e de seu programa de investimentos; designação e dispensa dos membros da diretoria; aprovação dos procedimentos a serem adotados para contratação de obras, serviços, compras e alienações, além do plano de cargos e salários e benefícios dos empregados da entidade; aprovação dos relatórios gerenciais e de atividade elaborados pela diretoria; fiscalização do cumprimento das diretrizes e metas e aprovação dos demonstrativos financeiros e contábeis e das contas anuais da entidade (art. 4º e incisos).

A formação da parceria com o Poder Público dá-se por via de um contrato denominado "de gestão" celebrado entre as partes, com observância dos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da economicidade, no qual serão especificados o programa de trabalho, as metas a serem atingidas e os critérios objetivos de avaliação e desempenho a serem utilizados; a estipulação dos limites de despesa com remuneração e vantagens de qualquer natureza a serem percebidas pelos dirigentes e empregados, além de outras cláusulas que vierem a ser definidas pelos Ministérios da área de atuação da entidade (arts. 5º a 7º).

Ademais, prevê a lei (arts. 8º a 10) que a execução do contrato de gestão será fiscalizada pelo órgão ou entidade supervisora da área de atuação da atividade fomentada, que, ao término de cada exercício, apresentará relatório pertinente à execução do contrato, o qual será analisado por comissão de avaliação indicada pela autoridade supervisora da área correspondente, composta por especialistas de notória capacidade e adequada qualificação; cumprindo-lhe, ainda, dar ciência de qualquer irregularidade verificada na utilização de recursos públicos ao Tribunal de Contas da União e, se for o caso, ao Ministério Público.

O descumprimento do contrato de gestão poderá acarretar a desqualificação da entidade como organização social (art. 16).

Serão declaradas como entidades de interesse social e utilidade pública, para todos os efeitos legais, podendo ser-lhes destinados recursos orçamentários e os bens públicos

ADI 1.923 / DF

necessários ao cumprimento do contrato de gestão, os quais, com autorização do Poder Público, poderão ser permutados por outros de igual valor, que passarão a integrar o patrimônio da União (arts. 11 e 12).

Finalmente, às organizações sociais poderão ser cedidos servidores públicos, com ônus para o Poder Público (art. 14).

O art. 2º da Lei nº 9.637/98 estabelece os requisitos a serem atendidos pela entidade, para fim de qualificação como organização social. Entre eles, está a comprovação do seu registro como pessoa jurídica. O art. 3º, I, c, de sua vez, fala em associados. Tais dados poderiam induzir à convicção de que se está diante de uma associação de pessoas (**universitas personarum**).

Tendo-se presente a distinção entre **corporação e instituição** (Enterría e Fernandez, "Curso de Direito Administrativo", Ed. Rev. dos Tribunais, p. 320), considerada a primeira como uma entidade constituída de um conjunto de pessoas, na qualidade de associados, seus organizadores, titulares dos interesses por ela objetivados, cuja vontade, em última análise, integrará a vontade própria do ente por meio de um processo representativo; e, a segunda, como criação de um fundador ou "instituidor", que é quem propõe um fim a ser cumprido pelo ente criado, dispondo sobre os meios materiais e pessoais sujeitos à consecução desse fim e decidindo, com sua vontade, a constituição dos órgãos próprios do ente e, portanto, por derivação, aquele que constitui a própria vontade do ente; tem-se que se está, no caso, diante da segunda espécie, dos entes institucionais, a cujo respeito a doutrina costuma falar, no ensinamento dos festejados publicistas, quando instituídos pelo Estado, em "organismos autônomos",

"administração institucional" ou "ente institucional" e que, entre nós constituem entes da Administração indireta.

Ainda na lição dos autores citados (**ibidem**), tais entes não se descaracterizam, como tal, pela inserção, em sua estrutura orgânica, de representações de pessoas interessadas que, mesmo sem adquirir a condição material de sócios ou membros, colaboram na gestão do ente mais como simples política de relações públicas do que como manifestação de entrega do serviço à sociedade. No caso sob exame, como já foi dito, essa inserção se dá não apenas na participação de "membros ou associados" na composição do Conselho de Administração, mas também em sua eventual iniciativa de organizar a entidade, levando a registro os seus atos constitutivos, providência prévia à sua qualificação como

ADI 1.923 / DF

organização social.

Na verdade, por meio da "qualificação" que os habilita a cumprir o contrato de gestão, atua o Estado como verdadeiro criador da organização, que nenhum outro objetivo terá senão servir como agente descentralizador da Administração, com a qual mantém uma relação de dependência constante e efetiva, não limitado a cooperação para produção de determinados resultados, mas decisiva.

O contrato de gestão, causa determinante da instituição das organizações sociais, estabelece, como se viu, as atribuições e responsabilidades do novo ente, o Ministério a que será adstrito, as bases gerais de sua organização, as funções dos órgãos de direção e os bens e meios econômicos que lhes serão atribuídos.

Não passam, portanto, de simples instrumento técnico de que se utiliza o Estado para a gestão de seus próprios serviços; por ele criado, utilizado e, quando for o caso, extinto por via da desqualificação.

Na ordem financeira e patrimonial, exercem simples poderes de gestão e usufruto.

A sua extinção ou dissolução só pode ser decidida pelo Estado. Não é, portanto, o árbitro de sua própria vida, do mesmo modo que não pode subtrair-se nem abdicar do desempenho da função pública que lhe foi destinada e que executa como função própria do Estado, desenvolvida por meio de sua capacidade ordinária de direito privado. Não apenas seu nascimento, repita-se, mas também a sua vida e a sua morte se acham na dependência da vontade do Estado, ao qual, por óbvio, permanecem íntima e indissolúvelmente ligadas, como os demais entes da administração indireta, razão pela qual, nesse ponto, estão submetidas a princípios de direito público.

Não significa, como fazem presumir, a transferência à sociedade de poderes que o Estado havia assumido. A autonomia que desfrutam, como pessoa jurídica, não passa de uma técnica de gestão, que permite ao Estado prestar serviços de interesse público.

Que permite ao Estado prestar serviços de interesses público sem arcar com certas inconveniências, como as decorrentes do regime estatutário de seus servidores.

Representam, assim, mais do que simples entes de cooperação com o Poder Público, como são considerados os chamados organismos sociais autônomos (SESC, SESI, SENAC e SENAI), possuindo todas as características de entes da Administração Indireta.

ADI 1.923 / DF

Segundo as informações da Presidência da República, que, no ponto, se apóiam em lições de Paulo Eduardo Garrido Modesto, as entidades da espécie não configuram um novo tipo de pessoa jurídica privada, nem entes criados por lei e encartados na estrutura da administração pública, mas pessoas estruturadas sob a forma de fundação privada ou associação sem fins lucrativos, não gozando de qualquer espécie de prerrogativa de direito público nem podendo ser consideradas uma forma de privatização de entes públicos, uma vez que sua criação não implica uma transação de natureza econômica, mas uma finalidade de natureza social, de interesse público, não podendo objetivar o lucro nem qualquer outro proveito de natureza empresarial, podendo ser descritas como entes privados que colaboram com a Administração, como já o eram as entidades declaradas de utilidade pública.

Seja esse ou aquele o papel de tais entes, o certo é que se revela fora de dúvida que não fere a Constituição, a um primeiro e breve exame, próprio da fase vestibular dessa espécie de ação, a lei ditada, não precipuamente para criar, mas para regular a qualificação de uma pessoa jurídica de direito privado como organização social, seja ela uma entidade da Administração Indireta do Estado ou, ao revés, simples entidade privada, de interesse social e utilidade pública.

*Com efeito, o que o inciso XIX do art. 37 da CF/88 declara ser vedada, sem lei específica, é a criação de autarquia ou a autorização para instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, ou, **a fortiori**, a criação ou instituição de qualquer ente da Administração Indireta, entre os quais os organismos sociais autônomos (SESI, SENAI e SESC), dos quais parecem aproximar-se as novéis organizações sociais.*

Aliás, a Lei nº 9.637/98, ora sob apreciação, constitui uma prova de que esse também é o entendimento do próprio legislador, posto que, conquanto editada com o objetivo de disciplinar essas entidades, já no § 3º de seu artigo 21, de forma específica, como exigido pela Constituição, autorizou, de pronto, o Poder Executivo a

"qualificar" duas organizações sociais, a "Associação Brasileira de Tecnologia de Luz Síncrotron ABTLuS" e a "Associação de Comunicação Educativa Roquette Pinto - ASCERP"

Uma coisa é definir as organizações sociais, precisando os requisitos a serem cumpridos para o seu surgimento no mundo jurídico e alcance de seus objetivos, como fez a lei sob apreciação; ou, mesmo, como também dela resultou, qualificar organizações da espécie. Coisa diversa e

ADI 1.923 / DF

saber se poderão tais organizações absorver, indiscriminadamente, a atividade de instituições por meio das quais vem o Estado prestando serviços públicos não privativos do Poder Público, e se poderão fazer do modo proposto.

Inexiste relevância, portanto, na alegação de que se está diante de lei que se revela inconstitucional em todos os seus termos, como sustentado, em primeiro plano, na inicial, fazendo-se mister o exame de cada um dos dispositivos apontados como incompatíveis com a Carta da República, como subsidiariamente postulado na aludida peça.

Nos dizeres dos autores:

a) O art. 1º revela-se incompatível com os arts. 196, 197 e 199, § 1º, da Constituição, ao exonerar o Estado do dever que lhe cabe, prioritariamente, de prestar **serviço de saúde**, transferindo-o para entidades de direito privado, que somente poderiam ser integradas ao sistema único de Saúde (Lei nº 8.080, art. 18) em caráter complementar, mediante contrato de direito público ou convênio.

b) Contrária ele, ainda, os arts. 205, 206, 208, II, 209 e 213, todos da Carta de 88, tendo em vista que afasta a preferência constitucional pela prestação da **educação** sob o regime público, demitindo, praticamente, o Estado do dever fundamental de oferecer tais serviços, ao ampliar o sentido do disposto no art. 205, em contradição direta com o art. 213, que assegura distribuição exclusiva dos recursos públicos às escolas públicas, ressalvadas as escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, espécies que não abrangem as organizações sociais.

c) Ofendidos, por igual, pelo referido dispositivo, resultaram os artigos 23, 215, 216 § 1º, 218 e 225 da CF, por haver incluído no programa a prestação de **serviços nas áreas da cultura, do meio ambiente, do desenvolvimento científico, da pesquisa e da capacitação tecnológica, bem como na preservação e restauração de processos ecológicos essenciais e na promoção do manejo ecológico das espécies e ecossistemas, com preservação da diversidade e integridade do patrimônio genético do país, e proteção da fauna e da flora**, competência que os referidos dispositivos legais atribuem ao

Estado ou a instituições necessariamente públicas, sendo caráter complementar, mediante contrato de direito público ou convênio.

b) Contrária ele, ainda, os arts. 205, 206, 208, II, 209 e 213, todos da Carta de 88, tendo em vista que afasta a preferência constitucional pela prestação da **educação** sob o regime público, demitindo, praticamente, o Estado do dever fundamental de oferecer tais serviços, ao ampliar o sentido do disposto no art. 205, em contradição

ADI 1.923 / DF

direta com o art. 213, que assegura distribuição exclusiva dos recursos públicos às escolas públicas, ressalvadas as escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, espécies que não abrangem as organizações sociais.

c) Ofendidos, por igual, pelo referido dispositivo, resultaram os artigos 23, 215, 216 § 1º, 218 e 225 da CF, por haver incluído no programa a prestação de serviços nas áreas da cultura, do meio ambiente, do desenvolvimento científico, da pesquisa e da capacitação tecnológica, bem como na preservação e restauração de processos ecológicos essenciais e na promoção do manejo ecológico das espécies e ecossistemas, com preservação da diversidade e integridade do patrimônio genético do país, e proteção da fauna e da flora, competência que os referidos dispositivos legais atribuem ao Estado ou a instituições necessariamente públicas, sendo inadmissível a sua prestação por via exclusiva de entidades privadas.

De acordo com as informações da Presidência do Congresso Nacional, as organizações sociais constituem uma das ações mais inovadoras e de maior relevância, no sentido de aprimorar o funcionamento do Estado, propiciando-lhe uma atuação eficiente e livre de vícios, inserindo-se a iniciativa no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, que prevê a absorção pelas referidas entidades, de natureza privada e sem fins lucrativos, dos serviços públicos sociais não-exclusivos, com eliminação das causas da deficiência de sua prestação por parte da máquina administrativa, como o notório mau uso do dinheiro público, as falhas de gestão, o agigantamento das atividades-meio em detrimento das atividades-fim,

• empreguismo desnecessário, a burocratização excessiva, além da acomodação de servidores estáveis, em prejuízo da iniciativa e eficiência na produção de bens; no que concerne à assistência à saúde e à educação, trata-se de atividades que a Constituição, nos artigos 197/9 e 213, permite sejam prestadas por particulares, inexistindo no Texto Constitucional qualquer norma impeditiva de que o mesmo ocorra com a defesa do meio ambiente, a preservação cultural e o acesso à ciência, campos nos quais as chamadas organizações não governamentais, como é notório, têm demonstrado uma participação por vezes mais eficaz que o próprio Estado.

Assim, o legislador não estaria a violar a Carta da República tão-somente porque atua criativamente, gerando alternativas de gestão pública (como fez o Governo Federal, ao instituir o Serviço Social Autônomo Associação das Pioneiras Sociais, e o Governo do Distrito Federal, ao adotar o programa de saúde que atende aos cidadãos em sua própria residência, mediante a contratação de médicos por entidade privada, sob o regime celetista), incentivando o controle social da administração pública, a gestão direta, pela

ADI 1.923 / DF

comunidade, dos serviços sociais, a flexibilização da gestão dos controles e processos e o aumento da qualidade dos serviços destinados ao usuário.

Ao revés - continuam as informações -, as ditas normas se harmonizam perfeitamente com a Constituição, devendo-se o ajuizamento da ação à circunstância de não terem sido suficientemente compreendidas.

De examinarem-se os argumentos expendidos na inicial e nas informações.

De ver-se, primeiramente, que os artigos 196 e 197 da CF se limitam a impor ao Estado o dever de garantir o direito de todos à saúde, mediante a implantação de "políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário as ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação".

Não impõem ao Estado o dever de prestar assistência à saúde por meio de órgãos ou entidades públicas, nem impedem que o faça desse modo; tampouco, eliminam a possibilidade de cumprir ele esse dever, por meio de iniciativas como a consagrada na lei sob exame, seja por via de organizações sociais criadas e mantidas pelo Poder Público para tal fim, ou, ainda, mediante a colaboração da iniciativa privada, prestada sob sua regulamentação, fiscalização e controle, como previsto no art. 199, caput e § 1º.

Por isso, não se pode vislumbrar inconstitucionalidade, quanto à saúde, no art. 1º da lei sob apreciação.

No que concerne à educação, é de considerar-se que se trata de serviço cuja prestação tem o Estado o dever de assegurar, de maneira obrigatória e gratuita, quanto ao ensino fundamental (art. 208, I), havendo, por igual, de ser gratuito, em qualquer hipótese, sempre que prestado por estabelecimento oficial (arts. 206, IV).

Dessa forma, se considerar que as organizações sociais não integram a Administração Pública, ter-se-á de admitir que, por meio da impossibilidade de privatização de toda a atividade das instituições de ensino da União, dos Estados e dos Municípios e, conseqüentemente, sob risco de extinção, o direito, constitucional, ao ensino gratuito.

Acontece, entretanto, como já exposto, que tais entes, por serem verdadeiras criaturas do Estado, posto surgirem, na qualidade de organizações sociais, com o ato de seu reconhecimento, como tais, por este, que os mantém e

ADI 1.923 / DF

controla, não passam de entes públicos, conquanto regidos pelo direito privado, razão pela qual, além de sujeitarem-se ao dever de assegurar ensino fundamental obrigatório e gratuito, os seus estabelecimentos de ensino deverão ser considerados oficiais, para fim da gratuidade prevista no art. 206, IV, bem como para beneficiarem-se de recursos públicos, nas forma do art. 213, ambos das Carta.

Desse modo, nesse ponto, também não há vislumbrar incompatibilidade do artigo 1º da Lei sob apreciação, com as normas constitucionais invocadas, que não vedam atividades de ensino desenvolvidas pelo Estado, por meio de pessoas jurídicas de direito privado.

Os artigos 215 e 216 da CF/88, de sua vez, limitam-se a impor ao Estado o dever de garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes da cultura nacional; de apoiar e incentivar a valorização e a difusão das manifestações culturais; de promover e proteger o patrimônio cultural brasileiro, constituído dos bens de natureza material e imaterial, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da nossa sociedade; de estabelecer incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais; e de punir os danos e ameaças ao patrimônio cultural.

Em nenhum lance estabelecem os mencionados dispositivos o dever de o Estado realizar essas atividades por meio de órgãos da Administração Direta, o que significa que poderá fazê-lo por meio de entidades para isso por ele constituídas, como são as organizações sociais.

Afastada, também, por esse motivo, a alegação de inconstitucionalidade do art. 1º da Lei 9.637/98, em face dos referidos dispositivos da Carta de 1988.

O mesmo cabe dizer quanto à pesquisa científica e ao desenvolvimento tecnológico, conforme se depreende da norma do art. 218 da Constituição; e, ainda, quanto ao dever, que incumbe ao Poder Público, de preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais; de prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; de preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genérico do País; de fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genérico; de definir espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos; de exigir estudo prévio de impacto ambiental para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente; enfim, de realizar todos os atos de proteção previstos no art. 225 da Carta da República.

ADI 1.923 / DF

A Constituição Federal, aliás, no art. 23, incumbe à competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e, dos Municípios, portanto, ao Estado, por suas diversas manifestações, cuidar da saúde, proteger as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência, proteger o meio ambiente, as florestas, a fauna e a flora, não permitindo inferir-se do mencionado texto que o Estado não pode desempenhar-se desses encargos senão por meio dos agentes de sua Administração Direta, conquanto não seja menos certo que não poderá confiar a execução de tais tarefas, por inteiro, à iniciativa privada.

Pelas razões expostas, de ter-se por irrelevante a alegação de inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 9.637/98.

*d) O art. 1º, bem como os 2º, 3º e 4º, ofendem, ainda, os arts. 5º, incisos XVII e XVIII; 22, XXVII; 23, I a IV; 37, **caput** e incisos II e XXI; 40, I e II e § 4º; 49, X; 70, 71, II e III; 74; 129 § 1º, 169, § e 175, todos da Carta da República, por sugerirem uma parceria inexistente com a iniciativa privada, posto ocorrer, no caso, um processo induzido de substituição de entes públicos por entes privados, criados por encomenda para assumir funções próprias do Estado, com flagrante interferência estatal em seu funcionamento e com completa ausência de requisitos que possam impor a observância do princípio da impessoalidade no processo de qualificação dos membros dos respectivos conselhos de administração, ao qual se atribui uma série de competências substitutivas das que eram exercidas pelo Poder Público; inferindo-se de tudo a compreensão de que o objetivo principal do Programa Nacional de Publicização e das organizações sociais é o de fraudar o regime jurídico ao qual se submete o Estado, configurando "manobra para desatar o exercício de poderes públicos das amarras do Direito Público".*

Conforme já exposto, as organizações sociais configuram entidades criadas, mantidas e controladas pelo Estado, porque destinadas ao desempenho de atividades de interesse público, descritas no art. 23 da CF, que estão sendo ou deveriam vir a ser desenvolvidas por órgãos estatais.

Dai, não se poder considerar indébita a interferência do Estado em seu funcionamento, não havendo razão, pois, para se falar em ofensa ao art. 5º, incisos XVII e XVIII, e ao art. 23, I a IV, da Constituição.

*As novéis entidades terão seus objetivos traçados em contrato de gestão, elaborado com observância dos princípios previstos no art. 37, **caput**, e, sendo organizadas como entidades de direito privado, não estarão sujeitas à norma do inciso II do referido artigo, que só exige concurso para investidura em cargo ou emprego público.*

Os servidores das organizações sociais serão

ADI 1.923 / DF

regidos pela CLT e filiados à Previdência Social, não se lhes aplicando as normas do art. 40, incisos I e II e § 4º, da Constituição.

A lei em tela, conquanto estabeleça sistema de controle interno das contas das organizações sociais, não exclui (nem poderia fazê-lo) o controle externo, a ser exercido pelo Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas da União, por cuidar-se de entidades destinadas a receber subvenção pública. Sem sentido, pois, a alegação de ofensa aos arts. 49, X, 70, 71, II e II, e 74 d CF.

Em razão de tratar-se de pessoas jurídicas de direito privado, não estão as organizações sociais sujeitas a rigidez

orçamentária prevista no art. 169, § 1º, da CF.

No que tange ao princípio da licitação, é de ver-se que, no concernente à cessão de uso de bens públicos pelas organizações sociais, a dispensa de licitação se impõe como medida indispensável, posto não ser concebível o estabelecimento de concurso entre a entidade concebida e criada pelo Estado e entidades outras não qualificadas para o objetivo colimado. Já no que toca a compras e à contratação de obras e serviços, prevê a Lei, no art. 4º, VIII, a fixação de regras, no regulamento, para sua disciplina, sendo oportuno assinalar que o legislador ordinário foi autorizado a assim proceder, no art. 37, XXI, da Constituição.

e) Os arts. 4º, inc. VIII; 5º, 11, 12, § 3º; e 17 da Lei nº 9.637/98, e o art. 1º da Lei nº 9.648/98, ao alterar o art. 24 inc. XXIV, da Lei nº 8.666/93, ofenderam os arts. 22, XXVII; 37, XXI; e 175 da CF/88, **por dispensarem de licitação a celebração do li contrato de gestão e a utilização, pelas organizações sociais, de bens públicos; e, ainda, ao autorizarem tais entidades a editar normas próprias estabelecendo procedimentos de licitação, para compra e serviços.**

Manifestando-se sobre a dispensa de licitação para aquisição de bens e serviços, informaram a Presidência do Senado e a Presidência da República que, entre as finalidades das "OS", está a de dinamizar a atuação dos entes prestadores de serviços públicos, mediante sua absorção pelas referidas entidades, de natureza privada e sem fins lucrativos, obtendo-se, com isso, qualidades atinentes às empresas privadas, tais como um modelo de compras e contratação mais flexível e adaptável às peculiaridades de cada organização. Desse modo, a edição de norma própria, voltada a procedimentos de compra específicos para o atendimento das peculiaridades das "OS" não malfere a competência privativa da União para a edição de normas gerais de licitação, que se

ADI 1.923 / DF

dirigem à administração pública e não a organizações não-governamentais e de caráter privado.

Trata-se de argumentos que, como visto, corroboram o entendimento acima manifestado acerca da matéria.

Quanto à pretendida licitação para fim de cessão de uso dos bens públicos pelas organizações sociais, é de ter-se por descabida a exigência, na medida em que se considera que se trata de entidades criadas pelo Poder Público justamente para absorção de atividade de órgão público, não havendo qualquer justificativa para que, nessas condições, se instaure concurso entre elas e entidades outras, não qualificadas para o mister.

Ademais, a Constituição, no art. 37, XXI, reserva ao legislador ordinário a especificação de hipóteses de dispensa de licitação na **aquisição e alienação** de bens e serviços pela administração, circunstância que autoriza a ilação de que se está diante de casos da espécie. Improcedentes, portanto, não apenas os dispositivos legais indicados acima, mas também o inciso XXIV do art. 24 da Lei nº 8.666/93, também apodado de inconstitucional, que dispensa de licitação cessões da espécie, aliás, na forma prevista no inciso XXI do art. 37 da CF.

f) Os arts. 4º, incisos V, VII e VIII; e 7º, inc., II, contrariam os arts. 37, caput, II e X, e, ainda, o art. 169 da mesma Carta, ao autorizarem o Conselho de Administração das noveis entidades a **fixar a remuneração** dos membros da **diretoria** e a **dispor sobre o plano de cargos e salários e benefícios de seus empregados**.

Os dispositivos indicados cuidam da remuneração de pessoal das "OS", já havendo sido anteriormente afastada a sua alegada ofensa aos textos constitucionais enumerados, os quais, como já dito, não se lhes aplicam, posto tratar-se de entidades que, conquanto qualificadas pelo Estado, se regem pelo direito privado.

g) O inciso X do art. 4º malfez os arts. 70, 71 e 74 da Constituição, ao atribuir ao conselho de administração da entidade função própria do Tribunal de Contas da União, qual seja, o **controle de suas contas**, tendo em vista a gestão de recursos públicos por ela realizada.

Rebatendo a alegação, esclareceram as informações do Congresso Nacional que a lei estabelece o dever de prestação de contas da verba pública recebida e a submissão da OS a controle interno e externo.

No primeiro caso, tendo em vista: a) a obrigatoriedade de publicação anual dos relatórios financeiros do relatório de execução do contrato de gestão (alínea f, inciso I, art. 2º); b) a fiscalização, pelo órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade

ADI 1.923 / DF

fomentada, à qual a entidade qualificada apresentará, ao término de cada exercício, relatório pertinente à execução do contrato de gestão, contendo comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados, acompanhado da prestação de contas correspondente ao exercício financeiro (art. 8º); c) a análise que, periodicamente, há de ser feita por comissão de avaliação indicada pela autoridade supervisora da área correspondente, composta por especialistas de notória capacidade e adequada qualificação (art. §§ 2º e 3º); d) quando exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público, havendo indícios fundados de malversação de bens ou recursos de origem pública, os responsáveis pela fiscalização representarão ao Ministério Público, à Advocacia-Geral da União ou à Procuradoria da entidade para que requeira ao juízo competente a decretação da indisponibilidade dos bens da entidade e o seqüestro dos bens dos seus dirigentes, bem como de agente público ou terceiro, que possam ter enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público (art. 10); e) a fiscalização que compete ao Conselho de Administração, ao qual incumbe, a final, aprovar os demonstrativos financeiros e contábeis e as contas anuais das entidades, com o auxílio de auditoria externa (art. 4º, X)

E, no segundo (controle externo), tendo em vista a imposição, pela Constituição, do dever de prestação de contas ao Tribunal de Contas da União, por tratar-se de entidade que recebe verba do erário, imposição essa que, obviamente, não se pode ter por afastada por não haver sido mencionada na lei sob apreciação.

Nesse sentido, o entendimento que, acima, restou registrado sobre o assunto, não sobrando espaço para alegação de inconstitucionalidade dos dispositivos indicados.

h) O art. 10 faz tábula rasa do art. 129 da Constituição, por desconhecer as atribuições por ele conferidas ao **Ministério Público** para zelar pelo efetivo respeito aos direitos assegurados pela Constituição, notadamente os direitos fundamentais à saúde, educação e assistência social.

De assinalar, entretanto, como lembrado nas informações da Presidência da República, que, relativamente às funções do Ministério Público, a lei não procurou afastá-la, posto que, sem excluir, por impossível, a atuação do órgão, prevista na Constituição, limitou-se a dirigir-se aos responsáveis pela fiscalização da execução do contrato de gestão, apontando a medida a ser tomada diante de irregularidades ou ilegalidades na utilização dos bens de origem pública.

i) O artigo 14, §§ 1º, 2º e 3º, e o art. 22, malferem o art. 40, **caput**, incisos I, II e III, da

ADI 1.923 / DF

Constituição, ao preverem a **cessão de servidores públicos às organizações sociais**, com ônus para o órgão de origem, os quais estarão subordinados a administradores de entes privados, podendo receber vantagens remuneratórias que não serão incorporadas à aposentadoria nem consideradas para fim de paridade do reajuste de vencimentos entre ativos e inativos e pensionistas.

Observam, quanto a esse ponto, as informações do Congresso Nacional, de que se trata, no caso, de entes privados, sujeitos, nesse ponto, a disciplina própria, não obstante destinadas ao atendimento do interesse público.

E que, ademais, constitui cláusula obrigatória do contrato de gestão a que estabelece limites e critérios para despesa com remuneração e vantagens de qualquer natureza a serem pagas aos dirigentes e empregados das organizações sociais e aos servidores cautelares.

.....”

PERTENCE acompanhou o relator com relação à saúde.

NÉRI também seguiu o mesmo entendimento.

MOREIRA acompanhou integralmente o relator.

Entendeu que não há restrição constitucional à lei nas diversas áreas que cita (ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção do meio ambiente, cultura e saúde).

3. VOTO VISTA.

Pedi vista para melhor exame.

O objeto da presente ação (Lei nº 9.637/98 e inciso XXIV, do art. 24 da Lei nº 8.666/93) diz respeito às organizações sociais – OS, entidades de direito privado, sem

ADI 1.923 / DF

fins lucrativos, destinadas a atuar nas áreas do ensino, da pesquisa científica, do desenvolvimento tecnológico, da proteção e preservação do meio ambiente, da cultura e da saúde.

O seu surgimento antecedeu à chamada Reforma Administrativa (EC 19, de 4 de junho de 1998).

Nesse contexto, a Lei nº 9.637/98 criou referidas entidades com o objetivo de servir de modelo de parceria entre o Estado e a sociedade na prestação de serviços de natureza social que não sejam exclusivos do Estado.

A idéia era modernizar a administração pública, criando instrumentos capazes de atender aos fins do Estado e aos interesses da sociedade.

Daí a razão da EC 19/98 ter incluído o § 8º, no art. 37, da CF.

A partir daí possibilitou-se a ampliação da autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta, a ser realizada mediante contrato, a ser firmado entres seus administradores e o poder público.

O voto de ILMAR afastou, de forma competente, todas as alegações de inconstitucionalidade das normas atacadas.

Dele não divirjo.

ADI 1.923 / DF

Faço apenas duas breves colocações.

Quanto à fiscalização dos contratos de gestão, esses devem conter⁽¹⁾:

- (a) forma como a autonomia será exercida;
- (b) metas a serem cumpridas pelo órgão ou entidade no prazo estabelecido no contrato;
- (c) controle de resultado.

Uma vez celebrados tais contratos, haverá necessário aumento no controle do Estado sobre a organização contratada.

E isso inclui o inafastável controle externo imposto pela própria Constituição.

A fiscalização caberá ao próprio órgão ou entidade pública responsável pelo contrato.

Caso verificado qualquer tipo de irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou bens de origem pública por organização social, o responsável dará ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária (Art. 9º da Lei).

No tocante à restrição feita por PERTENCE (quanto à saúde), entendo, conforme MOREIRA, não haver imposição de monopólio em nenhuma das atividades citadas pela lei.

¹ Di Pietro, Maria Sylvania Zanella. Parcerias na administração pública. Atlas Jurídica, 5ª Ed., São Paulo, p. 263, 2005.

ADI 1.923 / DF

Afastadas, portanto, quaisquer alegações de inconstitucionalidade.

Em razão do exposto, acompanho o relator.

Indefiro a liminar.

PLENÁRIO**EXTRATO DE ATA**

MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.923-5

PROCED.: DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. ILMAR GALVÃO

REQTE.: PARTIDO DOS TRABALHADORES - PT

ADVDS.: ALBERTO MOREIRA RODRIGUES E OUTROS

REQTE.: PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT

ADVDS.: RONALDO JORGE ARAÚJO VIEIRA JÚNIOR E OUTROS

REQDO.: PRESIDENTE DA REPÚBLICA

REQDO.: CONGRESSO NACIONAL

Decisão : Após o Relatório, o julgamento foi **adiado** por indicação do Senhor Ministro Ilmar Galvão (Relator). Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Carlos Velloso (Presidente). Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Marco Aurélio (Vice-Presidente). Plenário, 24.6.99.

Decisão : Prosseguindo no julgamento, e após o voto do Senhor Ministro Ilmar Galvão (Relator), **indeferindo** o pedido de medida liminar, o julgamento foi **suspenso** em virtude do pedido de **vista** formulado pelo Senhor Ministro Nelson Jobim. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello. Plenário, 05.8.99.

Decisão: Renovado o pedido de vista do Senhor Ministro Nelson Jobim, justificadamente, nos termos do § 1º do artigo 1º da Resolução nº 278, de 15 de dezembro de 2003. Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 28.04.2004.

Decisão: Após o voto do Presidente, Ministro Nelson Jobim, que indeferia o pedido de liminar, acompanhando o Relator, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Eros Grau. Não participa da votação o Senhor Ministro Carlos Britto, por suceder ao Senhor Ministro Ilmar Galvão, Relator. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello e, neste julgamento, a Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 29.03.2006.

Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim.
Presentes à sessão os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Marco

Supremo Tribunal Federal

Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau e Ricardo Lewandowski.

Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza.

Luiz Tomimatsu
Secretário

MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.923-5 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. ILMAR GALVÃO
 REQUERENTE : PARTIDO DOS TRABALHADORES - PT
 ADVOGADOS : ALBERTO MOREIRA RODRIGUES E OUTROS
 REQUERENTE : PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT
 ADVOGADOS : RONALDO JORGE ARAÚJO VIEIRA JÚNIOR E
 OUTROS
 REQUERIDO : PRESIDENTE DA REPÚBLICA
 REQUERIDO : CONGRESSO NACIONAL

V O T O - V I S T A

O SENHOR MINISTRO Eros Grau: O Partido dos Trabalhadores - PT e o Partido Democrático Trabalhista - PDT propõem ação direta em que questionam a constitucionalidade da Lei n. 9.637, de 15 de maio de 1998, que dispõe sobre: [i] a qualificação de entidades como organizações sociais, [ii] a criação do Programa Nacional de Publicização, [iii] a extinção dos órgãos e entidades que ela, a lei, menciona e [iv] a absorção de suas atividades por organizações sociais. Questionam ainda a constitucionalidade do inciso XXIV¹ do artigo 24 da Lei n. 8.666/93 com a redação que lhe foi conferida pelo artigo 1º da Lei n. 9.648, de 27 de maio de 1998.

2. Relator do feito à época, o Ministro ILMAR GALVÃO indeferiu o pedido liminar, afirmando que os textos normativos impugnados não transferem a entidades privadas a prestação de serviços públicos, mas apenas possibilitam que o Estado estabeleça parcerias com particulares visando a maior eficiência no desempenho das atividades relacionadas no artigo 1º da Lei n. 9.637/98. O

¹ XXIV - para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão.

6

Ministro MOREIRA ALVES acompanhou integralmente o relator. Os Ministros SEPÚLVEDA PERTENCE e NÉRI DA SILVEIRA acompanharam-no no tocante aos serviços de saúde.

3. O Ministro NELSON JOBIM acompanhou o relator, observando que a Lei n. 9.637/98 criou as organizações sociais "com o objetivo de servir de modelo de parceria entre o Estado e a sociedade na prestação de serviços de natureza social que não sejam exclusivos do Estado", possibilitando "a ampliação da autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta". Pedi vista dos autos para melhor exame.

4. Os requerentes questionam a constitucionalidade de preceitos cuja vigência iniciou-se em 1998. Embora longo seja já o tempo de vigência dos preceitos impugnados, tamanha e de tal ordem a sua inconstitucionalidade, como veremos a seguir, que a concessão da liminar se justifica. Inconstitucionalidade reiteradamente perniciosa e nociva, que torna corrente o *periculum in mora*.

5. Sustentam que os textos normativos impugnados violam os seguintes preceitos da Constituição do Brasil: artigo 5º, XVII e XVIII; artigo 22, XXVII; artigo 23, I, II, III, IV, VI e VII; artigo 37, II e XXI; artigo 40, I, III, 'a' a 'd' e § 4º; artigo 49, X; artigo 70; artigo 71, II, III; artigo 74, I, II, III, IV, § 1º e 2º; artigo 129, I, II, III; artigo 169, § 1º, I, II; artigo 175, *caput*; artigo 194, *caput* e parágrafo único; artigo 196; artigo 197; artigo 199, § 1º; artigo 205; artigo 206, III, IV, VI; artigo 208, I a VII, § 1º e 2º; artigo 211, § 1º; artigo 213, I, II; artigo 215, *caput*; artigo 216, I a V, e 1º; artigo 218, §§ 1º, 2º, 3º e 5º; artigo 225, § 1º, I, II, V e VII, e artigo 209.

J

6. O artigo 1º da Lei n. 9.637/98 autoriza o Poder Executivo a "qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas finalidades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde", atendidos os requisitos nessa mesma lei previstos.

7. Educação e saúde consubstanciam serviço público, não obstante possam ser prestados pelo setor privado independentemente de concessão ou permissão. As outras atividades --- atinentes à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente e à cultura --- não constituem privilégio estatal, ainda que o Estado possa empreendê-las. Deva, em verdade deva empreendê-las, eis que --- mercê do dever-poder que o vincula --- o Estado pode tudo quanto deve fazer; nada mais, nada além disso. Isso pretendo enfatizar: o Estado não pode mais do quanto deva fazer; por isso tenho afirmado que pode tudo quanto deva fazer.

8. Pois o que desejo afirmar é que, independentemente de qualquer dos preceitos introduzidos no nosso ordenamento jurídico pela Lei n. 9.637/98, agentes econômicos privados estavam já autorizados a, em nome próprio, explorar atividades relacionadas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde.

9. Quanto ao ensino e à saúde, repito: consubstanciam serviços públicos. Tanto os serviços de educação, quanto os atinentes à saúde, seja os prestados pelo Estado, seja os prestados por particulares, configuram serviço público não privativo, isto é, serviço público que pode ser prestado pelo setor privado independentemente de concessão, permissão ou autorização. São,



porém, sem sombra de dúvida, serviço público. O artigo 199² e o artigo 209³ da Constituição do Brasil afirmam que a assistência à saúde e o ensino são livres à iniciativa privada, isso significando que o setor privado pode prestar esses serviços públicos independentemente da outorga de concessão ou permissão pelo Estado. Reporto-me, neste passo, aos votos que proferi nas ADI's 1.007 e 1.266. Daí porque, como observei, agentes econômicos do setor privado estavam já autorizados a, em nome próprio, explorar atividades relacionadas ao ensino e à saúde. Quanto às demais atividades --- relacionadas à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente e à cultura --- são dever do Estado, nos termos do disposto nos artigos 215, 218 e 225 da Constituição do Brasil. Mas o setor privado pode empreendê-las, de modo que a lei de que se cuida não inova, neste sentido, o ordenamento.

10. São outras as inovações por ela trazidas. Quem prestigiasse a busca da *intenção* ou *vontade do legislador* --- método de interpretação que a nova hermenêutica despreza⁴ --- diria que essa lei, na crista do chamado *neoliberalismo*, instrumenta a redução do tamanho do Estado, na redefinição do seu papel. O legislador teria sido inspirado por uma "vontade de reforma do Estado". Sucede, para azar dos que pretendem substituir o Estado pela sociedade civil [*rectius*, pelo mercado], que essa redução e essa redefinição são incompatíveis com a Constituição do Brasil, cujos artigos 1º, 3º e 170 permanecem íntegros, sem que nenhuma emenda nela introduzida os tenha afetado. E isso de tal sorte que a sua normatividade permanece

² Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

³ Art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições: I - cumprimento das normas gerais de educação nacional; II - autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.

⁴ Vide meu *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, 3ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2.005, págs. 120 e ss.

4

voltada à construção de uma sociedade livre, justa e solidária; à garantia do desenvolvimento nacional; à erradicação da pobreza e da marginalização, bem assim à redução das desigualdades sociais e regionais; à promoção do bem de todos; à afirmação da soberania, da cidadania e do valor social do trabalho, bem assim do valor social da livre iniciativa; à realização da justiça social.

11. Resta ver, destarte, quais as inovações efetivamente aportadas ao ordenamento de direito positivo infraconstitucional brasileiro pela Lei n. 9.637/98. Em síntese, ela [i] define requisitos para que pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, possam ser qualificadas como "organizações sociais" (arts. 1º a 4º); [ii] trata do que chama de "contrato de gestão", dispondo sobre a sua execução e fiscalização (arts. 5º a 10); [iii] dispõe sobre o "fomento às atividades sociais" (arts. 11 a 15); [iv] cuida da "desqualificação" das organizações sociais (art. 16); e [v] enuncia disposições finais e transitórias (arts. 17 a 25).

12. Os quatro primeiros artigos prestam-se a identificar as "organizações sociais", pessoas jurídicas de direito privado que celebrarão contratos de gestão com o "Poder Público". A definição de contrato de gestão como o "instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social" causa espanto. Pois a de número 9.637 é uma lei que sem sombra de dúvida muito inova a ciência do direito: seu artigo 5º define como contrato não o vínculo, mas seu instrumento... Seja como for, a celebração desse contrato de gestão com o Poder Público habilitará a organização social ao desfrute de certas vantagens. Mais do que vantagens, favores desmedidos, visto que essa contratação não é antecedida de licitação.

13. Uma das inovações ao ordenamento jurídico aportada pela lei está em que às organizações sociais poderão ser destinados recursos orçamentários e bens públicos móveis e imóveis com dispensa de licitação [art. 12 e parágrafos]. Para recebê-los, a organização social, como observa CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO⁵, "não necessita demonstrar habilitação técnica ou econômico-financeira de qualquer espécie. Basta a concordância do Ministro da área (ou mesmo do titular do órgão que a supervisione)...".

14. Mas não é só. É facultada ainda ao Poder Executivo a "cessão especial de servidor para as organizações sociais, com ônus para a origem" [arts. 13 a 15]. Uma coisa nunca vista. Direi neste passo apenas isso, além de me permitir a transcrição de pequeno trecho de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO⁶:

"Enquanto para travar relações contratuais singelas (como um contrato de prestação de serviços ou de execução de obras) o pretendente é obrigado a minuciosas demonstrações de aptidão, inversamente, não se faz exigência de capital mínimo nem demonstração de qualquer suficiência técnica para que um interessado receba bens públicos, móveis ou imóveis, verbas públicas e servidores públicos custeados pelo Estado, considerando-se bastante para a realização de tal operação a simples aquiescência de dois Ministros de Estado ou, conforme o caso, de um Ministro e de um supervisor da área correspondente à atividade exercida pela pessoa postulante ao qualificativo de 'organização social'. Trata-se, pois, da outorga de uma discricionariedade literalmente inconcebível, até mesmo escandalosa, por sua desmedida amplitude, e que permitirá favorecimentos de toda a espécie.

⁵ Curso de Direito Administrativo, 19ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2.005, págs. 221-2.

⁶ Ob. cit., pág. 222.

Há nisto uma inconstitucionalidade manifesta, pois se trata de postergar o princípio constitucional da licitação (art. 37, XXI) e, pois, o princípio constitucional da isonomia (art. 5º), do qual a licitação é simples manifestação punctual, conquanto abrangente também de outro propósito (a busca do melhor negócio)".

15. A circunstância de o art. 37, XXI, permitir seja excepcionada, nos casos previstos em lei, a exigência de licitação para a seleção dos que poderão celebrar contratos com a Administração, essa circunstância não libera o legislador para, discricionariamente, afastar o certame quando lhe aprouver. Permite-me tornar a dizer que não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços. Tenho insistido em que a interpretação do direito é interpretação do direito, não de textos isolados, desprendidos do direito. Não se interpreta textos de direito, isoladamente, mas sim o direito --- a Constituição --- no seu todo⁷. Por isso, embora a Constituição autorize o legislador a excepcionar a exigência da licitação, ele o fará, se e quando o fizer, sob as vinculações que a totalidade normativa que a Constituição é impõe, especialmente a vinculação pela igualdade.

16. A concreção do princípio da igualdade reclama a prévia determinação de quais sejam os iguais e quais os desiguais, até porque --- e isso é repetido quase que automaticamente, desde PLATÃO e ARISTÓTELES⁸ --- a igualdade consiste em dar tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais. Vale dizer: o direito deve distinguir pessoas e situações distintas entre si, a fim de conferir

⁷ Meu Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. 3ª edição. Malheiros Editores. São Paulo, 2.005, p. 127.

⁸ - PLATÃO, Leis, VI 757; ARISTÓTELES, Política, III 9 (1280a) e Ética a Nicômano, V 6 (1131a).

tratamentos normativos diversos a pessoas e a situações que não sejam iguais entre si. A questão que fica --- crucial --- está em sabermos, na dicção ainda de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO⁹, "que espécie de igualdade veda e que tipo de desigualdade faculta a discriminação de situações e de pessoas, sem quebra e agressão aos objetivos transfundidos no princípio constitucional da isonomia".

17. Tudo se torna mais claro na medida em que considerarmos o quanto afirma KELSEN¹⁰:

"os homens (assim como as circunstâncias externas) apenas podem ser considerados como iguais, ou, por outras palavras, apenas há homens iguais (ou circunstâncias externas iguais), na medida em que as desigualdades que de facto entre eles existem não sejam tomadas em consideração. Se não há que tomar em conta quaisquer desigualdades sejam elas quais forem, todos são iguais e tudo é igual".

18. E prossegue, adiante¹¹, observando que o princípio "postula não apenas um tratamento igual mas também um tratamento desigual. Por isso, tem de haver uma norma correspondente a este princípio que expressamente defina certas qualidades em relação às quais as desigualdades hão-de ser tidas em conta, afim de que as desigualdades em relação às outras qualidades possam permanecer irrelevantes, a fim de que possam haver de todo em todo, portanto, indivíduos 'iguais'. 'Iguais' são aqueles indivíduos que, em relação às qualidades assim determinadas, não são desiguais. E o poderem, de todo em todo, existir indivíduos 'iguais', é a consequência do facto

⁹ - O conteúdo jurídico do princípio da igualdade, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1.978, págs. 15/16.

¹⁰ - Ob. cit., pág. 67.

¹¹ - Idem, págs. 70/71.



de que, se não todas, pelo menos certas desigualdades não são consideradas" (grifo no original).

19. Por isso mesmo a lei --- como qualquer outro texto normativo --- pode, sem violação do princípio da igualdade, distinguir situações, a fim de conferir a uma tratamento diverso do que atribui a outra. Para que possa fazê-lo, contudo, sem que tal violação se manifeste, é necessário que a discriminação guarde compatibilidade com o conteúdo do princípio. Procurando dar resposta à indagação a respeito de quais situações e pessoas podem ser discriminadas sem quebra e agressão aos objetivos transfundidos no princípio constitucional da isonomia, a jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão toma como fio condutor o seguinte:

"a máxima da igualdade é violada quando para a diferenciação legal ou para o tratamento legal igual não seja possível encontrar uma razão adequada, que surja da natureza da coisa ou que, de alguma forma, seja compreensível, isto é, quando a disposição tenha de ser qualificada de arbitrária"¹².

20. Dir-se-á, pois, que uma discriminação será arbitrária quando "não seja possível encontrar, para a diferenciação legal, alguma razão adequada que surja da natureza das coisas ou que, de alguma forma, seja concretamente compreensível"¹³.

21. Pois exatamente isso se dá na hipótese da Lei n. 9.637/98: não há razão nenhuma a justificar a celebração de contrato de gestão com as organizações sociais, bem assim a destinação de recursos orçamentários e de bens públicos móveis e imóveis a elas,

¹² - Cf. ROBERT ALEXI, Theorie der Grundrechte, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1.986, pág. 366.

¹³ - Idem, pág. 370.



tudo com dispensa de licitação. Mais grave ainda a afrontosa agressão ao princípio da licitação quando se considere que é facultada ao Poder Executivo a "cessão especial de servidor para as organizações sociais, com ônus para a origem". Inconstitucionalidade chapada, como diria o Ministro Pertence, inconstitucionalidade que se manifesta também no preceito veiculado pelo inciso XXIV do artigo 24 da Lei n. 8.666/93 com a redação que lhe foi conferida pelo artigo 1º da Lei n. 9.648, de 27 de maio de 1998.

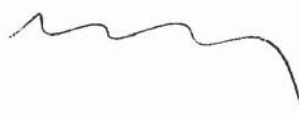
22. Mas não apenas esses preceitos --- o artigo 1º da Lei n. 9.648/98 e os artigos 11 a 15 da Lei n. 9.637/98 --- são inconstitucionais. Também o são o artigo 5º --- na medida em que coloca sob um indefinido e difuso regime de "parceria" o cumprimento de função [= dever-poder] do Estado --- e o artigo 20, que prevê a criação de um "Programa Nacional de Publicização --- PNP", cujo objetivo, bem ao contrário do que o nome (com sarcasmo?) pretenderia indicar, é a privatização de funções estatais. Dessas funções não se pode demitir o Estado sem agressão ao disposto nos artigos 1º, 3º, 215, 218 e 225 da Constituição do Brasil.

23. Os preceitos veiculados pelos artigos 1º a 4º, 7º a 11 e 16 a 19 tornam-se inócuos na medida em que venham a ser liminarmente suspensos os efeitos dos artigos cuja inconstitucionalidade parece incontestável. O artigo 6º estabelece que o contrato de gestão será "elaborado de comum acordo entre o órgão ou entidade supervisora e a organização social" --- incorporando ao direito a afirmação (pasmem!) de que o contrato, apesar de ser um "instrumento", é um acordo de vontades... E estabelece, em seqüência, que o contrato discriminará as atribuições, responsabilidades e obrigações das partes...



24. Quanto ao disposto nos artigos 21 a 23, tenho-os à primeira vista como dotados de efeitos concretos, o que inviabilizaria a sua apreciação em sede de controle concentrado de constitucionalidade. Examinarei essa matéria posteriormente, quando cuidarmos do mérito da presente ADI.

Assim, divergindo dos que me antecederam, com as vênias de estilo, concedo a liminar para suspender os efeitos do disposto no artigo 1º da Lei n. 9.648, de 27 de maio de 1998, e nos artigos 5º, 11 a 15 e 20 da Lei n. 9.637/98.



02/02/2007

TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
1.923-5 DISTRITO FEDERAL

EXPLICAÇÃO

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente) - Apenas rememoro aos Colegas que, com relação a alguns desses dispositivos, especificamente o artigo 1º, já se pronunciaram alguns dos Ministros aposentados. O Ministro Sepúlveda Pertence, na assentada anterior, 05/08/99, manifestou-se da seguinte forma:

“Sr. Presidente, acompanho o eminente Relator com relação à prestação dos serviços de saúde.

O art. 197 da Constituição, apontado como padrão da argüida inconstitucionalidade, ao contrário, dispõe:

‘Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao poder público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.’

Consequentemente, não apenas não há, no dever estatal para com a saúde, obrigação de prestação estatal direta, mas, ao contrário, a expressa previsão de sua prestação mediante colaboração de particulares, embora sujeitos à legislação, à regulamentação, à fiscalização e aos controles estatais.”

Foi essa a manifestação do Ministro Sepúlveda Pertence naquela ocasião.

ADI 1.923-MC / DF

Alves: Ainda quanto à saúde, manifestou-se o Ministro Moreira

“Sr. Presidente, eu não preciso votar quanto ao restante desse artigo 1º. Já estou de acordo em que é constitucional.”

O Ministro Néri da Silveira, também com relação ao artigo 1º da Lei nº 9.637, disse o seguinte:

“Senhor Presidente. Coloco-me nos limites definidos pelo voto do Sr. Ministro Sepúlveda Pertence. Quer dizer, considero essas entidades no âmbito da saúde como entidades de cooperação com o Poder Público. Enquanto qualificadas como organizações sociais, elas poderão celebrar contratos de gestão e serviços relativos à saúde com o Poder Público.”

As manifestações dos Ministros Moreira Alves e Néri da Silveira não podem ser alteradas, mas o Ministro Sepúlveda Pertence poderá, eventualmente, retroceder.

Esses votos já lançados precisam ser considerados.



02/02/2007

TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.923-5
DISTRITO FEDERAL

V O T O

O Sr. Ministro **RICARDO LEWANDOWSKI** - Senhora Presidente, gostaria de dizer a Vossa Excelência e aos eminentes Pares que compartilho, em grande medida, das preocupações exaradas pelo eminente Ministro Eros Grau.

Em tese, entendo, também, que esta Lei incorpora alguns mecanismos que se prestam a escamotear, a fugir do regime de Direito Público que rege a prestação de serviços públicos por parte do Estado.

Entretanto, estamos em sede de cautelar, e trata-se de uma lei editada em 1998, que está em pleno vigor desde maio daquele ano. Várias entidades e organizações sociais já foram criadas e já estão prestando serviços. Imagino que o *periculum in mora* para a concessão da cautelar, em um certo sentido, inverte-se e milita em favor desses entes já constituídas.

Contudo, Senhora Presidente, penso que, talvez, pudéssemos conceder a cautelar - e eu votaria nesse sentido - para

considerar inconstitucional o artigo 24, inciso XXIV, da Lei 8.666, Lei de Licitações - alterada nesse ponto pela Lei 9.648 -, cujo texto, que favorece essas entidades, é o seguinte:

"Art. 24 - (...)

XXIV - para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão."

Então, dispensa-se a licitação.

Pelo meu voto, Senhora Presidente, a partir de agora, eu consideraria inconstitucional esse dispositivo, e essas entidades, em que pese o fato de continuarem provisoriamente prestando serviços até o julgamento do mérito desta Ação Direta de Inconstitucionalidade, estariam obrigadas a licitar, daqui para frente, quando fossem prestar serviços para a Administração Pública.

Defiro em parte essa cautelar apenas para suspender o artigo 24, inciso XXIV, da Lei 8.666, alterado pela Lei 9.648.

É como voto por ora.

02/02/2007

TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.923-5 DISTRITO FEDERAL

À revisão de apartes dos Senhores Ministros RICARDO LEWANDOWSKI, SEPÚLVEDA PERTENCE e JOAQUIM BARBOSA.

E X P L I C A Ç Ã O

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Fico sempre impressionado com uma expressão usada pelo eminente Ministro Marco Aurélio que diz o seguinte: não podemos pressupor o teratológico. Imagino que existem organizações sociais instituídas legalmente, que funcionem e prestem serviços regularmente, e que devem estar prestando serviços há muitos anos.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Se o Ministério Público está fiscalizando, isso é auspicioso, realmente, porque há, então, controle, fiscalização.

Temo que, a essa altura - transcorridos quase nove anos da existência da Lei -, se a declararmos inconstitucional, tais entidades deixarão de prestar serviço.

A solução que eu estaria propondo, no sentido de declararmos inconstitucional o artigo que dispensa a licitação,

mitigaria, e muito, os malefícios dessas organizações, porque exigir-se-á, então, licitação pública, confronto de valores com outras entidades etc. Seria uma solução, talvez, provisória.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - A dispensa da licitação é para contratar com a Administração, não para adquirir, para contratar serviços ou compras próprias.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Mas a licitação inclui serviços, obras.

Eu lembraria que a cautelar, por si só, já tem um efeito **ex nunc**, então, os contratos atualmente existentes não seriam atingidos.

02/02/2007

TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.923-5
DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Senhora Presidente, está em votação toda a liminar?

Não voto com relação ao art. 1º.

A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE (PRESIDENTE) - Vossa Excelência não vota em relação ao art. 1º?

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Em relação ao art. 1º meu antecessor já votou, mas acompanho o voto do Ministro Eros Grau em relação ao restante, com as achegas do Ministro Ricardo Lewandowski em relação ao artigo 24 da Lei nº 8.666.

Acompanho a divergência inaugurada pelo Ministro Eros Grau.

PLENÁRIO**EXTRATO DE ATA****MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.923-5**

PROCED.: DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. ILMAR GALVÃO

REQTE.: PARTIDO DOS TRABALHADORES - PT

ADVDS.: ALBERTO MOREIRA RODRIGUES E OUTROS

REQTE.: PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT

ADVDS.: RONALDO JORGE ARAÚJO VIEIRA JÚNIOR E OUTROS

REQDO.: PRESIDENTE DA REPÚBLICA

REQDO.: CONGRESSO NACIONAL

Decisão : Após o Relatório, o julgamento foi **adiado** por indicação do Senhor Ministro Ilmar Galvão (Relator). Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Carlos Velloso (Presidente). Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Marco Aurélio (Vice-Presidente). Plenário, 24.6.99.

Decisão : Prosseguindo no julgamento, e após o voto do Senhor Ministro Ilmar Galvão (Relator), **indeferindo** o pedido de medida liminar, o julgamento foi **suspenso** em virtude do pedido de **vista** formulado pelo Senhor Ministro Nelson Jobim. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello. Plenário, 05.8.99.

Decisão: Renovado o pedido de vista do Senhor Ministro Nelson Jobim, justificadamente, nos termos do § 1º do artigo 1º da Resolução nº 278, de 15 de dezembro de 2003. Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 28.04.2004.

Decisão: Após o voto do Presidente, Ministro Nelson Jobim, que indeferia o pedido de liminar, acompanhando o Relator, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Eros Grau. Não participa da votação o Senhor Ministro Carlos Britto, por suceder ao Senhor Ministro Ilmar Galvão, Relator. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello e, neste julgamento, a Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 29.03.2006.

Decisão: Após o voto-vista do Senhor Ministro Eros Grau, deferindo a cautelar para suspender a eficácia do artigo 1º da Lei nº 9.648/98 e dos artigos 5º, 11 a 15 e 20 da Lei nº 9.637/98, no que foi acompanhado pelo Senhor Ministro Joaquim Barbosa, e do voto do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, que deferia a cautelar

Supremo Tribunal Federal

somente em relação ao artigo 1º da Lei nº 9.648/98, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Gilmar Mendes. O Tribunal deliberou retificar proclamação de assentada anterior para constar o voto do Senhor Ministro Moreira Alves que, em relação artigo 1º da Lei 9.637/98, acompanhou integralmente o Relator, e os votos dos Senhores Ministros Sepúlveda Pertence e Néri da Silveira, que, quanto ao mesmo artigo, acompanhavam o Relator em relação à prestação dos serviços de saúde. Não participam da votação, em relação ao artigo 1º da Lei 9.637/98, os Ministros Joaquim Barbosa e Gilmar Mendes, por sucederam aos Ministros Moreira Alves e Néri da Silveira. Não votam a Ministra Cármen Lúcia e o Ministro Carlos Britto, por sucederem aos Ministros Nelson Jobim e Ilmar Galvão. Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 02.02.2007.

Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia.

Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza.

Luiz Tomimatsu
Secretário

01/08/2007

TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.923-5 DISTRITO FEDERALVOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: A presente ação direta de inconstitucionalidade foi proposta pelo Partido dos Trabalhadores - PT e pelo Partido Democrático Trabalhista - PDT, contra a Lei n° 9.637, de 15 de maio de 1998, e também contra o inciso XXIV do art. 24 da Lei n° 8.666, de 21 de junho de 1993, com a redação conferida pela Lei n° 9.648, de 27 de maio de 1998.

A Lei n° 9.637/1998 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.

O art. 24, inciso XXIV, da Lei n° 8.666/93 trata da dispensa de licitação para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais qualificadas, no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão.

O Relator, Ministro Ilmar Galvão, votou pelo indeferimento da medida cautelar, no que foi acompanhado pelo Ministro Nelson Jobim, em voto-vista. Também votaram pelo indeferimento da liminar os Ministros Moreira Alves, Néri da Silveira e Sepúlveda Pertence, ainda que apenas em relação ao art. 1° da lei, quanto à possibilidade de o Estado firmar contratos de gestão com as denominadas organizações sociais para prestação de serviços públicos na área de saúde.

O Ministro Eros Grau abriu a divergência. Em voto-vista proferido em 2 de fevereiro deste ano (2007), Eros Grau entendeu que a lei impugnada padece de "inconstitucionalidade chapada", acentuando a violação à regra da licitação e ao princípio da igualdade. Está consignado, em seu voto, o seguinte:

"Os quatro primeiros artigos prestam-se a identificar as 'organizações sociais', pessoas jurídicas de direito privado que celebrarão contratos de gestão com o 'Poder Público'. A definição de contrato de gestão como 'instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social' causa espanto. Pois a de número 9.637 é uma lei que sem sombra de dúvida muito inova a ciência do direito: seu artigo 5º define como contrato não o vínculo, mas seu instrumento... Seja como for, a celebração desse contrato de gestão com o Poder Público habilitará a organização ao desfrute de certas vantagens. Mais do que vantagens, favores desmedidos, visto que essa contratação não é antecedida de licitação. Uma das inovações ao ordenamento jurídico aportada pela lei está em que às organizações sociais poderão ser destinados recursos orçamentários e bens públicos móveis e imóveis com dispensa de licitação (art. 12 e parágrafos). Para recebê-los, a organização social, como observa Celso Antônio Bandeira de Mello, 'não necessita demonstrar habilitação técnica ou econômico-financeira de qualquer espécie. Basta a concordância do Ministro da área (ou mesmo do titular do órgão que a supervisione)...'. Mas não é só. É facultada ainda ao Poder Executivo a 'cessão especial de servidor para as organizações sociais, com ônus para a origem' (arts. 13 a 15). Uma coisa nunca vista."

Prossegue o Ministro Eros Grau em seu voto:

"Dir-se-á, pois, que uma discriminação será arbitrária quando 'não seja possível encontrar, para a diferenciação legal, alguma razão adequada que surja da natureza das coisas ou que, de alguma forma, seja concretamente compreensível'.

Pois exatamente isso se dá na hipótese da Lei n. 9.637/98: não há razão nenhuma a justificar a celebração de contrato de gestão com as organizações sociais, bem assim a destinação de recursos orçamentários e de bens públicos móveis e imóveis a elas, tudo com dispensa de licitação. Mais grave ainda a afrontosa agressão ao princípio da

licitação quando se considere que é facultada ao Poder Executivo a 'cessão especial de servidor para as organizações sociais, com ônus para a origem'. Inconstitucionalidade chapada, como diria o Ministro Pertence, inconstitucionalidade que se manifesta também no preceito veiculado pelo inciso XXIV do artigo 24 da Lei n. 8.666/93 com a redação que lhe foi conferida pelo artigo 1º da Lei n. 9.648, de 27 de maio de 1998.

Mas não apenas esses preceitos - o artigo 1º da Lei n. 9.648/98 e os artigos 11 a 15 da Lei n. 9.637/98 - são inconstitucionais. Também o são o artigo 5º - na medida em que coloca sob um indefinido e difuso regime de 'parceria' o cumprimento de função (= dever-poder) do Estado - e o artigo 20, que prevê a criação de um 'Programa Nacional de Publicização -PNP', cujo objetivo, bem ao contrário do que o nome (com sarcasmo?) pretenderia indicar, é a privatização de funções estatais. Dessas funções não se pode demitir o Estado sem agressão ao disposto nos artigos 1º, 3º, 215, 218 e 225 da Constituição do Brasil."

Eros Grau então concluiu pela concessão da liminar para suspender a vigência do art. 1º da Lei nº 9.648/98, e dos arts. 5º, 11 a 15 e 20 da Lei nº 9.637/98.

O Ministro Joaquim Barbosa acompanhou o voto de Eros Grau, com exceção dos fundamentos atinentes ao art. 1º da lei, objeto de voto de seu antecessor, o Ministro Moreira Alves.

O Ministro Ricardo Lewandowski votou no sentido de se deferir a medida cautelar apenas em relação ao art. 1º da Lei nº 9.648/98.

Pedi vista dos autos para analisar melhor o tema que, neste momento, circunscreve-se à medida cautelar. Ressalto que tal análise não abrange o art. 1º da Lei nº 9.637/98, objeto de voto proferido por meu antecessor, o Ministro Néri da Silveira.

Passo a essa análise, mas não posso deixar de lembrar, antes disso, que o julgamento desta medida cautelar iniciou-se em 24

de junho de 1999. Estamos, portanto, há exatos 8 anos imersos nesse juízo que, há muito, deixou de ser meramente cautelar. A densidade dos votos aqui proferidos o comprova.

As normas questionadas datam do ano de 1998, estando em vigor, portanto, há quase 10 anos. Estamos, como se vê, diante de um típico caso de *periculum in mora* inverso.

Ademais, não consigo vislumbrar a presença das inconstitucionalidades apontadas pelo requerente, pois tenho em mente as razões que demonstrarei a seguir.

I - As Organizações Sociais no contexto da Reforma do Estado no Brasil

As Organizações Sociais inserem-se num contexto de Reforma do Estado brasileiro, iniciada na década de noventa e que ainda está sendo implementada.

A Declaração de Madrid, aprovada em 14 de outubro de 1998 pelo Conselho Diretor do Centro Latino Americano de Administração para o Desenvolvimento - CLAD, composto pelas máximas autoridades governamentais responsáveis pela modernização da Administração Pública e da Reforma do Estado em 25 países membros, descreve o contexto em que se insere a Reforma do Estado brasileiro, ou seja, a Reforma Gerencial dos Estados latino-americanos.

A Reforma do Estado, segundo essa declaração, tornou-se o tema central da agenda política mundial. Não se trata de uma resposta neoliberal à crise do Estado intervencionista; ou seja, a reforma não visa à redução drástica do tamanho do Estado e não prima pela predominância do mercado. Ao contrário, ela parte da constatação de que a solução para a crise do Estado não estaria no desmantelamento do aparelho estatal, mas em sua reconstrução. A

Reforma Gerencial do Estado pressupõe uma modificação estrutural do aparelho estatal, não podendo ser confundida com mera implementação de novas formas de gestão. Como consta da declaração, "trata-se de construir um Estado para enfrentar os novos desafios da sociedade pós-industrial, um Estado para o século XXI, que, além de garantir o cumprimento dos contratos econômicos, deve ser forte o suficiente para assegurar os direitos sociais e a competitividade de cada país no cenário internacional. Busca-se, desse modo, uma terceira via entre o *laissez faire* neoliberal e o antigo modelo social-burocrático de intervenção estatal".

A Reforma Gerencial do Estado não faz parte apenas da pauta político-administrativa brasileira, mas tem sido implementada em diversos países, principalmente no contexto latino-americano, com vistas a tornar a gestão pública mais ágil e flexível frente aos novos desafios de nossa sociedade complexa. Conforme a declaração de Madrid, "o modelo gerencial - de Reforma do Estado - tem como inspiração as transformações organizacionais ocorridas no setor privado, as quais têm alterado a forma burocrática-piramidal de administração, flexibilizando a gestão, diminuindo os níveis hierárquicos e, por conseguinte, aumentando a autonomia de decisão dos gerentes - daí o nome gerencial. Com estas mudanças, saiu-se de uma estrutura baseada em normas centralizadas para outra ancorada na responsabilização dos administradores, avaliados pelos resultados efetivamente produzidos. Este novo modelo busca responder mais rapidamente às grandes mudanças ambientais que acontecem na economia e na sociedade contemporâneas. (...) Em suma - afirma a declaração - 'o governo não pode ser uma empresa, mas pode se tornar mais empresarial', isto é, pode ser mais ágil e flexível frente às gigantescas mudanças ambientais que atingem a todas as organizações."

No Brasil, a redefinição do papel do Estado e sua reconstrução têm importância decisiva em razão de sua incapacidade para absorver e administrar com eficiência todo o imenso peso das demandas que lhe são dirigidas, sobretudo na área social. O esgotamento do modelo estatal intervencionista, a patente ineficácia e ineficiência de uma administração pública burocrática baseada em um vetusto modelo weberiano, assim como a crise fiscal, todos observados em grande escala na segunda metade da década de oitenta, tornaram imperiosa a reconstrução do Estado brasileiro nos moldes já referidos de um Estado gerencial, capaz de resgatar sua autonomia financeira e sua capacidade de implementar políticas públicas¹.

Trata-se, portanto, de uma redefinição do papel do Estado, que deixa de ser agente interventor e produtor direto de bens e serviços para se concentrar na função de promotor e regulador do desenvolvimento econômico e social.

Assim, a Reforma do Estado brasileiro envolveu, num primeiro momento ou numa primeira geração de reformas, alguns programas e metas, voltadas primordialmente para o mercado, tais como a abertura comercial, o ajuste fiscal, a estabilização econômica, a reforma da previdência social e a privatização de empresas estatais, criação de agências reguladoras, quase todas já implementadas, ainda que parcialmente, na década de noventa.

Uma vez eliminado o perigo hiperinflacionário e efetivada a estabilização da economia, o desafio atual está na formulação e efetivação de políticas públicas voltadas para o social, primordialmente nas áreas de saúde, moradia e educação. Constatada, no entanto, a incapacidade do aparato estatal para dar conta de

¹ Cfr.: Presidência da República. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Brasília, novembro de 1995.

todas as demandas sociais, o foco passou a ser a Reforma do Aparelho do Estado².

O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado³ - elaborado pelo Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado, do Governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso (1995)- contém os programas e metas para uma reforma destinada à transição de "um tipo de administração pública burocrática, rígida e ineficiente, voltada para si própria e para o controle interno, para uma administração pública gerencial, flexível e eficiente, voltada para o atendimento do cidadão".

Dentre esses programas e metas, assume especial importância o programa de *publicização*, que constitui a "descentralização para o setor público não-estatal da execução de serviços que não envolvem o exercício do poder de Estado, mas devem ser subsidiados pelo Estado, como é o caso dos serviços de educação, saúde, cultura e pesquisa científica". Assim consta do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado:

"A reforma do Estado envolve múltiplos aspectos. O ajuste fiscal devolve ao Estado a capacidade de definir e implementar políticas públicas. Através da liberalização comercial, o Estado abandona a estratégia protecionista da substituição de importações. O programa de privatizações reflete a conscientização da gravidade da crise fiscal e da correlata limitação da capacidade do Estado de promover poupança forçada através das empresas estatais. Através desse programa transfere-se para o setor privado a tarefa

² É preciso distinguir a reforma do Estado da reforma do aparelho do Estado. A reforma do Estado é um projeto mais amplo que diz respeito às várias áreas do governo e, ainda, ao conjunto da sociedade brasileira, enquanto que a reforma do aparelho do Estado tem um escopo mais restrito: está orientada para tornar a administração pública mais eficiente e mais voltada para a cidadania. Cfr.: Presidência da República. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Brasília, novembro de 1995.

³ Presidência da República. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Brasília, novembro de 1995.

da produção que, em princípio, este realiza de forma mais eficiente. Finalmente, através de um programa de publicização, transfere-se para o setor público não-estatal a produção dos serviços competitivos ou não-exclusivos de Estado, estabelecendo-se um sistema de parceria entre Estado e sociedade para seu financiamento e controle. Deste modo o Estado reduz seu papel de executor ou prestador direto de serviços, mantendo-se entretanto no papel de regulador e provedor ou promotor destes, principalmente dos serviços sociais como educação e saúde, que são essenciais para o desenvolvimento, na medida em que envolvem investimento em capital humano; para a democracia, na medida em que promovem cidadãos; e para uma distribuição de renda mais justa, que o mercado é incapaz de garantir, dada a oferta muito superior à demanda de mão de obra não-especializada. Como promotor desses serviços o Estado continuará a subsidiá-los, buscando, ao mesmo tempo, o controle social direto e a participação da sociedade."

O programa de publicização, portanto, permite ao Estado compartilhar com a comunidade, as empresas e o Terceiro Setor a responsabilidade pela prestação de serviços públicos como os de saúde e educação. Trata-se, em outros termos, de uma parceria entre Estado e sociedade na consecução de objetivos de interesse público, com maior agilidade, eficiência.

As Organizações Sociais correspondem à implementação do Programa Nacional de Publicização-PNP e, dessa forma, constituem estratégia central da Reforma do Estado brasileiro.

II - As Organizações Sociais no contexto do Programa Nacional de Publicização-PNP da Reforma do Aparelho do Estado: a transferência ao setor público não-estatal da prestação de serviços não-exclusivos do Estado

O Projeto das Organizações Sociais, no âmbito do Programa Nacional de Publicização-PNP, foi traçado inicialmente pelo Plano

Diretor da Reforma do Aparelho do Estado⁴, que previu a elaboração de um de projeto de lei que permitisse "a 'publicização' dos serviços não-exclusivos do Estado, ou seja, sua transferência do setor estatal para o público não-estatal".

Assim, segundo o Plano Diretor, "o Projeto das Organizações Sociais tem como objetivo permitir a descentralização de atividades no setor de prestação de serviços não-exclusivos, nos quais não existe o exercício do Poder de Estado, a partir do pressuposto que esses serviços serão mais eficientemente realizados se, mantendo o financiamento do Estado, forem realizados pelo setor público não-estatal".

Os contornos jurídicos das Organizações Sociais foram delimitados no referido Plano Diretor⁵, da seguinte forma:

"Entende-se por 'organizações sociais' as entidades de direito privado que, por iniciativa do Poder Executivo, obtêm autorização legislativa para celebrar contrato de gestão com esse poder, e assim ter direito à dotação orçamentária. As organizações sociais terão autonomia financeira e administrativa, respeitadas as condições descritas em lei específica como, por exemplo, a forma de composição de seus conselhos de administração, prevenindo-se, deste modo, a privatização ou a feudalização dessas entidades. Elas receberão recursos orçamentários, podendo obter outros ingressos através da prestação de serviços, doações, legados, financiamentos, etc. As entidades que obtenham a qualidade de organizações sociais gozarão de maior autonomia administrativa, e, em compensação, seus dirigentes terão maior responsabilidade pelo seu destino. Por outro lado, busca-se através das organizações sociais uma maior participação social, na medida em que elas são

⁴ Presidência da República. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Brasília, novembro de 1995, p. 60.

⁵ Presidência da República. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Brasília, novembro de 1995, p. 60.

objeto de um controle direto da sociedade através de seus conselhos de administração recrutado no nível da comunidade à qual a organização serve. Adicionalmente se busca uma maior parceria com a sociedade, que deverá financiar uma parte menor mas significativa dos custos dos serviços prestados. A transformação dos serviços não-exclusivos estatais em organizações sociais se dará de forma voluntária, a partir da iniciativa dos respectivos ministros, através de um Programa Nacional de Publicização. Terão prioridade os hospitais, as universidades e escolas técnicas, os centros de pesquisa, as bibliotecas e os museus. A operacionalização do programa será feita por um Conselho Nacional de Publicização, de caráter ministerial."

As Organizações Sociais, portanto, traduzem um modelo de parceria entre o Estado e a sociedade para a consecução de interesses públicos comuns, com ampla participação da comunidade. De produtor direto de bens e serviços públicos o Estado passa a constituir o fomentador das atividades publicizadas, exercendo, ainda, um controle estratégico de resultados dessas atividades. O contrato de gestão constitui o instrumento de fixação e controle de metas de desempenho que assegurem a qualidade e a efetividade dos serviços prestados à sociedade. Ademais, as Organizações Sociais podem assimilar características de gestão "cada vez mais próximas das praticadas no setor privado, o que deverá representar, entre outras vantagens: a contratação de pessoal nas condições de mercado; a adoção de normas próprias para compras e contratos; e ampla flexibilidade na execução do seu orçamento"⁶.

Decorrente do projeto traçado no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (1995), o Programa Nacional de Publicização-PNP foi então criado pela Lei n° 9.637/1998.

⁶ Cfr.: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Cadernos MARE. *Organizações Sociais*. 5ª Ed. Brasília, 1998, p. 13.

III - A Lei das Organizações Sociais (Lei n° 9.637/1998)

A Lei n° 9.637, de 15 de maio de 1998, questionada na presente ação direta, cria o Programa Nacional de Publicização e prescreve as normas para a qualificação de entidades como organizações sociais.

Em seu primeiro artigo, a referida lei dispõe que 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".

A implementação de uma organização social pressupõe duas ações complementares: a) a publicização de atividades executadas por entidades estatais, as quais serão extintas; e b) a absorção dessas atividades por entidades privadas, que serão qualificadas como organização social (OS), por meio de contrato de gestão⁷.

III.1 - O processo de publicização

A Lei n° 9.637/98, em seu art. 20, dispõe sobre a criação do Programa Nacional de Publicização - PNP, com o objetivo de estabelecer diretrizes e critérios para a qualificação de organizações sociais, a fim de assegurar a absorção de atividades desenvolvidas por entidades ou órgãos públicos da União, que atuem nas atividades referidas em seu art. 1º, por organizações sociais, qualificadas na forma desta Lei, observadas as seguintes diretrizes: I - ênfase no atendimento do cidadão-cliente; II - ênfase nos

⁷ Cfr.: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Cadernos MARE. *Organizações Sociais*. 5ª Ed. Brasília, 1998, p. 17.

resultados qualitativos e quantitativos nos prazos pactuados; III - controle social das ações de forma transparente.

Assim, a publicização se refere às atividades (não-exclusivas de Estado) e não às entidades. No processo de publicização, determinadas entidades estatais são extintas e suas atividades são publicizadas, ou seja, são absorvidas por entidades privadas qualificadas como OS, de acordo com os critérios especificados na lei e mediante contrato de gestão⁸.

A própria Lei n° 9.637/98 tratou de extinguir entidades estatais, autorizando o Poder Executivo a qualificar como organizações sociais as pessoas jurídicas de direito privado indicadas em seu Anexo I, permitindo, ainda, a absorção das atividades desempenhadas pelas entidades extintas por essas novas entidades qualificadas como OS:

"Art. 21. São extintos o Laboratório Nacional de Luz Síncrotron, integrante da estrutura do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - CNPq, e a Fundação Roquette Pinto, entidade vinculada à Presidência da República.

§ 1º Competirá ao Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado supervisionar o processo de inventário do Laboratório Nacional de Luz Síncrotron, a cargo do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - CNPq, cabendo-lhe realizá-lo para a Fundação Roquette Pinto.

§ 2º No curso do processo de inventário da Fundação Roquette Pinto e até a assinatura do contrato de gestão, a continuidade das atividades sociais ficará sob a supervisão da Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República."

§ 3º É o Poder Executivo autorizado a qualificar como organizações sociais, nos termos desta Lei, as pessoas

⁸ Cfr.: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Cadernos MARE. *Organizações Sociais*. 5ª Ed. Brasília, 1998, p. 17.

jurídicas de direito privado indicadas no Anexo I, bem assim a permitir a absorção de atividades desempenhadas pelas entidades extintas por este artigo.

§ 4º Os processos judiciais em que a Fundação Roquette Pinto seja parte, ativa ou passivamente, serão transferidos para a União, na qualidade de sucessora, sendo representada pela Advocacia-Geral da União."

ANEXO I

(Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998)

ÓRGÃO E ENTIDADE EXTINTOS	ENTIDADE AUTORIZADA A SER QUALIFICADA	REGISTRO CARTORIAL
Laboratório Nacional de Luz Síncrotron	Associação Brasileira de Tecnologia de Luz Síncrotron - ABTLus	Primeiro Ofício de Registro de Títulos e Documentos da Cidade de Campinas - SP, nº de ordem 169367, averbado na inscrição nº 10.814, Livro A-36, Fls 01.
Fundação Roquette Pinto	Associação de Comunicação Educativa Roquette Pinto - ACERP	Registro Civil das Pessoas Jurídicas, Av. Pres. Roosevelt, 126, Rio de Janeiro - RJ, apontado sob o nº de ordem 624205 do protocolo do Livro A nº 54, registrado sob o nº de ordem 161374 do Livro A nº 39 do Registro Civil das Pessoas Jurídicas.

A Lei nº 9.637/98 estabelece, ainda, que as extinções e a absorção de atividades e serviços por organizações sociais devem observar os seguintes preceitos (art. 22):

I - os servidores integrantes dos quadros permanentes dos órgãos e das entidades extintos terão garantidos todos os direitos e vantagens decorrentes do respectivo cargo ou emprego e integrarão quadro em extinção nos órgãos ou nas entidades indicados no Anexo II, sendo facultada aos órgãos e entidades supervisoras, ao seu critério

exclusivo, a cessão de servidor, irrecusável para este, com ônus para a origem, à organização social que vier a absorver as correspondentes atividades, observados os §§ 1º e 2º do art. 14;

II - a desativação das unidades extintas será realizada mediante inventário de seus bens imóveis e de seu acervo físico, documental e material, bem como dos contratos e convênios, com a adoção de providências dirigidas à manutenção e ao prosseguimento das atividades sociais a cargo dessas unidades, nos termos da legislação aplicável em cada caso;

III - os recursos e as receitas orçamentárias de qualquer natureza, destinados às unidades extintas, serão utilizados no processo de inventário e para a manutenção e o financiamento das atividades sociais até a assinatura do contrato de gestão;

IV - quando necessário, parcela dos recursos orçamentários poderá ser reprogramada, mediante crédito especial a ser enviado ao Congresso Nacional, para o órgão ou entidade supervisora dos contratos de gestão, para o fomento das atividades sociais, assegurada a liberação periódica do respectivo desembolso financeiro para a organização social;

V - encerrados os processos de inventário, os cargos efetivos vagos e os em comissão serão considerados extintos;

VI - a organização social que tiver absorvido as atribuições das unidades extintas poderá adotar os símbolos designativos destes, seguidos da identificação "OS".

Cabe ao Poder Executivo qualificar pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações Sociais, para o exercício de atividades dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde. O art. 2º da Lei nº 9.637/98 estabelece os requisitos específicos para que as entidades privadas habilitem-se à qualificação como organização social:

"I - comprovar o registro de seu ato constitutivo, dispondo sobre:

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

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.”

Segundo a lei, as entidades qualificadas como organizações sociais são declaradas como entidades de interesse social e utilidade pública, para todos os efeitos legais (art. 11).

De acordo com o art. 22, § 1º, a absorção, pelas organizações sociais, das atividades das entidades extintas, efetivar-se-á mediante celebração de contrato de gestão.

III.2 - O contrato de gestão

No conceito estabelecido pela Lei n° 9.637/98 (art. 5º), o contrato de gestão é o instrumento firmado entre o Poder Público (por intermédio de seus Ministérios) e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades publicizadas.

O contrato de gestão, dessa forma, discriminará as atribuições, responsabilidades e obrigações do Poder Público e da organização social (art. 6º).

A principal função do contrato de gestão é a fixação de metas, assim como a definição dos mecanismos de avaliação de desempenho e controle de resultados das atividades da organização social. Assim, deverá o contrato de gestão conter: I - especificação do programa de trabalho proposto pela organização social, a estipulação das metas a serem atingidas e os respectivos prazos de execução, bem como previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de qualidade e produtividade; II - a estipulação dos limites e critérios para despesa com remuneração e vantagens de qualquer natureza a serem percebidas pelos dirigentes e empregados das organizações sociais, no exercício de suas funções (art. 7º).

Assim, dispõe a lei que a organização social apresentará ao órgão ou entidade do Poder Público supervisora signatária do contrato, ao término de cada exercício ou a qualquer momento, conforme recomende o interesse público, relatório pertinente à execução do contrato de gestão, contendo comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados, acompanhado da prestação de contas correspondente ao exercício financeiro (art. 8º, § 1º). Os resultados atingidos com a execução do contrato de gestão devem ser analisados, periodicamente, por comissão de avaliação, indicada pela autoridade supervisora da área correspondente, composta por especialistas de notória capacidade e adequada qualificação (art. 8º, § 2º).

Dispõe a lei, ainda, que às organizações sociais poderão ser destinados recursos orçamentários e bens públicos necessários ao cumprimento do contrato de gestão.

Quanto aos mecanismos de controle sobre a utilização desses recursos e bens públicos pela organização social, a lei prescreve o seguinte:

"Art. 9º Os responsáveis pela fiscalização da execução do contrato de gestão, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou bens de origem pública por organização social, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.

Art. 10. Sem prejuízo da medida a que se refere o artigo anterior, quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público, havendo indícios fundados de malversação de bens ou recursos de origem pública, os responsáveis pela fiscalização representarão ao Ministério Público, à Advocacia-Geral da União ou à Procuradoria da entidade para que requeira ao juízo competente a decretação da indisponibilidade dos bens da entidade e o seqüestro dos bens dos seus dirigentes, bem como de agente público ou terceiro, que possam ter enriquecido ilícitamente ou causado dano ao patrimônio público.

§ 1º O pedido de seqüestro será processado de acordo com o disposto nos arts. 822 e 825 do Código de Processo Civil.

§ 2º Quando for o caso, o pedido incluirá a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações mantidas pelo demandado no País e no exterior, nos termos da lei e dos tratados internacionais.

§ 3º Até o término da ação, o Poder Público permanecerá como depositário e gestor dos bens e valores seqüestrados ou indisponíveis e velará pela continuidade das atividades sociais da entidade."

Como se vê, a lei, ao contrário do que afirmam os requerentes, submete as Organizações Sociais a amplos mecanismos de controle interno e externo, este exercido pelo Tribunal de Contas. Ademais, não subtrai, como alegam os requerentes, qualquer função constitucional atribuída ao Ministério Público; ao contrário, a redação do art. 10 é clara ao prever que, havendo indícios fundados de malversação de bens ou recursos de origem pública, os responsáveis pela fiscalização deverão representar ao Ministério Público, à Advocacia-Geral da União ou à Procuradoria da entidade para que requeiram ao juízo competente a decretação da indisponibilidade dos bens da entidade e o seqüestro dos bens dos seus dirigentes, bem como de agente público ou terceiro, que possam ter enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público.

Não se pode descartar, outrossim, na hipótese de enriquecimento ilícito ou outros atos que impliquem danos ao erário e violação a princípios da administração pública, a responsabilização político-administrativa dos executores do contrato de gestão, com base na Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92).

A lei também prevê que o Poder Executivo poderá proceder à desqualificação da entidade como organização social, quando constatado o descumprimento das disposições contidas no contrato de

gestão (art. 16). A desqualificação importará reversão dos bens permitidos e dos valores entregues à utilização da organização social, sem prejuízo de outras sanções cabíveis (art. 16, § 2º).

Ademais, deve-se enfatizar que o contrato de gestão constitui um instrumento de fixação e controle de metas de desempenho na prestação dos serviços. E, assim sendo, baseia-se em regras mais flexíveis quanto aos atos e processos, dando ênfase ao controle dos resultados. Por isso, compras e alienações submetem-se a outros procedimentos que não os de licitação com base na Lei nº 8.666/93, voltada para as entidades de direito público. Lembre-se, nesse ponto, que a própria Constituição autoriza a lei a criar exceções à regra da licitação (art. 37, inciso XXI). Nesse sentido, por exemplo, a Petrobrás, por ser empresa pública que realiza atividade econômica de risco, num âmbito de competição com outras empresas privadas do setor, não se submete à Lei nº 8.666/93, mas a um Regulamento de Procedimento Licitatório Simplificado aprovado pelo Decreto nº 2.745/98, do Presidente da República, o qual possui lastro legal no art. 67 da Lei nº 9.478/97.

Não vislumbro, portanto, qualquer das inconstitucionalidades apontadas pelos requerentes.

IV. A implementação do modelo de Organizações Sociais pelos Estados-membros

Desde o advento da Lei nº 9.637/98, que estabelece o modelo de Organizações Sociais a ser adotado no plano federal, diversos Estados da Federação implementaram seus próprios sistemas de gestão pública por meio de organizações sociais.

No Estado de São Paulo, por exemplo, foi editado o Decreto n° 43.493, de 29 de setembro de 1998, que dispõe sobre a qualificação das organizações sociais da área da cultura. É sabido que, hoje, o Museu da Pinacoteca de São Paulo funciona segundo o sistema das Organizações Sociais, mediante contrato de gestão firmado com a Secretaria de Estado da Cultura. Há notícia também de que, atualmente, seguem esse modelo o Memorial da Imigração, o Conservatório Musical de Tatuí, o MIS, o Museu de Arte Sacra, o Museu da Casa Brasileira e o Paço das Artes.

Também no Estado de São Paulo, a Lei Complementar n° 846, de 1998, regulamentou a parceria do Estado com entidades filantrópicas, qualificadas como Organizações Sociais, para prestação de serviços na área de saúde, mediante contrato de gestão firmado com a Secretaria de Estado da Saúde. Até o ano de 2005, já existiam 16 (dezesesseis) serviços de saúde sob contrato de gestão, abrangendo atividades de internação, de atendimento ambulatorial, de atendimento de urgência e emergência, e a realização de atividades de apoio diagnóstico e terapêutico para pacientes externos aos hospitais. Entre o ano de 1999 e 2003, o número de internações cresceu significativamente, de 29.167 para 166.399 (número de saídas); assim também o volume de atividade ambulatorial, de 225.291, para 1.110.547 (número de consultas); e de atividade de urgência/emergência, de 1.001.773 para 1.459.793 (número de pessoas atendidas)⁹; o que comprova o sucesso desse novo sistema de gestão.

Em Goiás, a Lei n° 15.503, de 28 de dezembro de 2005, dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais.

⁹ Cfr.: GOMES, Márcio Cidade. Organizações Sociais: a experiência da Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo. In Levy & Drago (orgs.), *Gestão Pública no Brasil Contemporâneo*. São Paulo: FUNDAP, pp.164-84.

Em Minas Gerais, tem-se conhecimento do programa "Choque de Gestão Pública", implementado pelo atual governo, o qual possui como uma de suas principais metas a publicização de atividades e serviços não-exclusivos do Estado, que ficarão a cargo de entidades privadas qualificadas como Organizações Sociais.

Em Santa Catarina, a Lei n° 12.929, de 4 de fevereiro de 2004, instituiu o Programa Estadual de Incentivo às Organizações Sociais, regulamentado pelo Decreto n° 3.294, de 15 de julho de 2005.

Na Bahia, instituiu-se o Programa Estadual de Organizações Sociais, por meio da Lei n° 8.647, de 29 de julho de 2003, regulamentada pelo Decreto n° 8.890, de 21 de janeiro de 2004.

Cito também as Leis de Sergipe (Lei n° 5.217/2003), Pernambuco (Lei n° 11.743/2000), Distrito Federal (Lei n° 2.415/1999), Espírito Santo (Lei Complementar n° 158/1999).

V. A experiência da Associação das Pioneiras Sociais (APS) - A Rede Sarah de Hospitais do Aparelho Locomotor

Além da vasta legislação estadual atualmente existente sobre o tema das Organizações Sociais, o que comprova a larga aceitação e o sucesso desse novo modelo de gestão de serviços públicos, talvez um dos argumentos mais contundentes para afastar a alegada necessidade de concessão de medida cautelar nesta ação esteja na exemplar experiência da Associação das Pioneiras Sociais (APS), instituição gestora da Rede Sarah de Hospitais do Aparelho Locomotor.

Como todos sabem, a Rede Sarah de Hospitais localizados nas cidades de Brasília, Salvador, São Luís e Belo Horizonte tem prestado serviços à população, na área de saúde do aparelho

locomotor, de incomensurável valia. É de conhecimento geral que, hoje, a Rede Sarah de Hospitais constitui um exemplo, e uma referência nacional e internacional, de administração moderna e eficiente de serviços públicos na área de saúde, prestados à população de forma democrática e transparente.

A Associação das Pioneiras Sociais (APS) foi instituída, como Serviço Social Autônomo, de interesse coletivo e de utilidade pública, pela Lei n° 8.246, de 1991, com o objetivo de prestar assistência médica qualificada e gratuita a todos os níveis da população e de desenvolver atividades educacionais e de pesquisa no campo da saúde, em cooperação com o Poder Público (art. 1º).

Como ressalta Sabo Paes¹⁰, a referida lei teve expresso propósito de testar um modelo novo de organização da assistência médico-hospitalar. Para tanto, utilizou-se, como parâmetro e referência, a experiência da Fundação das Pioneiras Sociais, fundação de direito privado, instituída em 1960, sediada no Distrito Federal e mantida pelo Poder Público para o atendimento à saúde. A lei extinguiu a Fundação das Pioneiras Sociais, cujo patrimônio foi incorporado ao da União pelo Ministério da Saúde e logo posto à administração do então criado Serviço Social Autônomo Associação das Pioneiras Sociais.

O contrato de gestão foi assinado no final do ano de 1991 entre os Ministérios da Saúde, Fazenda e Administração Federal, de um lado, e a Associação das Pioneiras Sociais (APS), de outro. Desde então, como ressalta Sabo Paes¹¹, a APS tem perseguido com

¹⁰ PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações e Entidades de Interesse Social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários*. 3ª Ed. Brasília: Brasília Jurídica; 2001, p. 88.

¹¹ PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações e Entidades de Interesse Social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários*. 3ª Ed. Brasília: Brasília Jurídica; 2001, p. 91-92.

determinação a implantação de elevados padrões éticos de comportamento funcional e administrativo instituídos pela Lei n° 8.246/91, de acordo com as decisões do Tribunal de Contas da União. A APS tem conseguido implementar as metas operacionais explicitadas no contrato de gestão após todos esses anos de existência.

Assim, como afirma Sabo Paes, "o caráter autônomo da gestão desse serviço de saúde, que oferece a todas as camadas da população a assistência médica gratuita e de qualidade, fez da APS a primeira instituição pública não estatal brasileira atuando como uma rede de hospitais públicos que prestam serviços de ortopedia e de reabilitação por meio de quatro unidades hospitalares localizadas em Brasília, Salvador, São Luís e Belo Horizonte, e tem o seu programa de trabalho plurianual calcado nos seguintes objetivos gerais: 1) prestar serviço médico qualificado e público na área da medicina do aparelho locomotor; 2) formar recursos humanos e promover a produção de conhecimento científico; 3) gerar informações nas áreas de epidemiologia, gestão hospitalar, controle de qualidade e de custos dos serviços prestados; 4) exercer ação educacional e preventiva visando à redução das causas das patologias atendidas pela Rede; 5) construir e implantar novas unidades hospitalares, expandindo o modelo gerencial e os serviços da Rede para outras regiões do país; e desenvolver tecnologia nas áreas de construção hospitalar, de equipamentos hospitalares e de reabilitação"¹².

O modelo de contrato de gestão estabelecido pela lei impugnada - Lei n° 9.637/98 - baseou-se amplamente nesse sistema de gestão instituído pela Lei n° 8.246/91.

VI. Considerações finais

¹² PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações e Entidades de Interesse Social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários*. 3ª. Ed. Brasília: Brasília Jurídica; 2001, p. 92-93.

Enfim, o modelo de gestão pública por meio de Organizações Sociais, instituído pela Lei n° 9.637/98, tem sido implementado ao longo de todo o país e as experiências bem demonstram que a Reforma da Administração Pública no Brasil tem avançado numa perspectiva promissora. Após uma história de burocracias, de ênfases nos atos e nos processos - que, reconheça-se, ainda não foi totalmente superada -, a Administração Pública no Brasil adentrou o século XXI com vistas aos resultados, à eficiência e, acima de tudo, à satisfação do cidadão.

A Lei n° 9.637/98 instituiu um programa de publicização de atividades e serviços não exclusivos do Estado - como o ensino, a pesquisa científica, o desenvolvimento tecnológico, a proteção e preservação do meio ambiente, a cultura e a saúde -, transferindo-os para a gestão desburocratizada a cargo de entidades de caráter privado e, portanto, submetendo-os a um regime mais flexível, mais dinâmico, enfim, mais eficiente.

Esse novo modelo de administração gerencial realizado por entidades públicas, ainda que não-estatais, está voltado mais para o alcance de metas do que para a estrita observância de procedimentos. A busca da eficiência dos resultados, por meio da flexibilização de procedimentos, justifica a implementação de um regime todo especial, regido por regras que respondem a racionalidades próprias do direito público e do direito privado.

O fato é que o Direito Administrativo tem passado por câmbios substanciais e a mudança de paradigmas não tem sido compreendida por muitas pessoas. Hoje, não há mais como compreender esse ramo do direito desde a perspectiva de uma rígida dicotomia entre o público e o privado. O Estado tem se valido cada vez mais de

mecanismos de gestão inovadores, muitas vezes baseados em princípios próprios do direito privado.

Nesse sentido, extraio das lições de Günther Teubner as premissas para se analisar o direito a partir de novos enfoques superadores da velha dicotomia público/privado:

"Não gostaria de sugerir apenas a rejeição da separação entre setor público e privado como uma simplificação grosseira demais da atual estrutura social, mas também proporia o abandono de todas as idéias de uma fusão de aspectos públicos e privados. Ao invés disso, a simples dicotomia público/privado significa que as atividades da sociedade não podem mais ser analisadas com ajuda de uma única classificação binária; ao contrário, a atual fragmentação da sociedade numa multiplicidade de setores sociais exige uma multiplicidade de perspectivas de autodescrição. Analogamente, o singelo dualismo Estado/sociedade, refletido na divisão do direito em público e privado, deve ser substituído por uma pluralidade de setores sociais reproduzindo-se, por sua vez, no direito."¹³

E, adiante, prossegue Teubner, agora tratando especificamente dos regimes de transferência de serviços públicos para entidades do âmbito privado:

"A própria onda de privatizações revela-se sob um aspecto completamente diferente, quando se abre mão da simples dicotomia público/privado em favor de uma policontextualidade mais sofisticada da sociedade, quando

se reconhece que a autonomia privada única do indivíduo livre transforma-se nas diversas autonomias privadas de criações normativas espontâneas. Nesse sentido, privatização não se trata mais, como normalmente se entende, de redefinir a fronteira entre o agir público e o privado, mas de alterar a autonomia de esferas sociais parciais por meio da substituição de seus mecanismos de acoplamento estrutural com outros sistemas sociais. Não se trata mais simplesmente de um processo em que atividades genuinamente políticas, antes dirigidas aos interesses públicos, transformam-se em transações de mercado economicamente voltadas ao lucro. Antes, o que se altera pela privatização de atividades sociais autônomas - pesquisa, educação ou saúde, por exemplo - , que apresentam seus próprios princípios de racionalidade e normatividade, é o seu regime institucional. Em lugar de uma relação bipolar entre economia e política, deve-se apresentar a privatização como uma relação triangular entre esses dois setores e o de atividades sociais. Torna-se, assim, diretamente compreensível que a privatização leva, de fato, a uma impressionante liberação de todas as energias até então bloqueadas pelo antigo regime público. Paralelamente, no entanto, novos bloqueios desencadeados pelo novo regime tornam-se visíveis. Um antigo *mismatch*, um antigo desequilíbrio entre atividade e regime, é substituído por um novo *mismatch*."

Nesse contexto é que se insere o instrumento do contrato de gestão firmado entre o Poder Público e entidades privadas, que

¹³ TEUBNER, Günther. Após a privatização: conflitos de discurso no Direito Privado. In: *Direito, sistema e policontextualidade*. Trad. de Jürgen Volker Dittberner. Piracicaba: Unimep; 2005, p. 237.

passam a ser qualificadas como públicas, ainda que não-estatais, para a prestação de serviços públicos por meio de um regime especial em que se mesclam princípios de direito público e de direito privado.

Sobre o instrumento do contrato de gestão, o Ministro Eros Grau assim se manifestou em seu voto:

"A definição de contrato de gestão como 'instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social' causa espanto. Pois a de número 9.637 é uma lei que sem sombra de dúvida muito inova a ciência do direito: seu artigo 5º define como contrato não o vínculo, mas seu instrumento..."

Nesse ponto, gostaria de lembrar, também com base nas lições de Günther Teubner, que a lei inova sim, mas inova em consonância com o direito privado moderno, no qual o contrato deve ser compreendido não como uma relação entre pessoas, mas entre textos, entre discursos jurídicos, econômicos, tecnológicos etc. Eis as palavras do mestre alemão:

"Quiçá devêssemos ouvir o conselho do talvez maior especialista da reconstrução do direito privado, Jacques Derrida, que nos oferece a seguinte fórmula epigramática: 'o laço da obrigação ou a relação de obrigação não existe entre aquele que dá e aquele que recebe, mas entre dois textos (entre dois 'produtos' ou 'criações'). Essas *ipsissima verba* são uma nova versão da teoria do contrato relacional (*relational contracting*), que entende o contrato não mais como um mero consenso entre duas partes, mas sim como uma relação social complexa. De fato, gostaria de defender a tese de que o direito contratual

deve ser reconstruído de forma relacional, mas não apenas no sentido comunitário, hoje predominante, da palavra, como uma relação cooperativa, simpática, calorosa de inter-humanismo no mercado, mas sim como uma relação fria e impessoal de intertextualidade. Gostaria de desenvolver um argumento estritamente antiindividualista, estritamente antieconômico para as muitas autonomias do direito privado, pelo qual o contrato não aparece mais como transação meramente econômica entre dois agentes, mas como espaço da compatibilidade entre vários projetos discursivos - entre dois mundos contratuais. Ao mesmo tempo, gostaria de desenvolver o argumento normativo de que os direitos de discursos que aparecem nesses contratos como meros fenômenos sociais, apenas de forma rudimentar e sem contornos fixos, necessitam de institucionalização jurídica. Dito de forma mais genérica: gostaria de colocar esses argumentos no contexto maior de um direito privado contemporâneo, que necessita de transformação em um direito constitucional de sistemas de regulação global."¹⁴

Esses são os novos pressupostos de análise de um direito privado publicizado e constitucionalizado, e de um direito público submetido a racionalidades próprias dos discursos do direito privado.

Essas razões já me são suficientes para indeferir a medida cautelar. Não vislumbro nenhuma das inconstitucionalidades apontadas pelos requerentes.

¹⁴ TEUBNER, Günther. Mundos contratuais: o Direito na fragmentação de regimes de *private governance*. In: *Direito, sistema e policontextualidade*. Trad. de Jürgen Volker Dittberner. Piracicaba: Unimep; 2005, p. 271-272.

Assim, não tenho dúvida de que, neste momento, o Tribunal não deve adotar outra solução senão a de negar o pedido de medida liminar para então requisitar informações definitivas e, após, abrir vista dos autos ao Advogado-Geral da União e ao Procurador-Geral da República para que se manifestem sobre o mérito da ação. Após o devido trâmite procedimental, então poderemos discutir a fundo todas as questões nesta ação suscitadas.

Relembro, por fim, que meu voto não abrange o artigo 1º da Lei nº 9.637/98, objeto de voto proferido por meu antecessor, o Ministro Néri da Silveira.

Assim sendo, voto pelo **indeferimento** da medida cautelar nesta ação direta de inconstitucionalidade.

01/08/2007

TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.923-5 DISTRITO FEDERAL

R E T I F I C A Ç Ã O

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - Senhora Presidente, Vossa Excelência me permite? Votei, na última sessão, em que examinamos a matéria, pela concessão da liminar. Mas, após o voto do Ministro Gilmar Mendes, gostaria de fazer algumas considerações que me parecem importantes.

Tenho insistido - disse isso mais de uma vez aqui, talvez de modo até impertinente - em que não se interpreta apenas os textos normativos, mas os textos e a realidade.

O Ministro Gilmar Mendes traz novos e substanciais dados da realidade dos quais eu não tinha conhecimento quando votei. Aliás, só ao final do meu voto o Ministro Sepúlveda Pertence fez uma observação, referindo-se à existência do Hospital Sarah. Eu não tinha conhecimento desses dados da realidade, trazidos a partir daquele momento.

O SR. MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Ministro Eros, a excelência do Hospital Sarah Kubitschek antecede, em muito, ao instituto das organizações sociais.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - Eu sei disso.

O SR. MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Não foi esse instituto que conferiu ao Hospital Sarah essa excelência.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Foi o modelo institucional adotado, de 1991; agora, o modelo institucional adotado na Fundação das Pioneiras Sociais data de 1960.

O SR. MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - É uma fundação pública, pura e simples.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - De qualquer modo, gostaria de insistir no seguinte: além desta realidade, do Hospital Sarah, há inúmeras outras instituições de saúde; há instituições --- fiquei sabendo posteriormente ---, no âmbito do Ministério da Ciência e Tecnologia, que são organizações sociais. Tomei conhecimento até de algumas coisas ditas com agressividade, na imprensa, por um zoólogo ou físico... Mas não importa. Naquele momento em que votei talvez pudesse me valer da velha expressão: "o que não está nos autos não está no mundo". Mas a verdade é que isso não pode ser tomado ao pé da letra e agora tenho conhecimento de circunstâncias que estão no mundo da vida e devem ser consideradas. Como já disse, nós não interpretamos apenas os textos, mas os textos e a realidade.

Nenhum dos argumentos do Ministro Gilmar Mendes, em relação ao mérito, me convence. Nenhum deles. Continuo plenamente convicto de que uma série de preceitos da lei é afrontosa à ordem constitucional. Ao lado das instituições exemplares, no âmbito da saúde e da ciência e tecnologia, há situações escandalosas. Como, por exemplo, a de uma organização social no Distrito Federal que, em oito anos, teria movimentado mais de três bilhões de reais.

Em suma, essas circunstâncias, associadas à impossibilidade de nesse momento processual separarmos o joio do trigo, fazem-me reconsiderar meu voto. Sem aderir, de modo nenhum, a qualquer das razões de mérito do Ministro Gilmar Mendes --- a que

muito respeito ---, eu diria que, na oportunidade de examinarmos o mérito, poderemos pensar numa sentença aditiva para encontrar, efetivamente, o bom rumo. Então decidiremos com a prudência que deve nos caracterizar, **a fronesis**. Com a serenidade suficiente para não criarmos um impasse no que tange ao trigo.

Nessas circunstâncias, reservando-me para o voto que devo proferir no mérito, diante da força dos fatos e da realidade reconsidero minha decisão anterior para negar a liminar.

01/08/2007

TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.923-5 DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor ministro Eros Grau, Vossa Excelência me permite apenas uma observação? No voto primitivo, Vossa Excelência não estaria julgando definitivamente. São passados dez anos, realmente há fatos consumados. A eficácia seria a partir do momento, se majoritária a corrente, em que deferida a medida acauteladora. Ou seja, projetada a apreciação no tempo, só teremos o agravamento da situação, com surgimento de novos casos e criação de novas organizações, complicando-se ainda mais o quadro.

Por isso é que talvez, a esta altura, fosse interessante, realmente, pensarmos em indeferir para estancar - e Vossa Excelência aponta como inconstitucionalidade manifesta - a prática de atos, deixando para julgar em definitivo com voto mais substancial. Não acredito na repercussão ressaltada em voto pelo ministro Gilmar Mendes.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - A suspensão da cautelar da lei, hoje, com eficácia **ex nunc**, repercutiria diretamente sobre todos esses contratos hoje em vigor.

O SR. MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Poderíamos acionar o artigo 27.



ADI 1.923-MC / DF

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Não dá para aplicar o artigo 27 em relação à liminar, estamos exatamente em sede de cautelar.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - A liminar, normalmente, tem efeito a partir do momento em que é formalizada.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Cessaram os efeitos.

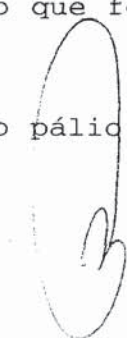
O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Mas para cessar o efeito da lei, e repercute nos contratos.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Quanto ao surgimento de novas situações jurídicas, de novos contratos.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Tira toda a base jurídica.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - E tudo que for feito sob o pálio da lei.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Sob o pálio da lei, inclusive quanto ao contrato de gestão **ex nunc**.




01/08/2007

TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.923-5
DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Senhora Presidente,
data venia, não vendo nenhuma inconstitucionalidade manifesta, indefiro a
liminar. 

01/08/2007

TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.923-5 DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhora Presidente, há, na Constituição Federal, princípio básico relativamente à Administração Pública - e diria que é a regra, consubstanciando exceção tudo que possa ser considerado fora das balizas próprias. Refiro-me ao inciso XXI do artigo 37. Esse inciso contém cláusula compelindo a Administração Pública a contratar, mediante tratamento isonômico, mediante igualdade de condições, todos os concorrentes via instituto salutar, que é o da licitação.

Então, a meu ver, nesse exame preliminar, sem comprometimento maior, levando em conta o julgamento em definitivo, peca o primeiro dispositivo atacado no que incluiu mais uma forma de abandono do critério que apontei como salutar - o da licitação -, ou seja, o abandono do certame, tendo em vista o tratamento igualitário dos concorrentes, para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais. E esse abandono se faz de forma peremptória, respeitados os serviços ditos essenciais, porquanto a cargo, realmente, do Poder Público, a cargo do Estado.

Reconheço que a situação desses serviços é das mais precárias - eles não atendem aos anseios sociais -, mas eis o que prevê o artigo 1º da Lei 9.637/98:

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 os requisitos previstos nesta Lei.

Não temos, conjugando os dois dispositivos, a dispensa da licitação em razão de serviço, como é próprio, considerada a Lei 8.666/93. Há a possibilidade de contratação linear sem se observar, repito, o tratamento igualitário.

Permito-me, de início, subscrever o voto inicialmente prolatado pelo ministro Eros Grau.

No artigo 11, a lei preceitua:

"Art. 11. As entidades qualificadas como organizações sociais são declaradas" - portanto, aqui há um ato prospectivo concreto - "como entidades de interesse social e utilidade pública, para todos os efeitos legais."

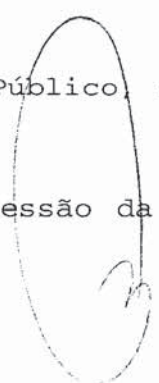
Inclusive no campo tributário, claro.

E prossegue:

Art. 12. Às organizações sociais poderão ser destinados recursos orçamentários e bens públicos necessários ao cumprimento do contrato de gestão.

Uma verdadeira substituição do Poder Público, repito, sem a licitação.

No artigo 14 - e aí vou além na concessão da medida acauteladora -, está previsto:



ADI 1.923-MC / DF

Art. 14. É facultado ao Poder Executivo a cessão especial de servidor para as organizações sociais, com ônus para a origem.

Viabiliza-se, portanto, a mão-de-obra nessa parceria que virá a ocorrer, reitero, sem a licitação.

Defiro, portanto, a liminar, indo além do voto proferido pelo ministro Eros Grau, também no tocante ao artigo 14.

A SR^a. MINISTRA ELLEN GRACIE (PRESIDENTE) - Mas os Ministros Eros Grau e Joaquim Barbosa deferiam com relação aos arts. 11 a 15.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Então acompanho também, no ponto, Sua Excelência no voto primitivo.

O artigo 17 dispõe:

Art. 17. A organização social fará publicar, no prazo máximo de noventa dias contado da assinatura do contrato de gestão, regulamento próprio contendo os procedimentos que adotará para a contratação de obras e serviços, bem como para compras com emprego de recursos provenientes do Poder Público.

Obras e serviços seriam contratados, pelo Estado, mediante licitação. No caso não se cogita de licitação, porque a organização social é uma pessoa jurídica de direito privado. Com a utilização de recursos públicos, operá-los-á sem licitação.

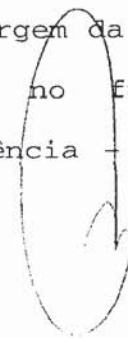
Defiro o pleito de suspensão quanto ao artigo 17. O artigo 20 foi mencionado pelo ministro Eros Grau, o voto primitivo de Sua Excelência também resultou na suspensão desse preceito. Subcrevo-o.

Em síntese, reconhecendo que há talvez mais utilidade - e a opção da Constituição Federal, de uma forma abrangente, foi pela homenagem à iniciativa privada - na prestação dos serviços pela iniciativa privada, tendo em conta a precariedade dos serviços que são realizados pelo setor público, não vejo como, diante da Constituição Federal e neste exame preliminar, placitar as duas leis.

Defiro a medida acauteladora, ressaltando que surgiram situações constituídas com a passagem do tempo e desde a vinda à balha dos preceitos, mas a medida acauteladora não alcança essas situações em si.

Suspendo a eficácia das leis - são duas - sem, no entanto, haver reflexo no que existe, hoje, no mundo jurídico, no Brasil, quanto ao funcionamento das organizações sociais já constituídas e que formalizaram atos - reconheço - à margem da Carta Federal. Deixarei para examinar essa problemática no futuro, podendo, inclusive, acionar o artigo 27 da Lei de regência - atos. Suspendo os preceitos.

É como voto.



01/08/2007

TRIBUNAL PLENO

MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.923-5 DISTRITO FEDERAL

V O T O

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Sra. Presidente, pelas anotações que tenho, limitara-me a indeferir a liminar quanto à saúde. Porque havia fundamento, a meu ver, explícito nos arts. 196 e 197 da Constituição.

Com a vênia dos votos coincidentes, o do Ministro Gilmar Mendes, pelo menos em termos de medida cautelar, me convence a acompanhar o Relator, o Ministro Galvão, para indeferir totalmente a liminar - matéria que o Tribunal poderá enfrentar com maior cuidado no julgamento definitivo.



Nc.

01/08/2007

TRIBUNAL PLENO

**MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
1.923-5 DISTRITO FEDERAL****VOTO**

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente) – Também eu, rogando vênias aos colegas que divergiram do eminente Relator, Ministro Ilmar Galvão, voto neste momento pelo indeferimento da medida cautelar.



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

MED. CAUT. EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.923-5
PROCED.: DISTRITO FEDERAL
RELATOR ORIGINÁRIO : MIN. ILMAR GALVÃO
RELATOR PARA O ACÓRDÃO : MIN. EROS GRAU (ART.38,IV, b, DO RISTF)
REQTE.: PARTIDO DOS TRABALHADORES - PT
ADVDS.: ALBERTO MOREIRA RODRIGUES E OUTROS
REQTE.: PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT
ADVDS.: CARLOS ROBERTO DE SIQUEIRA CASTRO E OUTRO
REQDO.: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
REQDO.: CONGRESSO NACIONAL

Decisão : Após o Relatório, o julgamento foi **adiado** por indicação do Senhor Ministro Ilmar Galvão (Relator). Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Carlos Velloso (Presidente). Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Marco Aurélio (Vice-Presidente). Plenário, 24.6.99.

Decisão : Prosseguindo no julgamento, e após o voto do Senhor Ministro Ilmar Galvão (Relator), **indeferindo** o pedido de medida liminar, o julgamento foi **suspenso** em virtude do pedido de **vista** formulado pelo Senhor Ministro Nelson Jobim. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello. Plenário, 05.8.99.

Decisão: Renovado o pedido de vista do Senhor Ministro Nelson Jobim, justificadamente, nos termos do § 1º do artigo 1º da Resolução nº 278, de 15 de dezembro de 2003. Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 28.04.2004.

Decisão: Após o voto do Presidente, Ministro Nelson Jobim, que indeferia o pedido de liminar, acompanhando o Relator, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Eros Grau. Não participa da votação o Senhor Ministro Carlos Britto, por suceder ao Senhor Ministro Ilmar Galvão, Relator. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello e, neste julgamento, a Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 29.03.2006.

Decisão: Após o voto-vista do Senhor Ministro Eros Grau, deferindo a cautelar para suspender a eficácia do artigo 1º da Lei nº 9.648/98 e dos artigos 5º, 11 a 15 e 20 da Lei nº 9.637/98, no que foi acompanhado

pelo Senhor Ministro Joaquim Barbosa, e do voto do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, que deferia a cautelar somente em relação ao artigo 24, inciso XXIV, da Lei nº 9.648/98, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Gilmar Mendes. O Tribunal deliberou retificar proclamação de assentada anterior para constar o voto do Senhor Ministro Moreira Alves que, em relação artigo 1º da Lei 9.637/98, acompanhou integralmente o Relator, e os votos dos Senhores Ministros Sepúlveda Pertence e Néri da Silveira, que, quanto ao mesmo artigo, acompanhavam o Relator em relação à prestação dos serviços de saúde. Não participam da votação, em relação ao artigo 1º da Lei 9.637/98, os Ministros Joaquim Barbosa e Gilmar Mendes, por sucederam aos Ministros Moreira Alves e Néri da Silveira. Não votam a Ministra Cármen Lúcia e o Ministro Carlos Britto, por sucederem aos Ministros Nelson Jobim e Ilmar Galvão. Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 02.02.2007.

Decisão: O Tribunal, por maioria de votos, indeferiu a cautelar, vencidos o Senhor Ministro Joaquim Barbosa, que deferia a cautelar para suspender a eficácia dos artigos 5º, 11 a 15 e 20 da Lei nº 9.637/98, e do inciso XXIV do artigo 24 da Lei nº 8.666/93, com a redação dada pelo artigo 1º da Lei nº 9.648/98; o Senhor Ministro Marco Aurélio, que também deferia a cautelar para suspender os efeitos dos artigos 1º, 5º, 11 a 15, 17 e 20 da Lei nº 9.637/98, bem como do inciso XXIV do artigo 24 da Lei nº 8.666/93, na redação do artigo 1º da Lei nº 9.648/98; e o Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, que deferia a cautelar somente com relação ao inciso XXIV do artigo 24 da Lei 8.666/93, na redação do artigo 1º da Lei nº 9.648/98. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie. Reformulou o voto proferido anteriormente o Senhor Ministro Eros Grau, que lavrará o acórdão. Com relação ao artigo 1º da Lei nº 9.637/98, os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence e Néri da Silveira acompanhavam o Relator somente em relação à prestação dos serviços de saúde. Os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Gilmar Mendes não votaram relativamente ao artigo 1º da Lei nº 9.637/98 por sucederem aos Senhores Ministros Moreira Alves e Néri da Silveira que já haviam votado quanto a esse artigo. Não participaram do julgamento a Senhora Ministra Cármen Lúcia e o Senhor Ministro Carlos Britto por sucederem, respectivamente, aos Senhores Ministros Nelson Jobim e Ilmar Galvão (Relator). Plenário, 01.08.2007.

Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes,

Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau,
Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia.

Procurador-Geral da República, Dr. Antônio
Fernando Barros e Silva de Souza.


Luiz Tomimatsu
Secretário