

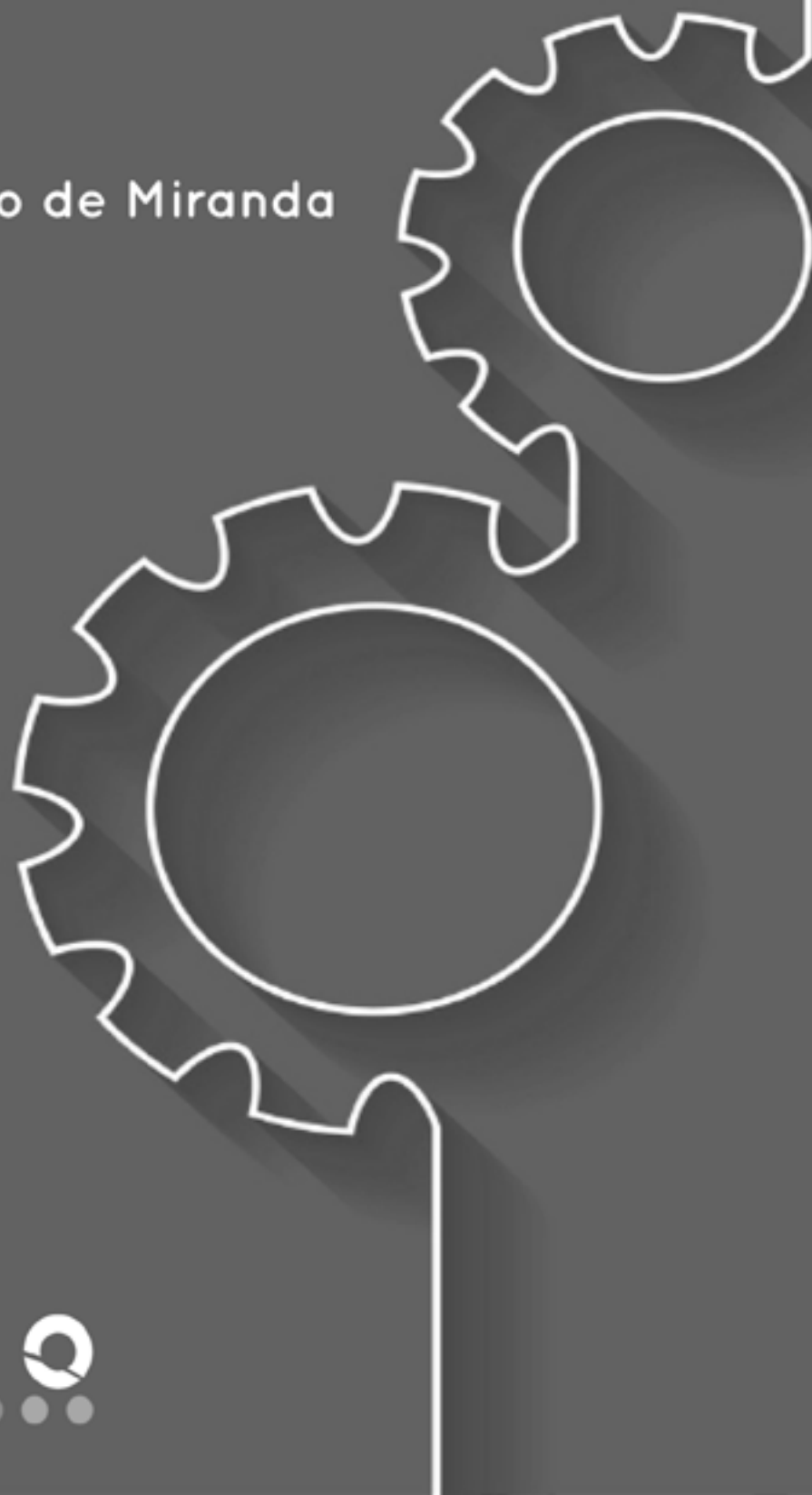
**RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL
DAS ENTIDADES PRIVADAS QUE INTEGRAM O**
Terceiro Setor

Paulo Rodrigo de Miranda



**RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL
DAS ENTIDADES PRIVADAS QUE INTEGRAM O**
Terceiro Setor

Paulo Rodrigo de Miranda



ARCO
EDITORES ● ● ●

Editor Chefe

Ivanio Folmer

Bibliotecária

Aline Grazielle Benitez

Revisora Técnica

Gabriella Eldereti Machado

Diagramação e Projeto Gráfico

Gabriel Eldereti Machado

Imagem capa

www.canva.com

Revisão

Organizadores e Autores(as)

Conselho Editorial

Prof. Dr. Adilson Tadeu Basquerote Silva - Universidade para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí

Profa. Dra. Alicia Eugenia Olmos - Universidad Católica de Córdoba

Prof. Dr. Astor João Schönell Júnior - Instituto Federal Farroupilha

Prof. Dr. Alan Ricardo Costa - Universidade Federal de Roraima

Prof. Dr. Camilo Darsie de Souza - Universidade de Santa Cruz do Sul

Prof. Dr. Carlos Adriano Martins - Universidade Cidade de São Paulo

Prof. Dr. Christian Dennys Monteiro de Oliveira - Universidade Federal do Ceará

Profa. Dra. Dayse Marinho Martins - Universidade Federal do Maranhão

Prof. Dr. Deivid Alex dos Santos - Universidade Estadual de Londrina

Prof. Dr. Dioni Paulo Pastorio - Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Douglas Manoel Antonio de Abreu Pestana dos Santos - Faculdade Sesi-Sp de Educação

Profa. Dra. Elane da Silva Barbosa - Universidade do Estado do Rio Grande do Norte

Profa. Dra. Francielle Benini Agne Tybusch - Universidade Franciscana

Prof. Dr. Francisco Odécio Sales - Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Ceará

Prof. Dr. Gilvan Charles Cerqueira de Araújo - Universidade Católica de Brasília

Prof. Dr. Leonardo Bigolin Jantsch - Universidade Federal de Santa Maria

Profa. Dra. Liziany Müller Medeiros - Universidade Federal de Santa Maria

Profa. Dra. Marcela Mary José da Silva - Universidade Federal do Recôncavo da Bahia - UFRB

Prof. Dr. Mateus Henrique Köhler - Universidade Federal de Santa Maria

Prof. Dr. Michel Canuto de Sena - Universidade Federal de Mato Grosso do Sul

Profa. Dra. Mônica Aparecida Bortolotti - Universidade Estadual do Centro-Oeste

Prof. Dr. Rafael Nogueira Furtado - Universidade Federal do ABC

Prof. Dr. Roberto Araújo Silva - Centro Universitário Lusíada

Prof. Dr. Sidnei Renato Silveira - Universidade Federal de Santa Maria

Prof. Dr. Thiago Ribeiro Rafagnin - Universidade Federal do Oeste da Bahia

Prof. Dr. Tomás Raúl Gómez Hernández - Universidade Central “Marta Abreu” de Las Villas

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Miranda, Paulo Rodrigo de
Responsabilidade civil extracontratual das
entidades privadas que integram o terceiro setor
[livro eletrônico] / Paulo Rodrigo de Miranda. --
1. ed. -- Santa Maria, RS : Arco Editores, 2023.
PDF

Bibliografia.
ISBN 978-65-5417-139-7

1. Direito administrativo - Brasil
2. Responsabilidade civil 3. Plano Diretor
4. Terceiro setor - Administração - Brasil
5. Terceiro setor - Leis e legislação - Brasil
- I. Título.

23-169551

CDD-658

Índices para catálogo sistemático:

1. Terceiro setor : Administração 658

Aline Grazielle Benitez - Bibliotecária - CRB-1/3129



10.48209/978-65-5417-139-7

Esta obra é de acesso aberto.

É permitida a reprodução parcial ou total desta obra, desde que citada a fonte
e a autoria e respeitando a Licença Creative Commons indicada.



ARCO EDITORES

Telefone: 5599723-4952

contato@arcoeditores.com

www.arcoeditores.com

Lista de Abreviaturas e Siglas

ADI	Ação Declaratória de Inconstitucionalidade
CF/88	Constituição Federal de 1988
FMI	Fundo Monetário Internacional
MARE	Ministério da Administração e Reforma do Estado
OS	Organização Social
OSC	Organização da Sociedade Civil
OSICP	Organização da Sociedade Civil de Interesse Público
PDRAE	Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado
PNP	Plano Nacional de Políticas
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
2 MOVIMENTO DE REFORMA DO ESTADO E TERCEIRO SETOR.....	11
2.1 REFORMA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA, MODELO GERENCIAL E DESESTATIZAÇÃO.....	11
2.2 PARCERIAS COM O TERCEIRO SETOR.....	25
2.3 ADI Nº 1.923 E CONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 9.637/98..	36
3 ESTADO E TERCEIRO SETOR NA ESFERA DE TITULARIDADE COMPARTILHADA.....	44
3.1 FOMENTO INSTITUCIONAL E SERVIÇOS SOCIAIS DE TITULARIDADE COMPARTILHADA.....	46
3.2 INSTRUMENTOS DE VÍNCULO JURÍDICO DO ESTADO COM O TERCEIRO SETOR.....	57
3.2.1 Convênios.....	60
3.2.2 Contratos de gestão.....	65
3.2.3 Termos de parceria.....	70
3.2.4 Termos de colaboração, termos de fomento e acordos de cooperação..	73
4 RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL DAS PARCERIAS DO ESTADO.....	77
4.1 RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL DO ESTADO.....	78
4.2 RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL DAS ENTIDADES PRIVADAS QUE INTEGRAM O TERCEIRO SETOR....	82

4.3 RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL DO ESTADO POR ATOS PRATICADOS PELAS ENTIDADES DO TERCEIRO SETOR.....	90
---	----

5 CONCLUSÃO.....	99
-------------------------	-----------

REFERÊNCIAS.....	105
-------------------------	------------

1 INTRODUÇÃO

A atuação do terceiro setor como parceiro do Estado é uma tendência emergente no campo do Direito Administrativo contemporâneo, e sua análise tem sido objeto de amplos debates na esfera jurídica, em especial desde a edição do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE) elaborado pelo Ministério da Administração e Reforma do Estado (MARE), sob direção do economista e cientista político Luiz Carlos Bresser-Pereira, na década de 90.

A apresentação do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado representou o marco inicial do fortalecimento das entidades privadas sem fins lucrativos na atuação mais efetiva na prestação de serviços essenciais à população, especialmente aqueles tratados como serviços não exclusivos do Estado, tais como saúde, educação e assistência social.

A Constituição Federal brasileira prevê diversos direitos sociais que possuem natureza essencialmente prestacional e são exigíveis *prima facie* (SARMENTO, 2020). Contudo, por envolverem custos e dependerem de alocação orçamentária devem estar previstos nos programas de governo e nas respectivas leis orçamentárias.

O movimento de reforma do Estado e a parceria entre o Estado e o terceiro setor refletem a busca contínua por eficiência, eficácia e adaptação às necessidades da sociedade. Essas parcerias têm o potencial de melhorar a qualidade dos serviços de interesse público, desde que sejam cuidadosamente planejadas e regulamentadas.

No Brasil, algumas das formas mais proeminentes de parceria entre o Estado e o terceiro setor são as Organizações Sociais (OS), as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) e atualmente as Organizações da Sociedade Civil (OSC). Essas entidades desempenham um papel crucial na

gestão e na prestação de serviços públicos, garantindo uma maior eficiência na oferta desses serviços.

Nesse contexto, a expansão das parcerias entre o Estado e organizações privadas, sem fins lucrativos, foi motivada pela necessidade de superar os desafios do Estado burocrático em efetivar direitos sociais, buscando para tanto, mecanismos de fomento para incentivar as entidades particulares a cooperarem no fornecimento de serviços que possuem uma ação complementar. Essa esfera de ação complementar se concentra principalmente nos serviços sociais, áreas em que a Constituição brasileira autoriza a participação simultânea tanto do Estado quanto do setor privado.

Sem pretensão de esgotar o assunto aqui delineado serão desenvolvidos alguns temas com intuito de possibilitar reflexões sobre o seguinte questionamento: qual a natureza jurídica da responsabilidade civil extracontratual das entidades privadas que atuam no terceiro setor e quais os reflexos para o Estado de sua responsabilização?

Para tanto, no primeiro capítulo desta obra será analisada a reforma na Administração Pública brasileira, o modelo gerencial e a desestatização. Nesse ponto, será realizada uma abordagem a respeito da relação entre a Reforma do Aparelho do Estado com a institucionalização das organizações sociais e a sua contextualização no cenário do terceiro setor. De igual modo, será verificada a formação das parcerias com o terceiro setor a partir de uma abordagem da desestatização e da esfera de ação compartilhada da prestação de serviços sociais. Por fim, examinar-se-á a (in)constitucionalidade da Lei nº 9.637/98 sob a ótica dos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal na ADI nº 1923 e da doutrina.

No segundo capítulo serão estudados os elementos que compõem o terceiro setor na esfera de titularidade compartilhada na prestação de serviços, tendo como parâmetro o mecanismo de fomento. Para tanto, serão analisados

os elementos relacionados aos serviços de dupla titularidade extraídos do Estado cooperativa, no qual todas as atividades privadas de prestação material voltadas à garantia de direitos sociais podem ser desempenhadas de forma simultânea pelo Estado e particulares, em um regime de complementação. Após, serão verificados os instrumentos jurídicos que permitem a formalização dos vínculos de parcerias entre a Administração Pública e as entidades do terceiro setor.

Por fim, no terceiro capítulo será apresentado o marco teórico da responsabilização extracontratual do Estado. Em um segundo momento, será analisada a responsabilidade civil extracontratual das entidades privadas tendo como parâmetro a natureza jurídica do serviço prestado, abordando-se, as correntes doutrinárias sobre o tema. Ao final, será examinada a responsabilidade civil extracontratual do Estado por atos praticados pelas entidades do terceiro setor.

2 MOVIMENTO DE REFORMA DO ESTADO E TERCEIRO SETOR

Com o objetivo de traçar uma introdução ao tema e reconhecendo a importância de estabelecer uma sequência lógica dos eventos que levaram à atual forma de parceria entre o Estado e as organizações do terceiro setor, torna-se necessário fazer uma breve exploração do contexto histórico que culminou na criação dessas entidades.

Assim, a análise a seguir objetiva aprofundar a compreensão sobre o movimento de reforma do Estado e a evolução das parcerias entre o Estado e o terceiro setor no contexto brasileiro. Esta análise se concentra em examinar o histórico, os desafios e as implicações dessa colaboração entre o Estado e o terceiro setor no Brasil, com o propósito de fornecer uma visão mais abrangente desse processo em constante evolução.

2.1 Reforma na administração pública brasileira, modelo gerencial e desestatização

Durante diferentes períodos da história do Brasil, houve oscilações entre uma maior intervenção estatal e a busca por maior participação do setor privado.

No artigo intitulado “O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada”, Caio Tácito retrata como o direito público brasileiro, ao longo de sua evolução histórica, sempre espelhou a presença de tendências que se alinham aos padrões comparativos em âmbito internacional (TÁCITO, 1997).

No passado, o Estado brasileiro tinha um papel proeminente em diversos setores relacionados a infraestrutura básica que eram assegurados por empresas

estatais¹. Ao final dos anos 1970 e especialmente no Brasil, a partir do início dos anos 1980, tornou-se evidente que o modelo de gestão dos serviços públicos executado por empresas estatais estava constantemente deficitário, resultando em um pesado endividamento público (FURTADO, 2016). Isso culminou na formação de um Estado de grandes proporções, dispendioso, ineficaz e enfraquecido (FURTADO, 2016).

A crise enfrentada pelo Estado brasileiro ao longo da década de 1980 não apenas afetou a sociedade brasileira como um todo, mas também expôs a ineficácia dos mecanismos do Estado de Bem-Estar Social em atender às necessidades da população, o que ensejou a concepção de novas abordagens de intervenção estatal como mecanismos de manutenção do Estado Democrático Social (FURTADO, 2016).

Dessa forma, o aumento do reconhecimento de ineficácia, burocracia e déficits fiscais impulsionou um movimento em direção à privatização a partir da década de 1990, com essa tendência se intensificando, sobretudo, durante a administração do presidente Fernando Henrique Cardoso.

Esse movimento de reformulação do Estado ocorreu a partir da década de 80², tendo reflexo no Brasil na década de 90, impulsionado pelos efeitos da

1 “Tradicionalmente, o fornecimento de serviços de infraestrutura no Brasil – assim como em muitos outros países de renda média e até mesmo em países desenvolvidos – foi assegurado por empresas estatais. No entanto, o limite entre essas empresas e a administração pública continuou incerto, o que abriu oportunidades para apropriações políticas indevidas. No passado, essas empresas nem sempre receberam incentivos adequados, pois a administração também precisava ser sensível a objetivos políticos de curto prazo. Além disso, a severa crise macroeconômica tinha limitado os recursos financeiros das autoridades públicas, que, consequentemente, precisaram diminuir os principais investimentos, por exemplo, na infraestrutura de transporte rodoviário.” (OCDE, 2008).

2 “Suruiu, então, a partir da década de 80, um movimento inverso, tanto nos países desenvolvidos como nos países menos desenvolvidos, no sentido de transferir para o setor privado entes estatais ou setores absorvidos pelo Estado. Ante o quadro acima, esse movimento teve motivos pragmáticos, para liberar o Estado dos custos das estatais e arrecadar recursos; e teve motivos políticos para criar nova dinâmica econômica, inspirada nos exemplos inglês (privatizações da era Thatcher) e americano. Esse movimento recebe nomes diversos: reforma do Estado, redução do setor público, desestatização, desregulamentação, privatização. Várias fórmulas aí são aplicadas, em especial: quebra de monopólios estatais; aumento do número de concessões e permissões de serviço público; venda de estatais no setor privado.” (ODETE, 2018, p. 85).

globalização e pelas instituições internacionais de crédito e financiamento da crise (Fundo Monetário Internacional – FMI e Banco Mundial).

Nesse sentido, Irene Nohara aponta que:

Realmente, os efeitos da globalização, no momento da Reforma Administrativa da década de 90 foram de fato estes: a retração da atuação direta do Estado no domínio econômico, sobretudo a partir das políticas privatizantes levadas a cabo pelo governo de Fernando Henrique Cardoso, e a ênfase no papel fiscalizador do Estado, numa perspectiva de apoio aos empreendimentos particulares e de restrição à atuação estatal em competição no mercado; contudo, a nosso ver, as causas estão localizadas menos na força de disseminação da doutrina social da Igreja (que auxiliou, mas não foi determinante), do que na imposição de um receituário neoliberal por organismos internacionais de crédito e financiamento da crise. (NOHARA, 2012, p. 76).

Com efeito, os órgãos financeiros globais exerciam pressão sobre os Estados da América Latina para adotarem as medidas prescritas, dentre as quais destacava-se a reforma do Estado que deveria ser orientada pela privatização e adoção de mecanismos gerenciais na gestão.

Segundo Ivete Simionatto:

As principais diretrizes dos organismos internacionais recomendam que a Reforma do Estado seja orientada para o mercado, exigindo o abandono de instrumentos de controle político e a restrição na alocação de recursos públicos, principalmente na área social. As agências de cooperação internacional, especialmente o Banco Mundial, têm articulado uma “aliança tecnocrática transnacional”, no sentido de racionalizar os investimentos nessa área, diminuindo o papel do Estado e fortalecendo as ações de natureza privada. (SIMIONATTO, 2013, sp)

Essa abordagem exigiu que diversos países latino-americanos, incluindo o Brasil, realizassem determinados ajustes estruturais para fortalecer as políticas macroeconômicas (em especial o controle da inflação e o estímulo do crescimento econômico).

Dentre esses ajustes, sustentou-se uma abordagem gerencial que pudesse contornar a crise financeira do governo, diminuir gastos e aperfeiçoar a efi-

ciência na prestação de serviços públicos. O objetivo era estabelecer um novo paradigma governamental, caracterizado por uma Administração Pública mais enxuta e, ao mesmo tempo, instituições mais ágeis.

Nesse ponto, cumpre transcrever a reflexão de Gustavo Binenbojm sobre o tema:

O cenário começa a se modificar ao longo das décadas de 1990 e 2000, quando foram adotadas diversas medidas políticas, legislativas e econômicas voltadas à abertura do mercado brasileiro a produtos e serviços internacionais e à eficiência administrativa. Por meio de um amplo processo de Reforma do Estado, levado a efeito por Emendas Constitucionais e leis ordinárias, a atividade administrativa passou por significativas transformações: o Estado reduziu sensivelmente o seu papel como principal agente econômico (intervenção direta na economia) e o transferiu à iniciativa privada, mediante a flexibilização e quebra de monopólios estatais de diversas atividades que desenvolvia até então.

Aos poucos, ganhou corpo a concepção de que as parcerias com o setor privado seriam um instrumento relevante para reduzir o aparato estatal – medida que se coadunava com a visão de uma Administração Pública gerencial e flexível – e que os agentes privados poderiam desempenhar importantes finalidades públicas. (BINENBOJM, 2020, p. 269)

Nesse contexto, mais precisamente no governo do ex-presidente Fernando Henrique Cardoso, desenvolveu-se a Reforma da Administração Pública, cujo avanço ocorreu a partir do “Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado” (PDRAE)³, elaborado pelo Ministério da Administração e Reforma do Estado (MARE), sob direção do economista e cientista político Luiz Carlos Bresser-Pereira.

O PDRAE objetivou estabelecer as bases para a reestruturação da administração pública, fundamentada no modelo gerencial, com foco na eficiência, monitoramento de resultados e descentralização das operações. Dessa forma,

³ “Muito embora a publicização das atividades do setor privado tenha iniciado no governo Collor, foi na presidência de Fernando Henrique Cardoso que a reforma do Estado, como um projeto integrado, teve maior avanço. No início de seu governo, foi criada a Câmara da Reforma do Estado, presidida pelo Ministro-Chefe da Casa Civil. Essa Câmara elaborou o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, aprovado pelo Ministério da Administração do Estado – MARE, em 21 de setembro de 1995.” (OLIVO, 2005, p. 15)

de acordo com o plano em questão, a reforma do aparelho estatal teria como propósito reavaliar o papel do Estado.

Esse processo de redefinição do papel do Estado é assim apresentado por Irene Nohara:

O PDRAE contemplou a interpretação da crise do Estado, associada à crise econômica e à globalização, no seu viés de ajuste fiscal; a classificação das três formas de Administração Pública: patrimonialista, burocrática e gerencial; um breve histórico das Reformas Administrativas no Brasil; um diagnóstico da situação que tinha em foco as seguintes indagações: atividades que podem ser eliminadas ou transferidas para Estados, Municípios, setor público não estatal ou privado, criação de novas instituições (agências autônomas e organizações sociais) para que o Estado desempenhasse funções mais reguladoras do que executoras, revisão do contingente de servidores existentes, com política de recursos humanos nova, rumo à qualidade e à motivação, e orientação do Estado para a eficiência; o quadro dos principais setores do Estado e das formas de gestão mais adequadas; a estratégia de mudança, com base em alterações constitucionais e legislativas; os principais projetos de reforma; e, por fim, os órgãos estratégicos envolvidos na “missão”. (NOHARA, 2012, p. 90)

Nesta sistemática de reavaliação da função do Estado, sua renovação foi motivada pela intenção de executar políticas públicas em parceria com a sociedade. Portanto, houve um esforço na diminuição da alocação orçamentária voltada à implementação de políticas públicas relacionadas a implementação de direitos sociais garantidos expressamente pela Constituição Federal de 1988, tendo como mecanismo a transferência de atividades estatais não exclusivas para o setor privado.

Esse novo modelo de parceria, entre o setor público e privado, teve como base a busca pela otimização da eficiência e eficácia das atividades estatais, como uma resposta à crise enfrentada pelo Estado burocrático.

Segundo o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado:

A redefinição do papel do Estado é um tema de alcance universal nos anos 90. No Brasil, essa questão adquiriu importância decisiva, tendo em vista o peso da presença do Estado na economia nacional. Tornou-se, conseqüentemente, inadiável o equacionamento da questão da reforma ou da reconstrução do Estado que, se por um lado já não consegue atender

com eficiência a sobrecarga de demandas a ele dirigidas, sobretudo na área social; por outro lado já dispõe de um segmento da sociedade, o terceiro setor, fortalecendo-se institucionalmente para colaborar de forma cada vez mais ativa na produção de bens públicos. A reforma do Estado não é, assim, um tema abstrato: ao contrário, é algo cobrado e iniciado pela sociedade, que vê frustradas suas demandas e expectativas. (MARE/Caderno2, 1998, p. 08)

Nesse contexto, são implementadas novas orientações do Direito Administrativo moderno, baseadas em um sistema que emprega mecanismos consensuais e negociados, com o objetivo de aperfeiçoar a eficácia de suas intervenções (ROCHA, 2003). Esta transferência de atribuições do Estado para o setor público não estatal (entidades do terceiro setor), mediante a descentralização da execução de atividades de interesse público, foi implementada através do Programa Nacional de Publicização (PNP) instituído pela Lei nº 9.637/98⁴.

Com o intuito de otimizar a eficiência e a qualidade na prestação de serviços, o programa permitiu a transferência de atividades estatais não exclusivas para Organizações Sociais (OS)⁵ e, posteriormente, a outras instituições sem fins lucrativos, como as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP)⁶, e, atualmente, através das Organizações da Sociedade Civil (OSC)⁷.

Essa abordagem tinha como meta capitalizar o conhecimento especializado e a eficiência do setor privado, com um constante foco no bem público. Mediante essa descentralização progressiva, o programa promoveu parcerias entre o governo e essas entidades, ampliando a habilidade de atender às demandas sociais e desempenhando um papel essencial na reconfiguração da organização estatal.

4 A referida lei dispõe sobre o conceito das organizações sociais e define as áreas de sua atuação, estabelecendo atribuições para execução de serviços sociais que não sejam de titularidade exclusiva do Estado.

5 Instituída pela Lei nº 9.637/98.

6 Instituída pela Lei nº 9.790/99.

7 Instituída pela Lei nº 13.019/14.

Na implementação proposta pelo Governo para a execução do Plano Nacional de Políticas (PNP), o conceito das Organizações Sociais constituiu um dos fundamentos centrais do Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE). Nesse ambiente, os idealizadores que buscavam redefinir o papel estatal almejaram transformar as Organizações Sociais em um mecanismo efetivo para delegar determinadas atividades de interesse público ao setor privado.

Nesse ponto, Hely Meirelles aborda alguns elementos do objetivo da “Reforma do Estado”:

O objetivo declarado pelos autores dessa “Reforma do Estado” com a criação da figura das organizações sociais foi encontrar instrumento que permitisse a transferência para elas de certas atividades exercidas pelo Poder Público e que melhor o seriam pelo setor privado, sem necessidade de concessão ou permissão. Trata-se de nova forma de parceria, com a valorização do chamado terceiro setor, ou seja, serviços de interesse público mas que não necessitam ser prestados pelos órgãos e entidades governamentais. (MEIRELLES, 2015, p. 483)

O PDRAE pautou-se na denominada “publicização”, que consistia na atividade de fomento a entidades privadas de interesse público, para que atuassem estrategicamente como instrumentos hábeis na prestação de serviços não exclusivos do Estado⁸.

Consoante Lucas Furtado:

O processo de publicização se insere no âmbito das reformas do Estado empreendidas ao longo da década de noventa. Nesse contexto, as atividades estatais que permitissem a sua exploração como atividade empresarial seriam transferidas aos particulares por meio da alienação de ativos e das concessões ou permissões de serviço público; as atividades estatais que não admitissem esse modus de exploração — como atividades “dirigidas ao

⁸ “A estratégia da reforma do Estado se apoia na “publicização” dos serviços não-exclusivos do Estado, ou seja, na sua absorção por um setor público não-estatal, onde, uma vez fomentados pelo Estado, assumirão a forma de organizações sociais. Essa forma de parceria entre sociedade e Estado, além de viabilizar a ação pública com mais agibilidade e maior alcance, torna mais fácil e direto o controle social, mediante a participação, nos conselhos de administração, dos diversos segmentos beneficiários envolvidos. As organizações sociais nesse setor gozam de uma autonomia administrativa muito maior do que aquela possível dentro do aparelho do Estado. Em compensação, seus dirigentes são chamados a assumir uma responsabilidade maior, em conjunto com a sociedade, na gestão da instituição.” (MARE/Caderno2, 1998, p. 11).

ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde” (Lei nº 9.637/98, art. 1º) — poderiam ser transferidas a particulares por meio do processo de publicização. (FURTADO, 2016, p. 185)

Contudo, a expressão “publicização” utilizada pelo PDRAE sofreu diversas críticas, tendo em vista que a compreensão do termo “publicização” corresponderia justamente ao contrário do que apresentado no PDRAE. Para Fernando Mânica e Fernando Menegat (2017, p. 19) se entende por publicização o “processo por meio do qual atividades sociais e econômicas são reconhecidas pela Constituição ou pela lei como tarefas finalísticas do Estado, com vistas à satisfação de necessidades coletivas”.

Da mesma maneira, ao abordar essa questão, José dos Santos Carvalho Filho faz uma análise crítica da utilização do termo “publicização”, argumentando que o PDRAE representa, na realidade, uma progressão adicional no processo de “desestatização”:

O termo publicização atribuído ao Programa parece-nos inadequado e infeliz. Primeiramente, porque parece antagonizar-se com o termo privatização, o que, como já vimos, não é verdadeiro. Depois, porque, de fato, nenhuma atividade estará sendo publicizada, o que ocorreria somente se fosse ela deslocada da iniciativa privada para a área governamental. No caso, é o inverso que sucede, posto que pessoas governamentais é que vão dar lugar a entidades de direito privado. O que existe, na realidade, é o cumprimento de mais uma etapa do processo de desestatização, pelo qual o Estado se afasta do desempenho direto da atividade, ou, se se preferir, da prestação direta de alguns serviços públicos, mesmo não econômicos, delegando-a a pessoas de direito privado não integrantes da Administração Pública. (CARVALHO FILHO, 2023, p. 272)

Desse modo, o PDRAE ao deslocar atividades exercidas por entes governamentais à iniciativa privada, implementou mecanismos relacionados à desestatização e não à “publicização”.

Para Odete Medauar (2018, p. 86) a desestatização “significa a existência de maior autonomia para a sociedade decidir seu próprio destino, com menos presença do Estado”, o que abrangeria o conceito de desregulamentação e a

privatização. Nesse contexto, a desregulamentação consistiria na eliminação de normas incidentes sobre o mercado e as atividades econômicas, enquanto a privatização, envolveria um sentido mais amplo, expressando uma participação mais efetiva da sociedade no processo produtivo, como por exemplo a transferência do controle acionário de empresas estatais ao setor privado (MEDAUAR, 2018).

Com efeito, José dos Santos Carvalho Filho esclarece os conceitos de “desestatização” e “privatização”, tendo como referência o Programa Nacional de Desestatização, estabelecido pela Lei nº 8.031/90 e, posteriormente, modificado pela Lei nº 9.491/97:

Primeiramente, cabe distinguir os termos: “desestatizar” significa retirar o Estado de certo setor de atividades, ao passo que “privatizar” indica tornar algo privado, converter algo em privado. Anteriormente, a Lei nº 8.031/1990 usava o termo “privatização”, mas a nova ideia proveniente do vocábulo acabou gerando interpretação desconforme ao preceito legal, entendendo algumas pessoas que significaria privatizar atividades, o que não seria verdadeiro, visto que muitas das atividades do programa continuariam e continuam a caracterizar-se como serviços públicos; a privatização, assim, não seria da atividade ou serviço, mas sim do executor da atividade ou serviço.

A Lei nº 9.491/1997, porém, passou a denominar de desestatização o que a lei anterior chamava de privatização, de modo que o termo, além de se tornar compatível com o próprio nome do Programa, indicou claramente que o objetivo pretendido era apenas o de afastar o Estado da posição de executor de certas atividades e serviços. (CARVALHO FILHO, 2023, p. 267)

Nesse sentido, a “privatização” corresponde ao processo em que as atividades sociais e econômicas deixam de ser reconhecidas como tarefas públicas ou a execução material das tarefas públicas é trespassada mediante adoção de modelos de ação em envolvem a sociedade (MÂNICA; MENEGAT, 2017). Ademais, Fernando Mânica e Fernando Menegat (2017, p. 230) enfatizam que o formato das parcerias entre o Estado e o terceiro setor realmente caracterizou uma forma de desestatização, consistente no fenômeno “por meio do qual o

Estado adota mecanismos de disponibilização conjunta de serviços sociais, que são postos à disposição da sociedade com a colaboração de entidades despidas de finalidade lucrativa”.

Por essa razão, Tarso Violin (2015) aponta que há uma contradição na utilização do termo “publicização”, ao invés de privatização. Esse raciocínio é fortalecido pelo próprio conceito presente no plano concebido por Bresser-Pereira, onde a intenção era eliminar órgãos estatais incumbidos de oferecer “serviços não-exclusivos de Estado”, substituindo-os por fundações públicas de direito privado estabelecidas por particulares.

Nesse sentido, Luiz Bresser-Pereira:

A transformação dos serviços não-exclusivos de Estado em propriedade pública não-estatal e sua declaração como organização social se fará através de um “programa de publicização”, que não deve ser confundido com o programa de privatização, na medida que as novas entidades conservarão seu caráter público e seu financiamento pelo Estado. O processo de publicização deverá assegurar o caráter público, mas de direito privado da nova entidade, assegurando-lhes, assim, uma autonomia administrativa e financeira maior. Para isto será necessário extinguir as atuais entidades e substituí-las por fundações públicas de direito privado, criadas por pessoas físicas. Desta forma se evitará que as organizações sociais sejam consideradas entidades estatais, como aconteceu com as fundações de direito privado instituídas pelo Estado, e assim submetidas a todas as restrições da administração estatal. (BRESSER-PEREIRA, 1999, p. 23)

Neste ponto, torna-se relevante destacar que não houve a transferência da titularidade da atividade ao setor privado, mas o trespasse da execução de serviços de interesse público⁹. Portanto, não ocorreu uma “despublicização” de

⁹ “É esse, em linhas gerais, o contexto das grandes privatizações operadas no Brasil na década de 90 do século XX, com os processos de desmonopolização de serviços públicos e de alienação de empresas estatais exploradoras de atividades econômicas.

As privatizações brasileiras, que ganharam relevo na década de 90 do século XX, perderam força no início do século XXI. Na primeira década do novo século, a Administração Pública procurou consolidar a estabilidade econômica obtida com o êxito do Plano Real e galgar importantes avanços no campo social, aproveitando o cenário econômico favorável tanto em âmbito interno quanto internacional. No que toca aos setores de titularidade público e privado, no entanto, nada se alterou.” (MÂNICA; MENEGAT, 2017, p. 41).

serviços públicos, mas sim, sua desestatização (MÂNICA; MENEGAT, 2017).

Essa atuação do Governo na implementação de mecanismos voltados à privatização de serviços públicos e sociais decorre das oscilações que a Administração Pública enfrenta entre uma maior intervenção estatal e a busca de maior participação do setor privado.

Nos anos seguintes à Reforma Administrativa, houve momentos de reavaliação e reversão parcial das privatizações, especialmente em setores considerados essenciais para o interesse nacional. Essa “oscilação do pêndulo” reflete uma busca contínua por um equilíbrio entre a participação do Estado e a iniciativa privada na prestação de serviços públicos (TÁCITO, 1997).

No ano de 2006, a economia global entrou em um período de crise devido ao colapso no sistema habitacional dos Estados Unidos, conhecido como a “Crise do Subprime”, o que desencadeou uma crise no setor financeiro e resultou em apelo por intervenção governamental (MÂNICA; MENEGAT, 2017). Inicialmente, o Brasil não foi severamente afetado pela crise global, no entanto, a partir de 2014, o cenário nacional passou por uma transformação radical, no qual o déficit público crescente tornou inviável a continuação dos investimentos estatais (MÂNICA; MENEGAT, 2017).

Neste momento, o movimento do pêndulo é reiniciado em direção a projetos de Reforma do Estado, como destacado por Fernando Mânica e Fernando Menegat:

O pêndulo é novamente posto em movimento para o hemisfério privado, fator representado, por exemplo, pelo recente programa federal de concessões de portos, aeroportos, rodovias e ferrovias; pelo novo Programa de Parceria de Investimentos – PPI, instituído pela Medida Provisória n. 727/2016 (convertida na Lei n. 13.334/16); pelo Decreto n. 8.893/16, que disciplina os projetos prioritários a serem privatizados no âmbito do PPI; pela nova lei das empresas estatais – Lei n. 13.303/2016; pela nova legislação das parcerias com o terceiro setor – Lei n. 13.019/2014; dentre outras inovações legais que redefinem os limites e modelos de integração público-privada para execução de atividades de titularidade estatal, privada e mista. (MÂNICA; MENEGAT, 2017, p. 42).

Assim, a necessidade de simplificar a burocracia na Administração Pública, visando a agilidade e a eficácia das ações estatais, resultando no fenômeno conhecido como o “retorno do pêndulo”, que implica que o Estado devolver aos particulares várias responsabilidades, especialmente as de natureza econômica, além das tarefas que anteriormente eram exclusivas do Poder Público, por meio da privatização de serviços públicos (OLIVEIRA, 2009).

A colaboração entre a sociedade civil e o Estado na implementação de políticas públicas, como nas áreas de educação e saúde, representa a concretização do princípio conhecido como “subsidiariedade” (XAVIER, 2012). Esse princípio enfatiza a necessidade de o Estado abandonar progressivamente a prestação exclusiva de certos serviços públicos, promovendo, em vez disso, o estímulo à colaboração e ao apoio mútuo entre o governo e a sociedade civil.

Para Lucas Furtado (2016) a concepção do princípio da subsidiariedade implica na orientação para o Estado concentrar seus esforços na coordenação das atividades privadas. O objetivo é permitir que a sociedade civil responda de maneira apropriada às exigências sociais e, somente quando os agentes privados se mostrarem incapazes de atender a esse propósito, é que o Estado deve intervir (FURTADO, 2016).

Trata-se da materialização do Estado Pós-Social ou Subsidiário que é marcado pela necessidade de uma reestruturação das tarefas administrativas que devem ser executadas diretamente pelo Estado (OLIVEIRA, 2009). Nesse contexto, destaca-se o reconhecimento da sociedade civil no desempenho de funções socialmente significativas, em especial, no desempenho de atividades que não requerem o exercício do poder de autoridade.

Sobre o tema assim esclarece Rafael Oliveira:

O Estado Pós-Social ou Subsidiário não significa uma desvalorização da Administração Pública, mas, ao contrário, representa uma redefinição das atividades administrativas que devem ser prestadas diretamente pelo

Estado e das demais atividades que podem ser prestadas por particulares, notadamente por não envolverem a necessidade do exercício do poder de autoridade. Valoriza-se, atualmente, a sociedade civil no desempenho de atividades socialmente relevantes (2009, p. 9).

Por sua vez, Fernando Mânica (2005) assevera que as atividades de interesse público, a partir do princípio da subsidiariedade, deixam de ser monopólio do Estado, devendo a sociedade e os indivíduos colaborar na sua definição e na sua consecução. Ao final, o referido autor afirma que do confronto entre o Estado absenteísta e intervencionista, nasce o papel do Estado subsidiário, modelo que concretiza de forma mais coerente a ideia de um Estado social, mais eficiente aos anseios dos cidadãos (MÂNICA, 2005)

Nesse ponto, Maria Di Pietro (2023) explora duas ideias fundamentais subjacentes ao princípio da subsidiariedade: i) em um primeiro momento, o Estado deve se abster de assumir atividades que possam ser desempenhadas pelos particulares, seja através de indivíduos ou associações, de maneira autônoma e com seus próprios recursos, e ii) alinhada a essa perspectiva, a intervenção estatal deve estar limitada a fomentar, coordenar e fiscalizar a iniciativa privada.

Nesse contexto, Maria Di Pietro destaca o desenvolvimento do terceiro setor como uma das implicações intrínsecas do princípio da subsidiariedade:

Da aplicação desse princípio resultam algumas consequências: (a) a privatização de empresas estatais, para que as atividades assumidas pelo Estado sejam devolvidas à iniciativa privada; (b) a ampliação da atividade de fomento, seja na área econômica, seja na área social, com o ressurgimento de fórmulas não tão novas, como a concessão de serviços públicos (agora sob nova versão – concessão patrocinada, como uma das formas de parceria público-privada instituída na Lei nº 11.079/04), o surgimento de novas formas de parceria com a iniciativa privada, os contratos de gestão com as organizações sociais, os termos de parceria com as organizações da sociedade civil de interesse público (Oscip); ainda como consequência, há um crescimento considerável do chamado terceiro setor, que abrange entidades que ficam a meio caminho entre o público e o privado, por desempenharem atividades de interesse público, muitas delas com incentivos do Estado; nova concepção do interesse público, já que a sua

tutela deixa de ser vista como de titularidade do Estado, para ser assumida também pelo particular; diminuição do aparelhamento administrativo do Estado, como resultado da diminuição de suas atividades. (DI PIETRO, 2023, p. 63)

Portanto, pode-se afirmar que a adoção do princípio da subsidiariedade desempenha um papel essencial na própria legitimidade do terceiro setor e em suas ações, resultando notavelmente em seu crescimento. Além disso, a promoção de novas formas de colaboração com o setor privado traz consigo uma perspectiva renovada sobre as atividades de interesse público. Isso acontece à medida que a responsabilidade por essas atividades não é mais exclusivamente atribuída ao Estado, sendo agora compartilhada com o setor privado.

A grande questão, é que “as atividades desenvolvidas por organizações não governamentais não podem substituir satisfatoriamente atividades estatais, em face das correntes falhas estruturais identificadas no setor privado e dos compromissos constitucionais com a prestação de direitos sociais” (NOHARA, 2012, p.).

Ademais, “a consequência de privatizar uma atividade, colocando-a na livre iniciativa, é que o particular não tem o dever de prestá-la” (DI PIETRO, 2023, p. 60). Por essa razão, Fernando Mânica (2018, p. 122) aponta que as parcerias “devem ser compreendidas como instrumentos de incentivo quanto de execução indireta de tarefas estatais”, tendo em vista que a Constituição Federal “não exige que a consecução de tais tarefas ocorra por meio de um modelo único de organização administrativa”.

Com efeito, as organizações não governamentais não podem substituir completamente as atividades estatais, devido a falhas estruturais no setor privado e aos compromissos constitucionais relacionados à prestação de direitos sociais.

Assim, o princípio da subsidiariedade desempenha um papel central na

transformação do cenário em que o Estado não é mais o único responsável pela prestação de serviços de interesse público. Em vez disso, ele promove uma abordagem colaborativa em que o setor privado também compartilha a responsabilidade, resultando em um novo modelo de governança que busca maior eficiência na satisfação das necessidades dos cidadãos.

Essa transformação é especialmente evidente na esfera dos serviços sociais, onde a Constituição brasileira permite a coexistência do Estado e do setor privado na oferta de serviços essenciais, como saúde, educação e assistência social. O reconhecimento de que a ampliação desses serviços está intrinsecamente ligada à realização dos direitos fundamentais impulsiona essa abordagem colaborativa que será objeto de análise no próximo tópico.

2.2 Parcerias com o terceiro setor

O estabelecimento de parcerias com organizações do terceiro setor representa uma abordagem de desestatização, conforme anteriormente exposto, uma vez que funções estatais que são compartilhadas em termos de titularidade são realizadas por entidades de natureza privada.

Ademais, a esfera de ação compartilhada é predominantemente constituída pelos serviços sociais, áreas nas quais a Constituição brasileira permitiu a participação simultânea tanto do Estado quanto do setor privado (MÂNICA; MENEGAT, 2017). O Constituinte compreendeu que quanto maior a disponibilidade desses serviços, maior seria a realização dos direitos que eles representam, como saúde, educação e assistência social.

As organizações responsáveis por estabelecer uma parceria com as autoridades governamentais para oferecer serviços públicos que não são exclusivos do Estado têm sido referidas como entidades do terceiro setor. Com

efeito, o terceiro setor “resulta de iniciativas da sociedade civil, através de pessoas de atuação voluntária, associações e organizações não governamentais, para a execução de funções eminentemente sociais, sem alvejar resultados lucrativos, como as pessoas empresariais em geral” (CARVALHO FILHO, 2023, p. 271).

Nesse sentido, Rafael Oliveira esclarece que o terceiro setor existe em conjunto com o primeiro setor, representado pelo Estado, e o segundo setor, que é composto pelo mercado empresarial:

A expressão “Terceiro Setor”, que engloba as entidades da sociedade civil sem fins lucrativos, surge justamente como uma “terceira via” possível no atendimento do interesse público. Usualmente, o Primeiro Setor, formado pelo Estado (Entes federados e entidades da Administração Pública Indireta), e o Segundo Setor, relativo ao mercado (entidades privadas com fins lucrativos, tais como os concessionários e os permissionários de serviços públicos), eram os responsáveis pelo atendimento do interesse público. Atualmente, como visto, em virtude da aproximação entre o Estado e a sociedade civil, a iniciativa privada, que presta atividades socialmente relevantes, vai ser fomentada, notadamente, pelo recebimento de benefícios públicos – recursos orçamentários, cessão de bens, entre outros previstos em lei (OLIVEIRA, 2009, p. 279).

Com efeito, no terceiro setor englobam-se todas as instituições privadas que desempenham atividades de interesse público e estabelecem colaborações com o Estado. Nesse sentido, Fernando Mânica e Fernando Menegat (2017, p. 231), ao proporem um critério subjetivo, destacam que o terceiro setor “corresponde ao conjunto de pessoas jurídicas de direito privado, voluntárias e sem fins lucrativos”.

Nesse sentido, os referidos autores esclarecem que:

No ordenamento jurídico brasileiro, esse grupo de entidades é formado pelas associações, fundações, organizações religiosas e partidos políticos, bem como pelas cooperativas sociais. Trata-se, nessa medida, do conjunto de entidades criadas por iniciativa da própria sociedade civil, de modo desvinculado do Estado. (MÂNICA; MENEGAT, 2017, p. 231)

Somado ao critério subjetivo, em sentido objetivo, o terceiro setor “corresponde ao conjunto de iniciativas sociais que direcionam seus esforços para a consecução do interesse público” (MÂNICA; MENEGAT, 2017, p. 231). Portanto, de acordo com esse parâmetro, é claro que nem todas as organizações sem fins lucrativos estão automaticamente categorizadas no domínio do terceiro setor, tendo em vista que muitas entidades sem fins lucrativos direcionam suas atividades para interesses específicos de seus membros, como é o caso de clubes recreativos e associações de benefício mútuo (MÂNICA; MENEGAT, 2017).

As entidades do terceiro setor assumem o compromisso de executar serviços e iniciativas em benefício da comunidade, a exemplo das Organizações Sociais (OS)¹⁰, das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP)¹¹, e, mais recentemente, das Organizações da Sociedade Civil (OSC)¹².

Para Maria Di Pietro (2023) embora haja leis específicas que disciplinam algumas dessas modalidades, não há dúvida de que, sob o ponto de vista de seus vínculos com o Estado, elas estão na mesma posição e apresentam vários pontos comuns: i) não são criadas pelo Estado, embora algumas delas possam ser autorizadas por lei ou, pelo menos, demandem algum tipo de incentivo estatal para sua formação (como por exemplo os serviços sociais autônomos); ii) em regra, não desempenham serviço público delegado pelo Estado, mas atividade privada de interesse público (serviços sociais não exclusivos do Estado); iii) recebem algum tipo de incentivo do Poder Público, tal como auxílios e subvenções provenientes do orçamento do Estado; iv) têm vínculos jurídicos com o Poder Público, por meio de convênio, termo de parceria, contrato de gestão ou outros instrumentos congêneres; v) seu regime jurídico é de direito privado, porém parcialmente derogado por normas de direito público, precisamente em decorrência do vínculo que as liga ao Poder Público, e vi) não integram a Administração Pública, por essa razão são consideradas “entidades paraestatais”.

10 Regulamentada pela Lei nº 9.637/98.

11 Regulamentada pela Lei nº 9.790/99.

12 Regulamentada pela Lei nº 13.019/14.

Nesse contexto, diversos administrativistas categorizam as organizações do terceiro setor como “entidades paraestatais”¹³, dado que contribuem com a Administração Pública ao operar em paralelo com o Estado, com relação ao seu objetivo principal, ou seja, no cumprimento da função pública de promover o bem-estar geral e alcançar os interesses da comunidade.

Nesse sentido, cumpre transcrever a conclusão delineada por Tarso Violin:

Concluimos que se o termo “paraestatal” significa “ao lado do Estado”, como a Administração Pública é o aparelho estatal, as entidades paraestatais não comporiam a Administração direta nem a indireta. Como elas estariam ao lado do Estado prestando serviços de interesses coletivos ou públicos, não privativos do Estado, independentemente se recebem contribuições parafiscais ou não, concordamos com os posicionamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello e dos atualizadores da obra de Hely Lopes Meirelles, que listam como entidades paraestatais as entidades do “terceiro setor” (incluindo as organizações sociais, as OSCIPs, os partidos políticos e os sindicatos), inclusive os serviços sociais autônomos. (VIOLIN, 2015, p. 187)

Dessa forma, as organizações do terceiro setor operariam em conjunto com o Estado, e o termo “paraestatal” seria empregado para enfatizar que essas entidades privadas em questão não fazem parte da estrutura da Administração Pública.

As entidades do terceiro setor não precisam manter qualquer vínculo com o poder público, mas se mantiver, então essa entidade do terceiro setor passa a ser considerada paraestatal – o que igualmente não a excluiria do terceiro setor (FURTADO, 2016). Assim, torna-se evidente que a designação de paraestatal implica a existência de algum vínculo com o poder público, como é o caso das OS, OSCIP e OSC, e não simplesmente o fato de ser alguma associação sem

13 Entidades paraestatais – São pessoas jurídicas de Direito Privado que, por lei, são autorizadas a prestar serviços ou realizar atividades de interesse coletivo ou público, mas não exclusivos do Estado. São espécies de entidades paraestatais os serviços sociais autônomos (SESI, SESC, SENAI e outros) e, agora, as organizações sociais, cuja regulamentação foi aprovada pela Lei 9.648, de 27.5.98. As entidades paraestatais são autônomas, administrativa e financeiramente, têm patrimônio próprio e operam em regime de iniciativa particular, na forma de seus estatutos, ficando sujeitas apenas à supervisão do órgão da entidade estatal a que se encontrem vinculadas, para o controle de desempenho estatutário. São os denominados entes de cooperação com o Estado (MEIRELLES, 2015, p. 71).

fins lucrativos ou uma fundação privada.

Conforme anteriormente exposto, o conceito de terceiro setor tem maior concretude após o Programa Nacional de Publicização – PNP, instituído por meio da Lei nº 9.637/98. Na mencionada legislação, está previsto que o Poder Executivo federal tem a possibilidade de classificar como Organizações Sociais as entidades de direito privado, sem fins lucrativos, cujas ações estejam voltadas para a educação, pesquisa científica, avanço tecnológico, conservação ambiental, cultura e saúde (artigo 1º)

Dessa forma, fica evidente que os estudiosos envolvidos na Reforma do Estado inicialmente incorporaram as Organizações Sociais como coadjuvantes do PNP (artigo 20). Para Bresser-Pereira a descentralização de atividades não exclusivos do Estado mediante a constituição de “organizações sociais”, gerenciadas por meio de contrato de gestão, foi um dos pilares do processo de modernização e aprimoramento da eficiência na gestão pública dos anos 90.

Na época da Reforma do Estado, o terceiro setor era constituído basicamente pelos serviços sociais autônomos¹⁴, entidades de apoio¹⁵ e pelas recém

14 ‘Serviços sociais autônomos, consoante Hely Lopes Meirelles (2003:362), “são todos aqueles instituídos por lei, com personalidade de Direito Privado, para ministrar assistência ou ensino a certas categorias sociais ou grupos profissionais, sem fins lucrativos, sendo mantidos por dotações orçamentárias ou por contribuições para-fiscais. São entes paraestatais, de cooperação com o Poder Público, com administração e patrimônio próprios, revestindo a forma de instituições particulares convencionais (fundações, sociedades civis ou associações) ou peculiares ao desempenho de suas incumbências estatutárias”. Como exemplos, ele cita o Senai, Senac, Sesc, Sesi, “com estrutura e organização especiais, genuinamente brasileiras”. Acrescenta o autor que tais entidades, “embora oficializadas pelo Estado, não integram a Administração direta nem a indireta, mas trabalham ao lado do Estado, sob seu amparo, cooperando nos setores, atividades e serviços que lhes são atribuídos, por considerados de interesse específico de determinados beneficiários. Recebem, por isso, oficialização do Poder Público e autorização legal para arrecadarem e utilizarem na sua manutenção contribuições para-fiscais, quando não são subsidiadas diretamente por recursos orçamentários da entidade que as criou” (DI PIETRO, 2023, p. 671).

15 “São entidades de apoio as pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, instituídas por servidores públicos, porém em nome próprio, sob a forma de fundação, associação ou cooperativa, para a prestação, em caráter privado, de serviços sociais não exclusivos do Estado, mantendo vínculo jurídico com entidades da Administração Direta ou Indireta, em regra por meio de convênio [...] Normalmente, coloca-se no ato constitutivo da entidade o objetivo de oferecer “apoio” ao órgão ou instituição junto aos quais funcionam. A formalização da parceria com o poder público normalmente se faz por meio de convênio, que prevê, em benefício da entidade, a utilização de bens públicos de todas as modalidades (móveis e imóveis) e de servidores públicos.” (DI PIETRO, 2023, p. 673).

idealizadas Organizações Sociais, que em suma representavam entidades da sociedade civil de fins públicos e não lucrativos, que atuavam em parceria com o Estado na prestação de atividades de relevante interesse social.

Nesse ponto, Maria Di Pietro (2022) esclarece que os serviços sociais autônomos (Sesi, Sesc, Senai e outros) serviu de inspiração para o projeto das organizações sociais. Contudo, diferentemente das outras entidades do terceiro setor que serão examinadas neste trabalho, os serviços sociais autônomos não serão incluídos na análise, pois são instituídos por meio de autorização legal e normalmente obtêm seus recursos para a manutenção principalmente através de contribuições parafiscais (MEIRELLES, 2015).

As organizações sociais foram expressamente previstas no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, elaborado MARE. No Plano Diretor constava a afirmativa de que “o Projeto das Organizações Sociais tem como objetivo permitir a descentralização de atividades no setor de prestação de serviços não exclusivos, nos quais 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” (PDRAE, 1995, p. 74).

A ideia do PDRAE era implementar um processo de “publicização” dos serviços não exclusivos do Estado através da transferência do setor estatal para o setor público não estatal, sob a forma de qualificação de entidades privadas, sem fins lucrativos, como Organizações Sociais. Portanto, fica nítido, que a institucionalização das Organizações Sociais foi o elemento central para a descentralização de atividades sociais conferidas pela Constituição Federal ao Estado.

Para o PDRAE, as OSs poderiam realizar o cumprimento de serviços sociais com mais eficiência e autonomia, ainda que dependessem de financiamento estatal, e seria dada prioridade para os hospitais, as universidades, as escolas técnicas, os centros de pesquisa, as bibliotecas e os museus transformarem-se em organizações sociais (PDRAE, 1995).

Contudo, pouco tempo após a aprovação do PDRAE e diante do amplo processo de transferência de administração, que foi acompanhado pela promulgação da Lei nº 9.637/98, começaram a surgir dúvidas sobre a constitucionalidade das áreas de atuação das organizações sociais.

As duas principais críticas quanto à inconstitucionalidade da referida lei estavam centradas na ampla discricionariedade conferida ao gestor públicos para decidir sobre a qualificação das entidades privadas como Organizações Sociais e a possibilidade de extinção e transformação de entidades públicas em entidades privadas sem fins lucrativos, sem critérios objetivos que permitissem garantir a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e transparência.

Em relação ao primeiro ponto, deve-se observar que no inciso II do art. 2º da Lei nº 9.637/98 revela-se a ampla discricionariedade conferida ao gestor federal para a qualificação das entidades do terceiro setor:

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

[...]

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.

Reforçando essa discricionariedade, o art. 20 da Lei nº 9.637/98 previa que o Programa Nacional de Publicização – PNP seria criado, mediante decreto do Poder Executivo, 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.

Na sistemática legal, uma vez que a entidade privada obtivesse a qualificação, ela seria autorizada a operar sob um conjunto de regras distintas, habilitando-a a estabelecer contrato de gestão com o Poder Público. Entretanto,

a legislação não estabelecia critérios objetivos para a seleção da entidade que receberia essa qualificação e, por conseguinte, teria acesso aos recursos públicos.

Isso ocorria porque, mesmo que os requisitos fossem cumpridos, a decisão de conferir à entidade o status de organização social estava sujeita ao julgamento discricionário da autoridade competente, guiada por suas próprias considerações de oportunidade e conveniência (VIOLIN, 2015). Assim, a principal preocupação da doutrina¹⁶ está relacionada à extensa margem de discricionariedade concedida à autoridade competente do Poder Público ao qualificar uma entidade privada como Organização Social.

Essa amplitude na discricionariedade muitas vezes se transforma em arbitrariedade devido à ausência de mecanismos imparciais para a seleção da entidade privada a ser qualificada como Organização Social, conforme destaca Lucas Furtado:

“[...] a absoluta falta de critérios de impessoalidade para a escolha da entidade que irá receber os recursos públicos tem sido fonte de constante questionamento quanto à sua constitucionalidade. A rigor, há situações em que entidades privadas são criadas com o único propósito de receberem esses recursos, em evidente violação aos princípios da moralidade e da impessoalidade. A absoluta discricionariedade – que por ser absoluta se converte em arbitrariedade – na escolha da entidade privada a ser qualificada como OS, aliada à falta de transparência nas prestações de contas, que são encaminhadas à própria entidade ou órgão que repassa referidos recursos, têm comprometido todo o processo de publicização. (FURTADO, 2016, pp. 185-186)

No mesmo sentido cumpre transcrever a crítica de Sílvio Rocha:

Não há razão lógica que justifique a decisão administrativa de dentre duas pessoas jurídicas que preencham os requisitos (...) conceder a uma e negar a outra o título de organização social. A escolha afronta manifestamente o princípio da isonomia. Se há igualdade jurídica entre as pessoas jurídicas que pretendam receber o título de organização social, a solução, de lege ferenda, seria a atribuição desta qualidade a todas — e não apenas a algumas — que preencham os requisitos, transformando o exercício da competência

¹⁶ Esse procedimento é considerado inconstitucional por diversos estudiosos como José Eduardo Sabo Paes, Lúcia Valle Figueiredo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Rogério Gesta Leal e Sílvio Luís Ferreira da Rocha, (VIOLIN, 2015, p. 222).

do agente de discricionária para vinculada no que diz respeito ao conteúdo do ato. Somente assim o princípio constitucional da igualdade seria respeitado. Uma alternativa seria a realização de procedimento licitatório que, com base em critérios objetivos e imparciais, selecionasse entre as candidatas aquela que se mostrasse mais capacitada a receber o título de organização social. (ROCHA, 2003, p. 117)

Acompanhando esse raciocínio, Maria Di Pietro (2022, p. 580) salienta que a escolha da entidade a ser qualificada “não poderia prescindir de licitação ou de outro procedimento adequado para assegurar o princípio da isonomia entre os possíveis interessados”. Sobre a discricionariedade da qualificação, Rogério Gesta Leal (2006, p. 176) defende que o Poder Público, “desde que solicitado, deve — e não pode — qualificar como tais as organizações que se enquadrem nesta tipificação, sob pena de, aceita a facultatividade da qualificação por parte do Estado, criarmos uma séria possibilidade de arbitrariedades e favoritismos corporativos aos amigos do poder que desejarem constituir uma entidade com tal perfil”.

Outro aspecto que recebeu críticas contundentes por parte da doutrina foi a disposição do Plano Diretor que permitia a extinção de órgãos e entidades da Administração Pública, com a transferência de suas funções para Organizações Sociais. Isso foi explicitamente estabelecido nos artigos 18 e 22 da Lei nº 9.637/98, que prevê a extinção (“absorção”) de entidades e órgãos públicos, assim como a definição de critérios para a transferência e absorção de suas responsabilidades e serviços pelas organizações sociais, através da celebração de contratos de gestão.

Essa possibilidade de extinção de entidades públicas e a sua absorção pelas organizações sociais é extremamente criticada pela doutrina pátria, porquanto o Estado como responsável principal de executar os serviços de saúde, educação e assistência social, não pode passar essa incumbência constitucional

para o terceiro setor, especialmente para as organizações sociais, a qual deve ter uma atuação complementar e não substitutiva do Estado.

Para Carlos Montaña (2002) a referida “publicização” se tratou de uma verdadeira ocultação da autorresponsabilização do Estado na prestação de serviços sociais. Compartilhando do mesmo pensamento, Lúcia Valle Figueiredo (2003) compreende que as organizações sociais têm como objetivo fazer com que o Estado abdique de suas responsabilidades fundamentais, transferindo-as para entidades privadas, que se tornam de certa forma “públicas” ao operar com financiamento estatal. Para a referida autora (2003), essa abordagem é considerada inconstitucional, uma vez que a prestação de serviços de saúde e educação são incumbências do Estado, que não deve renunciar a essas obrigações e repassá-las a terceiros.

No mesmo sentido, Min. Relator Ayres Britto, ao proferir seu voto na ADI 1923, interpretou, entre outros pontos, a inconstitucionalidade dos artigos 18 a 22 da Lei nº 9.637/98. Segundo o referido Ministro, a extinção das entidades públicas pelo Poder Público e sua subsequente absorção por entidades privadas, qualificadas como organizações sociais, efetivamente representaria uma substituição do Estado na prestação de serviços sociais por parte dessas entidades privadas. Além disso, ele enfatizou que esse papel meramente indutivo, fiscalizador e regulador é apropriado apenas para atividades econômicas, e não para os serviços públicos.

Apesar de o desenvolvimento do terceiro setor estar intrinsecamente ligado à ideia de desestatização, conforme anteriormente exposto, a colaboração das Organizações Sociais (OS) não deve resultar em uma substituição completa e permanente do Estado pelas entidades privadas como protagonistas na oferta de serviços que não sejam exclusivos do Estado (VIOLIN, 2015).

Nesse mesmo sentido, Lucas Furtado destaca a inconstitucionalidade da Lei nº 9.637/98 no ponto em que pretendeu extinguir determinadas entidades públicas. De acordo com a perspectiva do referido autor (2016), a extinção de certas entidades públicas para substituí-las por entidades privadas que não fazem parte da Administração Pública representa uma violação à Constituição Federal.

Isso ocorre porque o Estado só tem o poder de criar autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista (art. 37, XIX da CF) e, eventualmente, subsidiárias dessas últimas – art. 37, XX da CF (FURTADO, 2016). Portanto, de acordo com a Constituição Federal, não é possível para o Estado criar associações, fundações privadas, sociedades simples ou empresariais fora do âmbito da Administração Indireta, mesmo que isso fosse feito por meio de lei (FURTADO, 2016).

Diante das inconsistências presentes na Lei nº 9.637/98, conforme apontado por Tarso Violin (2015, p. 224), poucas organizações sociais foram estabelecidas a nível federal naquela época. Devido às muitas críticas direcionadas ao modelo, o governo criou um ano depois a categoria das organizações da sociedade civil de interesse público, regulamentada pela Lei nº 9.790/99 (VIOLIN, 2015).

Este novo modelo adotou uma abordagem de qualificação vinculada e sem a previsão da possibilidade de cessão de servidores e/ou bens públicos as entidades privadas. Portanto, observa-se que o próprio governo federal optou por trazer mais segurança jurídica para a qualificação do terceiro setor, afastando a discricionariedade aberta anteriormente prevista na Lei nº 9.637/98. Ademais, a lei das OSCIPs também não previu a extinção de entidades públicas para que sejam administradas por particulares.

A análise da constitucionalidade da Lei nº 9.637/98 não se restringiu ao campo doutrinário, pois essa lei foi objeto de duas ações declaratórias de inconstitucionalidade, cujos fundamentos serão agora examinados.

2.3. Adi nº 1.923 e constitucionalidade da lei nº 9.637/98

Nesse cenário, o Partido dos Trabalhadores (PT) e o Partido Democrático Trabalhista (PDT) apresentaram a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1.923 em relação à Lei nº 9.637/98¹⁷ e ao inciso XXIV do artigo 24 da Lei 8.666/93, conforme a redação introduzida pelo artigo 1º da Lei 9.648/98¹⁸. Similarmente, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) também propôs a ADI nº 1.943, a qual foi suspensa até a decisão da ADI 1.923.

Os principais questionamentos abordados nas referidas ações de controle foram esquematizados da seguinte forma por Paulo Bugarin:

- a) outorga ao Poder Executivo do poder de atribuir ou não qualificação de organização social à entidade que cumprir os requisitos previstos em lei (art. 2º, inc. II, da Lei nº 9.637/98), com ofensa ao princípio do Estado Democrático de Direito (art. 1º da CF);
- b) possibilidade de celebração de contrato de gestão com entidades qualificadas como organizações sociais sem a realização de procedimento licitatório (arts. 5º, 6º e 7º da Lei nº 9.637/98), com ofensa ao princípio da igualdade e da obrigatoriedade de licitação (art. 37, inc. XXI, CF);
- c) possibilidade de destinação de recursos e bens públicos para organizações sociais sem licitação (arts. 12 e 13 da Lei nº 9.637/98), com ofensa ao princípio da igualdade e da obrigatoriedade de licitação (arts. 5º, 37, inc. XXI, e 175 da CF);
- d) possibilidade de cessão de servidores públicos para as organizações sociais com ônus para o cedente – arts. 12, §2º, e 14 da Lei nº 9.637/98 (BUGARIN, 2007, p. 13).

17 Dispõe sobre a qualificação como organizações sociais de pessoas jurídicas de direito privado, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que mencionam, a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências.

18 Autoriza a celebração de contratos de prestação de serviços com organizações sociais, sem licitação.

Além desses pontos, outra principal alegação, no âmbito da ADI 1923, foi a de violação da Constituição Federal diante das previsões contidas na Lei nº 9.637/98 que permitiriam a conversão de órgãos e entidades administrativas (como autarquias e fundações) em organizações sociais. Argumentava-se que a extinção e transformação dessas entidades públicas em entidades privadas sem fins lucrativos representaria, na prática, uma espécie de “privatização” das responsabilidades do Estado na prestação de serviços sociais, conforme destacado no voto do Ministro Eros Grau.

Bernardo Lins (2015) observa que os argumentos apresentados na petição inicial para pleitear a inconstitucionalidade da Lei nº 9.637/98 são os mesmos destacados pela doutrina crítica: privatização de serviços públicos e afastamento do regime jurídico administrativo.

Para Carlos Xavier (2012) o que motivou o ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade foi a chamado “utilização patológica” das organizações sociais. Além disso, segundo o autor (2012), a falta de critérios imparciais no Programa Nacional de Publicização poderia dar margem à “feudalização” ou à apropriação com viés clientelista e patrimonialista, tendo em vista que a dispensa de licitação permitiria que as parcerias do Estado com as entidades privadas fossem utilizadas de forma tendenciosa, de acordo com agendas político-econômicas e acordos predefinidos entre os administradores públicos e os intervenientes do setor privado.

No ano de 2007, por meio de um notável voto-vista, o Ministro Eros Grau expressou de maneira evidente sua convicção sobre a inconstitucionalidade das organizações sociais:

a) a Lei das OSs “na crista do chamado neoliberalismo, instrumenta a redução do tamanho do Estado, na redefinição do seu papel” e “o legislador teria sido inspirado por uma ‘vontade de reformar o Estado’”, o que para ele “são incompatíveis com a Constituição do Brasil”, segundo os arts. 1º, 3º e 170 da Constituição (construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantia do desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza e

da marginalização, redução das desigualdades sociais e regionais, promoção do bem de todos, soberania, cidadania, valor social do trabalho, valor social da livre iniciativa e realização da justiça social);

b) é inconstitucional prever a destinação de recursos públicos e cessão de bens e servidores públicos às OSs sem licitação, o que fere o art. 37, XXI, da Constituição e o princípio da isonomia (art. 5º). Chamou de “inconstitucionalidade chapada”;

c) quando a lei trata de parcerias e publicização está tratando claramente de privatização de dever-poder do Estado. O Ministro pergunta até se o termo publicização foi utilizado com sarcasmo, pois é na verdade privatização das funções do Estado, e dessas funções não se pode demitir o Estado sem agressão à Constituição (1º, 3º, 215, 218 e 225).

Na decisão que negou a medida cautelar para suspender os efeitos da Lei nº 9.637/98, o Ministro Eros Grau, sem adotar os argumentos do mérito, reavaliou sua decisão devido ao lapso de quase nove anos decorrido desde a promulgação da Lei até o momento de sua análise.

Por sua vez, o Ministro Gilmar Mendes ao proferir seu voto, na medida cautelar, defendeu, em breve resumo, que o processo de publicização de atividades e serviços não exclusivos do Estado busca a eficiência dos resultados mediante a flexibilização de procedimentos, justificando, portanto, a implementação de um regime especial, regidos por regras que respondem a racionalidades próprias do direito público e privado. Ademais, o referido Ministro ainda registrou que esse modelo de gestão público tem sido adotado por diversos Estados-membros e que as experiências demonstram que a Reforma da Administração Pública tem avançado de forma promissora.

Na apreciação do mérito o Ministro Ayres Britto, na sessão de julgamento de 31 de março de 2011, votou no sentido de parcial procedência dos pedidos elencados na ADI 1923, *in verbis*:

Min. Ayres Britto, relator, julgou parcialmente procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade das seguintes expressões e dispositivos da Lei 9.637/98: da expressão “quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social”, contida no inciso II do art. 2º; da expressão “com recursos provenientes do contrato de gestão, ressalvada a hipótese de adicional relativo ao exercício de função temporária de

direção e assessoria”, constante do § 2º do art. 14; dos artigos 18 a 22, com modulação dos efeitos da decisão no sentido de que as organizações sociais que “absorveram” atividades de entidades públicas extintas até a data do julgamento deverão continuar prestando os respectivos serviços. Deu, ainda, aos artigos 5º, 6º e 7º do mesmo diploma e ao inciso XXIV do art. 24 da Lei 8.666/93, interpretação conforme a Constituição, para deles afastar qualquer entendimento excludente da realização de um peculiar processo competitivo público e objetivo para: a) a qualificação de entidade privada como organização social; b) a celebração de “contrato de gestão”.

Nesse contexto, é importante destacar que o Ministro Ayres Britto, ao validar a constitucionalidade da prestação de serviços não exclusivos do Estado pelo terceiro setor, especialmente as organizações sociais, considerou inconstitucional o chamado Programa Nacional de Publicização - PNP, previsto nos artigos 18 a 22 da Lei 9.637/98. Esses artigos estabeleciam um mecanismo pelo qual o Estado poderia transferir para o setor privado toda a responsabilidade pela prestação de serviços públicos nas áreas de saúde, educação, meio ambiente, cultura, ciência e tecnologia.

O referido Ministro reputou inconstitucional o Programa Nacional de Publicização – PNP sustentando que ele se caracterizava como um autêntico programa de privatização. Isso se deve ao fato de que não seria admissível que uma organização social (OS) absorvesse entidades públicas.

A razão disso é que, uma vez que uma entidade privada qualificada como OS não faça parte da Administração Pública, o Estado estaria renunciando à prestação de serviços que são inalienáveis e que fazem parte de suas funções intrínsecas. Isso configuraria, na verdade, uma verdadeira “terceirização” de funções constitucionalmente conferidas pelo constituinte ao Estado.

Nesse sentido, o Ministro relator Carlos Ayres Britto assinou destacou:

Têm razão os autores quando impugnam o que se convencionou chamar de “Programa Nacional de Publicização”. Programa que, nos termos da Lei 9.637/98, consiste na “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” (art. 20). Em outras palavras, órgãos e entidades públicos são extintos ou desativados

e repassados todos os seus bens à gestão das organizações sociais, assim como servidores e recursos orçamentários são igualmente repassados a tais aparelhos ou instituições do setor privado. Fácil notar, então, que se trata mesmo é de um programa de privatização. Privatização, cuja inconstitucionalidade, para mim, é manifesta. Conforme concluí acima, a Constituição determina, quanto aos serviços estritamente públicos, que o Estado os preste diretamente, ou, então, sob regime de concessão, permissão ou autorização. Isto por oposição ao regime jurídico das atividades econômicas, área em que o Poder Público deve atuar, em regra, apenas como agente indutor e fiscalizador. Não fosse assim, a Magna Carta não faria a menor referência a serviços públicos de saúde (mescladamente públicos, entenda-se), a estabelecimentos oficiais de ensino, a regime geral de previdência social, etc. Ora, o que faz a Lei 9.637/98, em seus arts. 18, 19, 20, 21 e 22, é estabelecer um mecanismo pelo qual o Estado pode transferir para a iniciativa privada toda a prestação de serviços públicos de saúde, educação, meio ambiente, cultura, ciência e tecnologia. A iniciativa privada a substituir o Poder Público, e não simplesmente a complementar a performance estatal. É dizer, o Estado a, globalmente, terceirizar funções que lhe são típicas. O que me parece juridicamente aberrante, pois não se pode forçar o Estado a desaprender o fazimento daquilo que é da sua própria compostura operacional: a prestação de serviços públicos.

Dessa forma, fica claro que o Ministro Ayres Britto interpretou que, dado que os serviços públicos não exclusivos devem ser providos de forma complementar pelas entidades privadas, sem substituir a atuação do poder público, os artigos 18 a 22 da Lei nº 9.637/98 seriam considerados inconstitucionais. Isso ocorreria porque, ao extinguirem as entidades públicas e determinarem que as atividades fossem absorvidas por organizações sociais, eles efetivamente resultariam na substituição do papel do Estado.

Todavia, o voto-vista apresentado pelo Ministro Luiz Fux não seguiu a mesma orientação do relator. O referido Ministro apresentou seu voto em 19 de maio de 2011, oportunidade em que não considerou que a Lei nº 9.637/98 pudesse decorrer de completa desoneração estatal de serviços públicos não-privativos. A sua solução ficou restrita à utilização da técnica de interpretação conforme à Constituição, ao destacar que a qualificação de uma entidade privada como OS e a regulação de sua atuação deve atender a forma pública, objetiva e impessoal, bem como observar os princípios do art. 37 da CF.

Nesse sentido, o Min. Luiz Fux assim votou:

Ex positis, voto no sentido de julgar parcialmente procedente o pedido, apenas para conferir interpretação conforme à Constituição à Lei nº 9.637/98 e ao art. 24, XXIV da Lei nº 8.666/93, incluído pela Lei nº 9.648/98, para que:

- (i) o procedimento de qualificação seja conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, e de acordo com parâmetros fixados em abstrato segundo o que prega o art. 20 da Lei nº 9.637/98;
- (ii) a celebração do contrato de gestão seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF;
- (iii) as hipóteses de dispensa de licitação para contratações (Lei nº 8.666/93, art. 24, XXIV) e outorga de permissão de uso de bem público (Lei nº 9.637/98, art. 12, §3º) sejam conduzidas de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF;
- (iv) os contratos a serem celebrados pela Organização Social com terceiros, com recursos públicos, sejam conduzidos de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade;
- (v) a seleção de pessoal pelas Organizações Sociais seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; e
- (vi) para afastar qualquer interpretação que restrinja o controle, pelo Ministério Público e pelo TCU, da aplicação de verbas públicas (informativo nº 628 do STF).

Os Ministros Teori Zavascki, Cármen Lúcia Antunes Rocha, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski acompanharam o Ministro Fux.

Por outro lado, o Ministro Marco Aurélio Mello, acompanhado pela Ministra Rosa Weber, ao apresentar seu voto 2015, ressaltou que a Constituição claramente estabelece a obrigação do Estado de intervir em áreas de maior importância, não deixando espaço para decisões discricionárias por parte do legislador e dos administradores, a saber:

A modelagem estabelecida pelo Texto Constitucional para a execução de serviços públicos sociais, como saúde, ensino, pesquisa, cultura e preservação do meio ambiente, não prescinde de atuação direta do Estado, de ma-

neira que são incompatíveis com a Carta da República leis e programas de governo que emprestem ao Estado papel meramente indutor nessas áreas, consideradas de grande relevância social pelo constituinte.

A extinção sistemática de órgãos e entidades públicos que prestam serviços públicos de realce social, com a absorção da respectiva estrutura pela iniciativa privada – característica central do chamado “Programa Nacional de Publicização”, de acordo com o artigo 20 da Lei nº 9.637/981 –, configura privatização que ultrapassa as fronteiras permitidas pela Carta de 1988.

O Estado não pode simplesmente se eximir da execução direta de atividades relacionadas à saúde, educação, pesquisa, cultura, proteção e defesa do meio ambiente por meio da celebração de “parcerias” com o setor privado.

Segundo José dos Santos Carvalho Filho:

O STF, como antecipamos, conferiu a vários dispositivos da Lei nº 9.637/1998 interpretação conforme a Constituição, decidindo em resumo que devem ser conduzidos de forma pública, objetiva e impessoal, observando-se o art. 37, caput, da CF, os procedimentos de: (a) qualificação das OS; (b) celebração do contrato de gestão; (c) dispensa de licitação e outorga de permissão de uso de bem público; e (d) a seleção de pessoal, na forma do regulamento próprio. Por outro lado, afastou qualquer interpretação que restrinja o controle de aplicação das verbas públicas pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Contas da União.¹⁰⁷ Em outras palavras, a Corte acolheu o sistema das OS como instituto legítimo para implementar políticas públicas nas áreas mencionadas na lei. (CARVALHO, 2023, p. 274)

Os Ministros Dias Toffoli e Luís Roberto Barroso abstiveram-se de votar na ADI nº 1.923. Segundo Tarso Violin (2015), o andamento dessa ação no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF) foi marcado por considerável confusão, e devido a algumas inconsistências presentes nos votos dos Ministros, não ficou claro se eles concordavam ou não com a possibilidade de transferência completa da gestão de uma entidade estatal para uma Organização Social. Além disso, ficou em aberto a chance de “discutir em cada caso específico de privatização por meio de Organização Social se tal prática está de acordo com a interpretação da Constituição Federal pelo STF” (VIOLIN, 2015, p. 248).

Com base na decisão do STF, pode-se afirmar que a possibilidade de as organizações sociais prestarem serviços não exclusivos do Estado não foi considerada inconstitucional. Ademais, foi reconhecido que as organizações so-

ciais desempenham um papel relevante ao atuar em conjunto com o Estado na prestação de serviços que não são exclusivos do setor público, e a Constituição permite essa colaboração entre o setor privado e o público.

Para o STF a natureza de convênio do contrato gestão afastaria a inconstitucionalidade com relação a necessidade de realização do processo licitatório. Contudo, mesmo para aqueles que consideram o contrato de gestão um convênio, não se pode olvidar que a Administração Pública tem a obrigação de cumprir os princípios constitucionais da moralidade, da impessoalidade e da igualdade (OLIVEIRA, 2009). Desse modo, caso existam diversas entidades potencialmente interessadas no contrato de gestão, deve o Poder Público estabelecer procedimento administrativo prévio para a escolha da entidade beneficiária do convênio (OLIVEIRA, 2009). Com o advento da OSC, o gestor poderia utilizar o chamamento público previsto no art. 23 da Lei nº 13.019/2014.

Assim, é evidente que a natureza jurídica das operações realizadas por organizações sociais ao fornecer serviços públicos não exclusivos do Estado é distintamente híbrida, combinando elementos do direito público e privado. Apesar disso, sua orientação predominante é guiada pelo direito privado.

3 ESTADO E TERCEIRO SETOR NA ESFERA DE TITULARIDADE COMPARTILHADA

De acordo com a atual Constituição, estão incluídos como direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, bem como a assistência aos necessitados (art. 6º). Com efeito, os direitos sociais estabelecidos na Constituição Federal de 1988 têm suas raízes na evolução do Estado de Bem-Estar Social, momento histórico que demandou do Estado a criação de novas estruturas na Administração Pública para atender a prestação de atividades assistenciais, especialmente nas áreas da saúde e da educação (FURTADO, 2016).

A Constituição Federal não apenas estabelece explicitamente a existência dos direitos sociais fundamentais (art. 6º), especificando seu conteúdo e forma de prestação (arts. 196, 201, 203, 205, 215, 217, entre outros), como também, não faz distinção entre os direitos fundamentais listados no artigo 5º da CF/88 e os direitos sociais, o que evidencia que a Carta Magna acolheu os direitos sociais como genuínos direitos fundamentais (MENDES, 2023).

Nesse sentido, Ana Paula Barcellos elucida que as decisões relativas aos gastos públicos não se limitam unicamente à esfera da discricionariedade política, pois são fortemente moldadas por normas constitucionais, a saber:

(i) a Constituição estabelece como um de seus fins essenciais a promoção de direitos fundamentais; (ii) as políticas públicas constituem o meio pelo qual os fins constitucionais podem ser realizados de forma sistemática e abrangente; (iii) as políticas públicas envolvem gasto de dinheiro público; (iv) os recursos públicos são limitados e é preciso fazer escolhas; logo (v) a Constituição vincula as escolhas em matéria de políticas públicas e dispêndio de recursos públicos. (BARCELLOS, 2005, p. 91)

Fica nítido que a distribuição de recursos no orçamento do Estado representa uma convergência entre as decisões concretas tomadas pelo Poder Público e a consecução dos objetivos estabelecidos na Constituição. Por essa razão, Manuel Aragón Reyes apud Alexandre Aragão (2017, p. 47) destaca que ‘o Estado Social, em suma, não é um modo específico de “ser” do Estado, mas sim uma determinada maneira de “atuar” por parte do Poder Público’.

Neste cenário, a efetivação dos princípios do Estado Social e Democrático de Direito ocorre através da execução de políticas públicas estruturadas em planos de governo, que se concretizam por meio da gestão de recursos orçamentários por parte do Estado (MASTRODI; IFANGER, 2019). Portanto, a atuação do Estado na implementação de políticas públicas é direcionada pela alocação de recursos públicos previamente definidos em programas de governo, constituindo o elemento fundamental da governabilidade¹⁹.

O advento do PDRAE foi impulsionado pela erosão do modelo estatista, que perde sua configuração impositiva e burocratizada e ganha feição consensual e gerencial, substituindo mecanismos clássicos de coerção pela da colaboração através de mecanismos de gestão baseado em parcerias do Estado com o setor privado com vista a obter uma melhor eficiência de atuação (ROCHA, 2003).

Dentro desse contexto, FURTADO (2016) destaca a importância de instaurar um Estado “cooperativo”, fundamentado na ampliação da atividade de fomento. Essa abordagem se alicerça na concepção de uma colaboração entre o Estado e os atores privados, que são convidados a contribuir na implementação das políticas públicas.

¹⁹ “Em sua obra acerca da capacidade para governar dos líderes, Matus5 define governabilidade como o conjunto de condições necessárias ao exercício do poder. Compreende a forma de governo, as relações entre os poderes, o sistema partidário e o equilíbrio entre as forças políticas de oposição e situação. Diz respeito à capacidade política de decidir. A governabilidade expressa a possibilidade em abstrato de realizar políticas públicas. É um atributo da sociedade”. (LIMA, 2021, p. 81).

Diante da necessidade do Poder Público em simplificar e melhorar a prestação de serviços que não são exclusivos do Estado, em particular os serviços sociais, houve a transferência dessas responsabilidades. Isso foi realizado através de uma estratégia governamental de fomento, que envolveu a adoção de vários modelos de colaboração com organizações privadas, os quais serão examinados a seguir.

3.1 Fomento institucional e serviços sociais de titularidade compartilhada

Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2014) a missão do Estado contemporâneo vai além das funções tradicionais já estudadas no âmbito da administração pública, desdobrando-se também no papel de impulsionar o desenvolvimento integrado da sociedade, por meio da disponibilização de instrumentos públicos de incentivo, que facilitem a promoção do progresso da sociedade. Essa atividade de estímulo é materializada em nosso ordenamento jurídico na perspectiva do fomento.

Como explica Maria Di Pietro, a cooperação entre o Estado e organizações privadas pode ser estabelecida através de diversos instrumentos jurídicos:

Ela pode ser utilizada como:

- a) forma de delegação da execução de serviços públicos a particulares, pelos instrumentos da concessão e permissão de serviços públicos, ou das parcerias público-privadas (concessão patrocinada e concessão administrativa, criadas pela Lei nº 11.079, de 30-12-2004); e também por meio do contrato de gestão com organizações sociais, quando estas prestam serviço público;
- b) meio de fomento à iniciativa privada de interesse público, efetivando-se por meio de convênio, contrato de gestão, termo de parceria, termo de colaboração, termo de fomento ou acordo de cooperação;
- c) forma de cooperação do particular na execução de atividades próprias da Administração Pública, pelo instrumento da terceirização (contratos de prestação de serviços, obras e fornecimento, sob a forma de empreitada regida pela Lei nº 8.666, de 21-6-1993 (ou pela Lei nº 14.133, de 1º-4-

2021, se for o caso), ou de concessão administrativa, regida pela Lei nº 11.079/2004);

d) instrumento de desburocratização e de instauração da chamada Administração Pública gerencial, por meio dos contratos de gestão. (DI PIETRO, 2022, pp. 79-80)

O presente trabalho concentra-se à atenção nas parcerias voltadas para o estímulo à iniciativa privada, dentro da perspectiva de fomento. Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2014, p. 579) fomento pode ser conceituado como uma “função administrativa através da qual o Estado ou seus delegados incentivam direta, imediata e concretamente a iniciativa dos administrados ou de entidades públicas e privadas, para que desempenhem atividades que a lei haja enfatizado como de especial interesse público para o desenvolvimento integral e harmonioso das pessoas em sociedade”.

Nesse contexto, Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2014) entende que a lei que instituiu as organizações sociais, e, posteriormente, a lei que instituiu as organizações da sociedade civil de interesse público, inauguram o denominado “fomento institucional à administração associada”. Para o referido autor (2014, p. 609), “ambas inauguram um novo quadro para a execução do fomento institucional, ao incentivarem a criação de entes intermédios pela sociedade para o desempenho de atividades de colaboração entre os setores públicos e privados, convergentes para os mesmos interesses públicos”.

Com efeito, Maira Di Pietro (2023), ao analisar as características comuns das entidades do terceiro setor, esclarece que no caso dos serviços sociais autônomos, não existe delegação de atividade administrativa do Estado, mas mero fomento para o desempenho de atividade privada de interesse público.

Neste cenário, instituições governamentais sem fins lucrativos desempenham uma função de apoio ao Estado, executando atividades que, a princípio, não se enquadram como serviços públicos. Isso tem implicações no quadro

jurídico que regula a responsabilidade civil dessas entidades perante terceiros, conforme será exposto nos próximos tópicos.

A atividade de fomento consiste em medidas que incentivam os indivíduos a se engajarem em atividades que resultem em benefícios para a sociedade em geral, ao contrário dos serviços públicos, nos quais o Estado desempenha ações para suprir necessidades públicas (ZOCKUN, 2009). A prática do fomento está fundamentada no princípio da subsidiariedade, que determina que o Estado deve intervir somente quando a sociedade não for capaz de atender às suas próprias necessidades e interesses (ZOCKUN, 2009).

Para Cynthia Juruena (2023, p. 45) o princípio da subsidiariedade “traduz a complementariedade ao reconhecer o ente estatal e a sociedade como prestadores dos direitos sociais e de serviços públicos não-exclusivos”. Assim, segundo a perspectiva da autora (2023), surge a noção de um Estado subsidiário, que não desempenhará um papel direto nas atividades em que a sociedade civil já oferece de maneira mais eficaz e local, limitando-se a exercer controle e intervenção apenas quando necessário.

A promoção da cooperação entre o Estado e os agentes privados deve ser incentivada pelo governo como um meio de atingir os objetivos estabelecidos pela Constituição Federal. Assim, ganha destaque a ideia de transferir atividades consideradas não exclusivas do Estado para serem realizadas diretamente pela sociedade civil organizada, o que fortalece e se estabelece como a abordagem predominante, conferindo validade às reformas estruturais propostas (GABARDO, 2009).

Nessa perspectiva do Estado cooperativo, todas as atividades privadas de prestação material voltadas à garantia de direitos sociais podem ser qualificadas como serviços de relevância pública (MÂNICA; MENEGAT, 2017). Com efeito, o Estado e iniciativa privada desempenham atividades simultâneas em regime de complementação.

Essa atuação complementar está relacionada a comandos constitucionais que demandam uma atividade administrativa de fomento a ser realizada pelo Estado nas áreas consideradas relevantes para o alcance do interesse público e a consecução dos direitos sociais, tal como ocorre no caso da saúde e da educação (HIGA, 2010).

Nesse ponto, Fernando Mânica esclarece que o setor social é composto por “serviços de dupla titularidade”:

Deve-se ressaltar, nesse prisma, que grande parte dos direitos sociais previstos no artigo 6º da Constituição Federal depende de prestações materiais para sua garantia. Tais prestações podem ocorrer tanto por iniciativa do setor privado quanto por iniciativa estatal. Isso acontece porque, ao contrário dos outros setores da economia, o setor social é composto por serviços de dupla titularidade. Nessas hipóteses, um mesmo serviço pode ser executado tanto pelo Estado quanto pelo privado. Ao contrário do que ocorre com os demais serviços públicos, no setor social, a outorga de competência para o Estado prestar os serviços não afasta a possibilidade de exploração dos mesmos serviços pela iniciativa privada, que também possui competência expressamente outorgada pela Constituição Federal. (MÂNICA, 2018, p. 118)

Portanto, a ideia de dupla titularidade ou titularidade compartilhada é derivada da Constituição Federal, que, ao conferir competências ao Estado, simultaneamente possibilita sua exploração autônoma pelo setor privado.

A falta de experiência dos Estados na oferta de serviços sociais, como educação e saúde, juntamente com a impossibilidade de a iniciativa privada assumir completamente a responsabilidade de atender a toda a demanda da sociedade, pode explicar os desafios persistentes na classificação dessas atividades, sejam elas consideradas “serviços públicos”, “serviços de utilidade pública” ou “serviços não essenciais do Estado”. (FURTADO, 2016). Por essa razão, os Estados “jamais se atribuíram a titularidade ou a exclusividade na prestação desses serviços”, assumindo-os sem descartar a possibilidade de que o setor privado também possa exercê-los como atividades de natureza privada (FURTADO, 2016, p. 608).

Conforme explicar Alexandre Aragão, os serviços sociais possuem uma peculiaridade, pois podem ser prestados tanto pelo Estado como pela iniciativa privada, com ou sem fins lucrativos:

São atividades econômicas com potencial lucrativo, mas que, mesmo não sendo monopólios naturais, o mercado e o terceiro setor não são capazes de por si sós satisfazer os fortes interesses coletivos em usufruí-las. Por essas razões o Estado também as presta, mas o faz gratuitamente ou de forma bastante subsidiada, pois do contrário as necessidades sociais correlatas continuariam insatisfeitas, razão pela qual o Constituinte entendeu deverem muitas delas ser satisfeitas independentemente das condições dos cidadãos usuários (ARAGÃO, 2017, p. 147).

Nessa perspectiva, conforme apontado por Fernando Mânica e Fernando Menegat (2017), fica claro que não há uma reserva exclusiva de propriedade por parte do Estado em relação às atividades classificáveis como serviços sociais. Pelo contrário, a titularidade dessas atividades é compartilhada entre o Estado e o setor privado (MÂNICA; MENEGAT, 2017).

Nesse sentido, os referidos autores esclarecerem:

[...] a titularidade sobre as atividades qualificáveis como serviços públicos sociais é compartilhada entre o Estado e a iniciativa privada. Isso porque, segundo entendimento acolhido pelo constituinte originário, quanto maior a oferta de serviços públicos sociais, maior o grau de satisfação dos respectivos direitos por eles materializados, correspondentes aos direitos fundamentais de segunda geração conhecidos como direitos sociais, consagrados pelos textos constitucionais a partir de meados do século passado. Daí a inexistência de reserva de titularidade estatal sobre as atividades qualificáveis como serviços públicos sociais, de modo que a titularidade sobre elas é compartilhada entre Estado e setor privado. (MÂNICA; MENEGAT, 2017, p. 85)

No mesmo sentido, Alexandre Aragão (2017) ressalta que, embora os serviços sociais possam ser prestados tanto pelo Estado quanto por entidades privadas (com ou sem fins lucrativos), a Constituição Federal indica que essas atividades não devem ser classificadas na mesma categoria jurídica, dependendo de quem esteja fornecendo o serviço, seja o Estado ou atores privados. Para

o referido autor (2017), a Constituição Federal, ao tratar dos serviços públicos de saúde prestados pelo Estado, os qualifica como “serviços públicos de saúde” (art. 198), contudo, ao tratar sobre a prestação dos mesmos serviços sociais pela iniciativa privada faz referência a “serviços de relevância pública” (art. 197).

Portanto, observa-se que diante da complexidade da natureza dos serviços sociais, estes podem ser oferecidos tanto pelo Estado quanto pelo setor privado, com ou sem fins lucrativos. Ademais, embora possam ser atividades economicamente viáveis, a iniciativa privada não consegue atender plenamente às necessidades coletivas associadas a esses serviços.

Assim, o Estado também os disponibiliza, frequentemente de maneira gratuita ou subsidiada, através de parcerias com entidades privadas sem fins lucrativos, para garantir que as necessidades sociais sejam atendidas, independentemente das condições dos destinatários destes serviços. Importa consignar que a Constituição distingue esses serviços, qualificando os prestados pelo Estado como “serviços públicos” e os prestados pela iniciativa privada como “serviços de relevância pública”.

Por essa razão, Alexandre Aragão afirma que:

[...] a Constituição as considera serviços públicos quando essas atividades são prestadas pelo Estado, e serviços de relevância pública quando exploradas por particulares, mantido, nesse caso, o regime jurídico privado e as regras da livre-iniciativa, sem prejuízo, naturalmente, em alguns casos (principalmente saúde e educação), da forte regulação sobre elas incidente, inclusive mediante a sujeição a autorizações administrativas prévias e operativas, constituindo-as como atividades econômicas privadas de interesse público. (ARAGÃO, 2017, pp. 147-148)

Na mesma linha de raciocínio, Fernando Mânica e Fernando Menegat (2017) indicam que, se o serviço social for oferecido pelo Estado, a atividade receberá a classificação de “serviço público”. No entanto, se for prestado pela iniciativa privada, será considerada uma atividade de “relevância pública”, sem

a obrigatoriedade de aderir aos princípios do regime jurídico dos serviços públicos (MÂNICA; MENEGAT, 2017).

Para os referidos autores (2017, p. 83) “o serviço de relevância pública é materialmente idêntico ao serviço público social, mas não segue o mesmo regime jurídico, pois a ele não se aplicam os princípios dos serviços públicos (que existem exatamente para reforçar a responsabilidade estatal sobre sua prestação adequada)”. Por essa razão, os serviços sociais também são chamados de serviços não exclusivos do Estado (ou não privativos do Estado), porquanto embora a atuação do Estado seja essencial, a sua prestação convive com a iniciativa privada (DI PIETRO, 2023).

Ademais, Maria Di Pietro (2023) pondera que os serviços públicos não exclusivos do Estado são considerados serviços públicos impróprios, pois podem ser executados pelos particulares. Para a referida autora (2023, p. 156) “são considerados serviços públicos, porque atendem a necessidades coletivas; mas impropriamente públicos, porque falta um dos elementos do conceito de serviço público, que é a gestão, direta ou indireta, pelo Estado”.

Por sua vez, Carlos Ari Sundfeld (1992) aponta que assim como os serviços públicos, os serviços sociais constituem atividades que geram benefícios ou conveniências que os indivíduos desfrutam de maneira direta e pessoal, no entanto, se distinguem desses serviços por não serem de exclusiva responsabilidade do Estado. “O objetivo do Constituinte ao outorgar tais competências ao Poder Público não foi a de reservá-las, mas sim a de obrigar o seu exercício” (SUNDFELD, 1992, p. 83).

Nesse mesmo sentido, Tarso Violin (2015, p. 45) entende que os “serviços sociais devem, obrigatoriamente, ser exercidos pelo Estado, sob o regime de Direito público, como serviços públicos sociais”. Contudo, considerando

que os serviços sociais se distinguem dos serviços públicos exclusivos do Estado, quando fornecidos por entidades privadas, serão referidos simplesmente como serviços sociais, uma vez que não se encontram sob o domínio estatal que os classificaria como serviços públicos (VIOLIN; 2015).

Assim, pode-se afirmar que a Constituição Federal expressamente reconhece a competência da iniciativa privada no âmbito social, o que permite que Estado e iniciativa privada desempenhem atividades que, materialmente, se sobrepõem de forma complementar. Por essa razão, Fernando Mânica e Fernando Menegat (2017) sustentam que a esfera de atividades de responsabilidade compartilhada engloba ações destinadas à concretização dos direitos sociais estipulados no artigo 6º da Constituição Federal.

Essa responsabilidade compartilhada é materializada na seara jurídica administrativa através de atividades de fomento. Para Kátia Catalano (2015, p. 41) “o objeto da atividade de fomento cinge-se à promoção de serviços públicos sociais”.

Nessa perspectiva, a alternativa de fomento estabelecida pela Constituição e disponível ao Poder Público emerge como um instrumento essencial para atender às necessidades sociais, tendo em vista que as demandas prestacionais que visam garantir a observância dos direitos fundamentais excedem em muito a capacidade da Administração de responder isoladamente a todas as políticas públicas nesse domínio (CATALANO, 2015).

A respeito do escopo das parcerias entre o Estado e o terceiro setor, Fernando Mânica enfatiza que as parcerias têm como objetivo o cumprimento de programas governamentais que estão inseridas em projetos de interesse público, a saber:

O objeto mais comum das parcerias entre o Estado e o terceiro setor corresponde aos serviços de relevância pública e aos serviços públicos sociais. Isso porque, de um lado, as entidades privadas necessitam de cada vez

mais recursos para dar conta de atender a crescente demanda social; de outro lado, porque tais ações constam de programas governamentais de todas as esferas. Afinal de contas, é dever estatal atuar nesse setor, seja pela atribuição constitucional de competência para o incentivo da prestação privada dos serviços de relevância pública, seja pela atribuição constitucional de competência para a prestação de serviços públicos sociais. (MÂNICA, 2018, p. 118)

Portanto, a atuação das parcerias, em regra, não deve substituir o Estado, mas sim complementar às ações estatais. Essa atuação complementar do terceiro setor está inserida no cumprimento de um programa governamental.

Os programas governamentais são cuidadosamente concebidos e estruturados por meio de leis orçamentárias, representando o principal instrumento de planejamento das ações estatais. Portanto, as parcerias com organizações do terceiro setor visam resolver problemas e atender às necessidades da sociedade, alinhando-se com os objetivos e metas delineados na legislação orçamentária.

Conforme esclarece Fernando Mânica (2018, p. 117) “as parcerias com o terceiro setor têm como objeto uma ação²⁰, organizada sob a forma de projeto ou atividade de interesse público, vinculada à área de atuação do parceiro privado, inserida no âmbito de competência do parceiro público e voltada ao cumprimento de um programa governamental”. Ademais, conforme o referido autor (2018), esse projeto ou atividade de interesse público que será objeto da ação a ser implementada pela entidade do terceiro setor é voltada ao cumprimento de um programa de governo previsto em lei orçamentária.

20 “Com objetivo de obter precisão terminológica, pode-se consignar que o termo ação possui acepção genérica, consistindo no conjunto de operações cujos produtos voltam-se ao cumprimento dos objetivos de um programa governamental. Uma ação assume a forma de atividade quando envolve um conjunto de operações que se realizam de modo contínuo e permanente, das quais resulta um produto necessário à manutenção da ação de governo. De modo diverso, a ação assume a forma de projeto quando envolve um conjunto de operações, limitadas no tempo, das quais resulta um produto que concorre para a expansão ou aperfeiçoamento da ação de governo.¹⁹ A título de exemplo, considera-se como sendo uma atividade a prestação de serviços de assistência social a crianças carentes; de outro bordo, considera-se um projeto a prestação de socorro para desabrigados por uma enchente.” (MÂNICA, 2018, p. 117)

Contudo, ainda que a “funcionalização do fomento” dos serviços sociais previstos no texto constitucional seja um dever governamental (MOREIRA NETO, 2014), deve-se observar que não é o Estado e o agir da Administração Pública que poderão ser subsidiários quando da prestação de serviços de saúde e educação (ROCHA, 2003). Na verdade, é a atuação de entidades privadas sem fins lucrativos, mediante o fomento pela Administração Pública, é que será subsidiário, não desonerando a prestação de serviços pelo ente estatal (ROCHA, 2003).

De acordo com Alberto Higa (2010), é evidente no contexto das questões sociais que, devido à adoção de um modelo de Estado Social e Democrático de Direito, o Estado geralmente assume a responsabilidade de assegurar a disponibilidade de serviços públicos de cunho social, como saúde, educação, previdência e assistência social. Em consequência dessa abordagem, a atividade administrativa de fomento nessa esfera deve ser realizada de forma complementar e subsidiária, com o incentivo, promoção e apoio de atores privados que, paralelamente à Administração Pública, se engajam em atividades consideradas de interesse público (HIGA, 2010).

Desse modo, fica evidente que compete ao Estado a responsabilidade primária de garantir a prestação de serviços públicos de natureza social, enquanto a atividade de fomento deve ser complementar e subsidiária, com a participação ativa das entidades privadas para o exercício de atividade de interesse público. Isso sublinha a importância da parceria entre o Estado e a sociedade civil para garantir o atendimento das necessidades sociais dentro de uma perspectiva do particular como coadjuvante.

Na seara da prestação de serviços sociais, “a Constituição impõe ao Estado não apenas o dever de incentivo, regulação e controle, mas também o dever de prestação” (MÂNICA, 2018, p. 119). Essa situação surge nos cenários em

que o próprio texto constitucional ou legislação classifica certos serviços sociais como serviços públicos sociais. Tal classificação corresponde à determinação do dever do Estado de prover esses serviços de forma constante e ininterrupta, tal como por exemplo nos casos da educação, saúde, transporte, segurança, previdência social e assistência aos desamparados (MÂNICA, 2018).

Seguindo o mesmo raciocínio, Tarso Violin (2015, p. 249) pondera que “os serviços sociais (não exclusivos ou não privativos) como saúde, educação, cultura etc., são serviços públicos que obrigatoriamente devem ter no Estado o seu principal executor direto, mas não com exclusividade”. Ademais, o autor (2015, p. 249) registra que “a iniciativa privada pode complementar/suplementar os serviços sociais, de forma subsidiária, ao contrário das atividades econômicas, cuja iniciativa privada tem o papel principal na execução, segundo a Constituição”.

Portanto, torna-se claro que as parcerias estabelecidas com organizações do terceiro setor não têm a função de substituir um programa de ação governamental, mas sim operam de maneira complementar, sem atuar como substitutas do Estado.

Conforme dispõe o art. 165 da Constituição Federal, os programas governamentais devem ser meticulosamente concebidos e estruturados por meio das leis orçamentárias, que representam o principal instrumento de planejamento das ações estatais, abrangendo os objetivos e metas das atividades governamentais. Por essa razão, Fernando Mânica (2018) pondera que o âmbito das parcerias estabelecidas com organizações do terceiro setor, estruturadas como atividades ou projetos, deve estar direcionado à resolução de problemas ou à satisfação de necessidades e demandas da sociedade, as quais devem estar previamente contempladas na legislação orçamentária.

Agora, passa-se à análise dos instrumentos jurídicos que permitem a materialização do vínculo entre as entidades privadas e a Administração Pública no exercício da função administrativa de fomento.

3.2 Instrumentos de vínculo jurídico do estado com o terceiro setor

As parcerias com o terceiro setor refere-se a diversos vínculos contratuais estabelecidos com organizações sem fins lucrativos que recebem do Estado estímulos financeiros e estruturais para o desenvolvimento de uma atividade ou a realização de um projeto de interesse público previamente inserido em um programa governamental.

Além disso, considerando que o setor social envolve “serviços de dupla titularidade”, a celebração de parcerias entre o Estado e o setor privado para a prestação de serviços sociais não elimina a competência atribuída pela Constituição Federal para que esses serviços sejam fornecidos pelo Poder Público. Segundo Fernando Mânica (2018, p. 118) as “parcerias com entidades do terceiro setor não substituem programas de ação governamental, mas materializam ações específicas voltadas ao alcance dos objetivos previstos em tais programas”.

Com efeito, é importante destacar que cada tipo de parceria estabelecida com organizações do terceiro setor é regulamentado por sua própria legislação, apresentando particularidades que dependem da finalidade e do objetivo do acordo e da natureza da atividade administrativa concretizada por meio desse relacionamento (MÂNICA, 2022).

Dentre as características gerais que são comuns às parcerias com o terceiro setor, Rafael Oliveira relaciona as seguintes:

É importante destacar as seguintes características gerais das entidades do Terceiro Setor: a) são criadas pela iniciativa privada; b) não integram a Administração Pública Indireta; c) prestam atividades privadas de relevância social; d) possuem vínculo legal ou negocial com o Estado; e) recebem benefícios públicos. (OLIVEIRA, 2009, p. 279)

É por isso que referido autor (2009, p. 279) afirma que, quando as entidades do terceiro setor formalizam vínculos com o Estado (seja através de contrato de gestão ou termo de parceria, por exemplo) e dele recebem benefícios, “tal parceria acaba por influenciar o regime jurídico dessas pessoas, fazendo incidir, quando expressamente previsto no ordenamento, normas de caráter público”.

No ordenamento brasileiro existem diversas leis que dispõem sobre os vínculos jurídicos do Estado com o terceiro setor. Essas leis contêm disposições a respeito da emissão de certificados ou qualificações pelo Estado, através dos quais é possível avaliar se uma organização sem fins lucrativos atende aos critérios legais para ser classificada como parte do terceiro setor.

Nesse sentido, Marçal Justen Filho 2023:

A participação da entidade privada em avenças cooperativas típicas depende do preenchimento de certos requisitos previstos em lei. Nesse caso, a entidade receberá uma qualificação específica, que lhe permitirá integrar relações jurídicas diferenciadas com a Administração Pública.

A Lei 9.637/1998 disciplinou a qualificação das organizações sociais. A Lei 9.790/1999 dispôs sobre as “organizações da sociedade civil de interesse público” (Oscip). A Lei 13.019/2014 (com as alterações da Lei 13.204/2015) regulou amplamente a “organização da sociedade civil” (OSC). (JUSTEN FILHO, 2023, p. 147)

Portanto, as organizações sem fins lucrativos que compõem o terceiro setor não se tratam de uma nova categoria de pessoa jurídica, mas sim de uma específica qualificação jurídica a algumas pessoas jurídicas, que a partir dessa “certificação” pelo Poder Público, passam a compor as entidades que podem realizar parcerias com o Estado e receber incentivos e subsídios para a prestação de serviços de utilidade pública.

Segundo Fernando Mânica (2022, p. 90) a “concessão de um certificado depende de um processo administrativo prévio para comprovação do cumprimento dos requisitos legais, mas não configura um processo seletivo concorrencial, já que inexistente qualquer competição”. Isso se justifica, porque todos os interessados podem alcançar o mesmo objetivo, de modo não excludente. Por sua vez, o referido autor (2022) entende que a qualificação significaria o reconhecimento da finalidade pública a uma entidade, independentemente de manifestação estatal expressa, tal como ocorre no caso das Organizações da Sociedade Civil (OSCs).

Nesse ponto, Fernando Mânica (2022) aponta a importante inovação promovida pela Lei nº 13.019/2014, a partir do momento em que o uso da denominação Organização da Sociedade Civil (OSC) não depende de um ato formal do Poder Público, bastando o preenchimento dos requisitos previstos na própria lei.

De acordo com a referência de José dos Santos Carvalho Filho (2023), o terceiro setor emerge a partir de ações da sociedade civil. Isso envolve indivíduos que atuam de maneira voluntária, bem como associações e organizações não governamentais.

Essa esfera visa desempenhar funções de natureza essencialmente social, sem buscar lucro como objetivo principal. Com relação às formas de parceria, o referido autor (2023) entende que é viável agrupá-las em quatro grupos: 1º) o regime de convênios administrativos; 2º) o regime dos contratos de gestão; 3º) o regime da gestão por colaboração, e 4º) o regime das parcerias voluntárias (organizações da sociedade civil).

Ademais, em uma análise dos modelos legais de parceria com o terceiro setor, é possível extrair diversos instrumentos de fomento, cada qual dotado de disciplina, finalidade e regime jurídicos próprios: a) os convênios com o terceiro setor, disciplinados em âmbito federal pelo art. 116 da Lei nº 8.666/93 e

pelo Decreto nº 6.170/07; b) os contratos de gestão, disciplinados pela Lei nº 9.637/98; c) os termos de parceria, disciplinados pela Lei nº 9.790/99; e d) os termos de colaboração, termos de fomento e acordos de cooperação, disciplinados pela Lei nº 13.019/14.

Além desses instrumentos, deve-se destacar que existem outros, que não serão objetos dessa obra, tendo em vista a infinidade de ferramentas de diversas naturezas²¹ que permitem a realização de parceria entre os setores públicos e privado. Assim, o presente trabalho focará nos principais modelos legais apresentados, sem a pretensão de esgotar o tema, mas de modo que permita uma maior elucidação da estrutura do terceiro setor.

3.2.1 Convênios

Conforme esclarece José dos Santos Carvalho Filho (2023), o que caracteriza as parcerias, como um todo, é a circunstância de ser o regime formalizado através de convênios administrativos. Nessas pactuações, frequentemente de natureza plurilateral, entidades governamentais, por um lado, e instituições do setor privado, por outro, unem forças com a finalidade de conquistar resultados que atendam a interesses comuns (CARVALHO FILHO, 2023).

Com efeito, os convênios são os instrumentos mais usuais no âmbito do Direito Administrativo e constituem-se em instrumentos pelos quais o Poder Público se utiliza para associar-se com outras entidades públicas ou com entidades privadas (DI PIETRO, 2023). Para a referida autora (2023), podem ser

21 Conforme anteriormente exposto, não serão objeto de análise no presente trabalho os serviços sociais autônomos, especialmente tendo em vista as suas peculiaridades relacionadas a sua criação mediante lei e a instituição de contribuições parafiscais para a sua manutenção, o que enseja para a doutrina uma característica diferenciada (DI PIETRO, 2023). Inclusive em razão da sua singularidade, José dos Santos Carvalho Filho (2023) defende que as entidades privadas que atuam como serviços sociais autônomos estão sujeitas à responsabilidade objetiva atribuída ao Estado. Nesse ponto, o referido autor afirma que “Sua atividade é, como já tivemos a oportunidade de ver, de caráter eminentemente social, podendo considerar-se que se qualifica como serviço público”. De igual modo, prossegue esclarecendo que “além do mais, têm vínculo com o Estado, porquanto foi este que fez editar as respectivas leis autorizadoras da criação das entidades e as vinculou a seus objetivos institucionais, obrigando-as, inclusive, à prestação de contas em razão dos recursos que auferem, decorrentes do recolhimento de contribuições compulsórias”. (CARVALHO FILHO, 2023, p. 468).

elencados como características dos convênios os seguintes pontos: i) os interesses são recíprocos, sendo que os entes conveniados têm objetivos institucionais comuns e objetivam a obtenção de um resultado comum e ii) verifica-se uma mútua colaboração.

Os convênios, até a edição da Lei nº 13.019/14, estavam regulados pela Lei nº 8.666/93, em seu art. 116. Todavia, a partir da vigência da lei das organizações da sociedade civil, os convênios público-privados deixam de existir (VIOLIN, 2015). Além disso, a Lei 8.666/93 perde a sua vigência ao final de dezembro de 2023 (art. 193, II da nova lei de licitações – Lei nº 14.133/2021).

Portanto, a partir da entrada em vigor da Lei nº 13.019/14 os convênios somente são possíveis entre entes públicos ou entre entes públicos e particulares nas áreas da saúde, com fundamento no art. 199 da Constituição Federal (DI PIETRO, 2023). Nesse sentido, cumpre transcrever o teor dos artigos 84 e 84-A alterados pela Lei nº 13.204/2015:

Art. 84. Não se aplica às parcerias regidas por esta Lei o disposto na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)
Parágrafo único. São regidos pelo art. 116 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, convênios: (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)
I - entre entes federados ou pessoas jurídicas a eles vinculadas; (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)
II - decorrentes da aplicação do disposto no inciso IV do art. 3º. (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)
Art. 84-A. A partir da vigência desta Lei, somente serão celebrados convênios nas hipóteses do parágrafo único do art. 84. (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)

No caso em que ainda é viável a sua formalização, esse tipo de acordo é considerado uma modalidade de fomento, não constituindo uma transferência de responsabilidade para a prestação de serviços públicos. Isso ocorre porque, por meio do convênio, o Estado opta por simplesmente encorajar ou apoiar a iniciativa privada na realização de uma atividade de interesse público (DI PIETRO, 2013).

Assim, a partir da vigência da Lei nº 13.019/2014 (alterada pela Lei nº 13.204/2015), os convênios público-privados regulados pela Lei 8.666/93 deixam de existir²². Além disso, as entidades qualificadas como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) devem se submeter, no que couber, às normas da lei das organizações da sociedade civil (DI PIETRO, 2023).

Portanto, com a entrada em vigor da Lei nº 13.019/2014, os acordos entre setor público e privado, previamente regidos pela Lei 8.666/93, são eliminados. Além disso, as entidades reconhecidas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) devem, na medida do aplicável, aderir às regulamentações da lei das OSC (DI PIETRO, 2023).

Nesse contexto, cumpre destacar que embora exista divergência na doutrina sobre o tema, diversos autores entendem que os contratos de gestão (regulamentados pela Lei nº 9.637/98), os termos de parceria (regulamentados pela Lei nº 9.790/99), termo de colaboração, termo de fomento e acordo de cooperação (regulamentados pela Lei nº 13.019/2014) não possuem natureza jurídica de contratos administrativos (MEIRELLES, 2015), assemelhando-se aos convênios, como defendem Marçal Justen Filho (2023)²³, Maria Di Pietro (2023), José dos Santos Carvalho Filho (2023), Eduardo Szazi (2001) e Rafael

22 “Com relação aos convênios, não mais se aplica a norma do art. 116 da Lei nº 8.666/1993, salvo em duas hipóteses: I – quando celebrados entre entes federados ou pessoas jurídicas a eles vinculadas; II – quando decorrentes da aplicação do disposto no inciso IV do art. 3º (os firmados com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos, na área da saúde, com fundamento no art. 199, § 1º, da Constituição). Na realidade, a figura do convênio ficou reduzida às duas hipóteses referidas nesse dispositivo. Todos os demais ajustes têm que obedecer às normas da Lei nº 13.019/2014, consoante decorre do art. 84, caput e parágrafo único. A conclusão é reforçada pela norma do art. 84-A, pelo qual, “a partir da vigência desta lei, somente serão celebrados convênios nas hipóteses do parágrafo único do art. 84”. As parcerias celebradas com entidades privadas que se enquadrem no conceito de organização da sociedade civil terão que ser formalizadas por meio do termo de colaboração, termo de fomento ou acordo de cooperação, firmados com observância das normas da Lei nº 13.019/2014.” (DI PIETRO, 2022, pp. 611-612).

23 “O termo de parceria é previsto na Lei 9.790/1999, que dispõe sobre as organizações da sociedade civil de interesse público – OSCIPs. Tal como o contrato de gestão, o termo de parceria é uma modalidade de convênio, que exige a cooperação entre as partes para o fomento e execução de atividades de interesse coletivo [...]. As figuras do termo de colaboração, do termo de fomento e acordo de cooperação foram previstas pela Lei 13.019/2014. Também apresentam natureza próxima a do convênio.” (JUSTEN FILHO, 2023, p. 351).

Oliveira (2009)²⁴.

Nesse sentido, José dos Santos Carvalho Filho:

Existem, todavia, outras pessoas privadas, instituídas pelas fórmulas de direito privado, às quais pode ser atribuído o encargo da prestação de serviços públicos no regime de parceria com a Administração Pública. Tais entidades também estão juridicamente vinculadas com o Estado, mas os instrumentos de formalização da parceria têm a natureza de verdadeiros convênios, o que as coloca como categoria diversa das pessoas de cooperação governamental, e isso porque, tendo estas a sua função definida na lei instituidora, prescindem de qualquer outro instrumento que formalize o regime de cooperação. O regime de cooperação está delineado, portanto, na própria lei e alcança especificamente a entidade por ela instituída.

Os regimes de parceria, desenvolvidos mais recentemente, permitem que certas pessoas privadas colaboradoras adquiram títulos jurídicos especiais, através dos quais recebem a qualificação de organizações sociais (Lei no 9.637, de 15.5.1998) e organizações da sociedade civil de interesse público (Lei no 9.790, de 23.3.1999). O mesmo se pode dizer das organizações da sociedade civil, que também têm aptidão para formar parcerias com a Administração (Lei no 13.019, de 31.7.2014). (CARVALHO FILHO, 2023, 457).

Da mesma forma, na ADI nº 1923, os Ministros Ayres Britto e Luiz Fux expressaram sua opinião de que os contratos de gestão deveriam ser considerados juridicamente como convênios, uma perspectiva que também parece ser compartilhada no âmbito do TCU, conforme evidenciado nos acórdãos nº 710/2011 da 2ª Câmara e 601/07 da 1ª Câmara.

Contudo, o tema não é pacífico, tendo em vista que há autores que entendem que os vínculos jurídicos formalizados entre o Estado e as entidades do terceiro setor se tratam de um contrato administrativo, tal como Celso Antônio

24 “Conforme salientado, o contrato de gestão e o termo de parceria têm sido considerados como verdadeiros convênios, tendo em vista a ausência de interesses contrapostos. As entidades privadas e o Poder Público possuem, em verdade, interesses comuns.” (OLIVEIRA, 2009, p. 291).

Bandeira de Mello²⁵ e Tarso Violin²⁶, enquanto outros entendem que se tratam de um “contrato administrativo degradado”, como Sílvio Rocha (2003, p. 55). Por sua vez, Gustavo Henrique Justino de Oliveira²⁷ e Fernando Mânica (2022, p. 157) opinam no sentido de que os termos de parceria não são contratos, mas uma nova modalidade de ajuste administrativo.

Ademais, os termos de colaboração e os termos de fomento, que visavam uniformizar²⁸ o regime jurídico para todas as entidades do terceiro setor²⁹, pos-

25 ‘Contratos de gestão com as “organizações sociais [...] seriam, pois, em princípio, pura e simplesmente “contratos administrativos”, figura típica perfeitamente conhecida. Deveras, aqui nada mais haveria senão – como é corrente no Direito Administrativo – um relacionamento de natureza contratual entre o Poder Público e um outro sujeito encartado no universo privado [...] a lei disciplinadora das “organizações sociais” pretendeu, inconstitucionalmente, permitir que travem contratos administrativos com o Poder Público sem licitação e sem qualquer cautela, mesmo a mais elementar, resguardadora dos princípios constitucionais da impessoalidade (prestante para assegurar o princípio da moralidade) garantidora dos interesses públicos.’ (BANDEIRA DE MELLO, 2004, pp. 218-19).

26 “Entende-se que os contratos de gestão firmados entre a Administração Pública e as organizações sociais para fins de delegação têm a mesma natureza jurídica dos contratos administrativos, e não a natureza de convênios, pois neles há interesses contraditórios, nos quais a Administração pretende que determinado serviço seja realizado e pagará para que as organizações sociais o realizem. Nos contratos de gestão também há as prerrogativas da Administração Pública existentes nos contratos administrativos. É claro que os contratos de gestão têm algumas peculiaridades e, às vezes, até são semelhantes aos convênios, mas não há como, pela importância dos serviços realizados pelas organizações sociais, que estas tenham apenas vínculo de convênio com a Administração Pública, situação em que elas possam denunciar a qualquer momento, sem penalidades.” (VIOLIN, 2015, p. 230).

27 Entendemos que os convênios, os termos de parceria e os contratos de repasse realmente não são contratos administrativos, nos termos da concepção clássica dominante ou da definição legal inserida no art. da Lei federal nº 8.666/93. São acordos administrativos colaborativos, celebrados entre o Poder Público e entidades privadas sem fins lucrativos, tendo por função principal instituir e disciplinar vínculos de parceria entre o Estado e as organizações privadas não lucrativas para a realização de atividades de interesse público, formalizando — quando for o caso — os repasses financeiros para tais entidades. (OLIVEIRA, 2007, p. 243).

28 “Quanto às entidades incluídas no conceito de organizações da sociedade civil, houve considerável redução pela Lei nº 13.204/2015, tirando grande parte do objetivo objetivo original de imprimir um regime jurídico uniforme para todas as entidades do terceiro setor que façam parceria com o Poder Público, e tirando também grande parte do objetivo moralizador que inspirou a Lei nº 13.019/2014. Foram tantas as entidades excluídas pelo art. 3º, que se chega a pensar que a lei perdeu grande parte do seu objeto. As organizações da sociedade civil de interesse público (Oscips) e as organizações sociais (OS), que seriam o principal alvo da lei, somente são por ela alcançadas se não cumprirem os requisitos das Leis nº 9.790/1999 e 9.637/1998, respectivamente, conforme analisado nos itens pertinentes a essas entidades. Os serviços sociais autônomos também foram excluídos.” (DI PIETRO, 2022, pp. 609-610)

29 No entanto, uma questão polêmica do Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil

suem também, um regime jurídico semelhante aos convênios (VIOLIN, 2015). Nesse ponto, Tarso Violin assevera que “os dois são instrumentos pelo qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela Administração Pública com organizações da sociedade civil, selecionadas por meio de chamamento público, para a consecução de finalidades de interesse público”.

3.2.2 Contratos de gestão

O contrato de gestão é um instrumento jurídico previsto no art. 5º da Lei nº 9.637/98 que permite que o Poder Público realize uma parceria com uma entidade qualificada como organização social. Essa parceria terá como objeto o fomento e execução de atividades relacionadas ao ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde.

Conforme anteriormente exposto, as Organizações Sociais foram criadas no marco da Reforma Administrativa promovida pelo Brasil ao final da década de 1990. Conforme explica Fernando Mânica (2022, p. 129), “o fundamento da certificação de OS e de OSCIP segue a mesma lógica da certificação denominada Título de Utilidade Pública (TUP)³⁰ e Certificado de Entidade de Assistência Social (CEBAS)³¹”. No entanto, em contraste com as certificações previamente

(MROSC) foi o de estabelecer que as exigências da Lei 13.019/14 (que foi bastante modificada pela Lei 13.204/15) não são aplicadas aos contratos de gestão celebrados com Organizações Sociais, conforme dispõe o art. 3º, III.183 Entende-se que houve uma falha do legislador ao afastar esses contratos de gestão da incidência dos preceitos do MROSC – tanto por a lei ser bem detalhada e robusta, conferindo maior segurança às parcerias, como também pela oportunidade de haver maior unificação entre os diversos institutos das entidades privadas sem fins lucrativos.” (JURUENA, 2022 p. 83)

30 “Durante 80 (oitenta) anos teve vigência no Brasil a Lei nº 91, de 26 de agosto de 1935, regulamentada pelo Decreto nº 50.517, de 2 de maio de 1961, que disciplinava o Título de Utilidade Pública (TUP) federal. Tratava-se de reconhecimento estatal, outorgado por ato administrativo discricionário de competência do Ministro da Justiça, acerca da natureza pública de uma entidade privada sem fins lucrativos que atua desinteressadamente em benefício da coletividade nas áreas da educação, pesquisa científica, cultura e filantropia. Já Entidade de Utilidade Pública era a designação atribuída às entidades detentoras do Título de Utilidade Pública.

O Título de Utilidade Pública foi revogado pela Lei nº 13.204, de 14 de dezembro de 2015. Com a revogação, todos os atos normativos infralegais, incluídos os títulos concedidos durante todo o período de vigência da lei, foram extintos pela modalidade de desfazimento dos atos administrativos conhecida como caducidade.” (MÂNICA, 2022, pp. 103-104).

31 A origem remota do CEBAS data de 1938, ano em que foi criado o Conselho Nacional do Ser-

existentes, a obtenção da certificação como Organização Social (OS) tem como propósito, unicamente, habilitar a entidade a estabelecer com o Poder Público o acordo conhecido como contrato de gestão (MÂNICA, 2022).

Nesse cenário, Paulo Modesto (2001, p. 6) entende que as organizações sociais são “pessoas jurídicas de direito público privado, sem fins lucrativos, voltadas para atividades de relevante valor social, que independem de concessão ou permissão do Poder Público, criadas por iniciativa de particulares segundo modelo previsto em lei, reconhecidas, fiscalizadas e fomentadas pelo Estado”.

Evidencia-se que as organizações sociais representam uma associação civil ou fundação, cuja instituição se efetiva conforme do Direito Civil, e que passam a pertencer ao terceiro setor quando recebem esta certificação especial, declarada pelo Estado, mediante o preenchimento de determinados requisitos.

Conforme dispõe a Lei nº 9.637/98, apenas podem celebrar contrato de gestão, as entidades do terceiro setor qualificadas pelo Poder Público contratante como Organizações Sociais. Da leitura do caput do art. 1º c/c inciso II do art. 2º, ambos da Lei nº 9.637/98³², constata-se que a qualificação da en-

viço Social – CNSS, órgão vinculado ao Ministério da Educação e da Saúde [...].

O processo de conformação jurídica do CEBAS terminou em 1959, quando foi reconhecida a possibilidade de isenção fiscal da contribuição à previdência social. Como requisito para tal benefício, a legislação passou a exigir o Certificado de Fins Filantrópicos (CFF), atualmente denominado de Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social (CEBAS).⁷⁹ A mesma lei tributária atribuiu ao CNSS competência para conceder o certificado, que tinha como requisito prévio tanto o registro no CNSS (RGI) quanto o título de utilidade pública (TUP).

Transcorridas várias décadas desde sua instituição, o CEBAS atravessou diversos textos constitucionais e foi mantido como requisito para o reconhecimento estatal da vedação à cobrança de contribuições para a seguridade social das instituições do terceiro setor.⁸⁰ Essa exigência foi mantida mesmo após a promulgação da Constituição de 1988, que prevê expressamente tal vedação, como se verá adiante. Não obstante, houve importantes alterações legislativas no período posterior à Constituição de 1988. (MÂNICA, 2022, pp. 107-108).

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

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

tidade privada como “organização social” depende de um ato administrativo discricionário³³ do Poder Executivo Federal. Portanto, mesmo que atendidos os requisitos legais, a autoridade competente do Poder Público decidirá, segundo seus critérios de oportunidade e conveniência, se qualificará ou não a entidade como organização social.

E a discricionariedade dessa qualificação é extremamente criticada pela doutrina, muitos entendendo por sua inconstitucionalidade, em face da violação dos princípios da isonomia, da moralidade e da impessoalidade (DI PIETRO, 2023; MELLO, 2004; ROCHA, 2003).

Nesse ponto, cumpre transcrever as críticas traçadas por Lucas Furtado:

“[...] a absoluta falta de critérios de impessoalidade para a escolha da entidade que irá receber os recursos públicos tem sido fonte de constante questionamento quanto à sua constitucionalidade. A rigor, há situações em que entidades privadas são criadas com o único propósito de receberem esses recursos, em evidente violação aos princípios da moralidade e da impessoalidade. A absoluta discricionariedade – que por ser absoluta se converte em arbitrariedade – na escolha da entidade privada a ser qualificada como OS, aliada à falta de transparência nas prestações de contas, que são encaminhadas à própria entidade ou órgão que repassa referidos recursos têm comprometido todo o processo de publicização.” (FURTADO, 2016, p. 185).

Da mesma maneira, Celso Antônio Bandeira de Mello (2004) enfatiza várias inconstitucionalidades da lei que regula as organizações sociais, e entre as mais significativas, destaca que a ampla discricionariedade na seleção de entidades para receber bens públicos, servidores públicos e recursos orçamentários, sem a obrigação de comprovar qualquer tipo de competência técnica ou

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.

33 “A qualificação da entidade privada como organização social é ato administrativo discricionário do Poder Público. [...] Mas, evidentemente, a Administração há de justificar devidamente o porquê da outorga, ou não, do título jurídico de organização social à entidade que o pleiteia. Todo e qualquer ato administrativo deve ser motivado, principalmente aqueles resultantes do poder discricionário, pois são precisamente estes que precisam estar embasados na clara demonstração do interesse público que os fundamenta.” (MEIRELLES, 2015, p. 484).

capacidade financeira, representa uma regra excessivamente ampla e passível de favorecimentos diversos, contrariando o princípio constitucional da licitação e da igualdade. O autor (2004) conclui afirmando que essa situação representa uma inconstitucionalidade evidente.

Nesse sentido, Sílvio Rocha (2003) entende que todas aquelas entidades que preencham os requisitos da lei devem ser qualificadas como organização social, e, existindo mais de uma, a realização do contrato gestão com o Poder Público dependeria de seleção mediante procedimento licitatório, com base em critérios objetivos e imparciais. De certo modo, a Lei nº 13.019/2014 (lei das organizações da sociedade civil) corrigiu essa falha ao prever o instituto do “chamamento público” (arts. 23 e 24)³⁴.

A questão mais polêmica do contrato de gestão está relacionada à possibilidade de as organizações sociais assumirem a própria gestão de uma estrutura estatal. Esse ponto poderia ter implicações inclusive na responsabilização civil a ser analisada no próximo capítulo.

Nesse sentido, Fernando Mânica e Fernando Menegat (2017) apontam que quando a entidade privada (organização social) assume a própria gestão de uma estrutura estatal, o contrato de gestão configuraria um autêntico instru-

34 Art. 23. A administração pública deverá adotar procedimentos claros, objetivos e simplificados que orientem os interessados e facilitem o acesso direto aos seus órgãos e instâncias decisórias, independentemente da modalidade de parceria prevista nesta Lei. (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

Parágrafo único. Sempre que possível, a administração pública estabelecerá critérios a serem seguidos, especialmente quanto às seguintes características: (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

I - objetos;

II - metas;

III - (revogado) ; (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

IV - custos;

V - (revogado) ; (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

VI - indicadores, quantitativos ou qualitativos, de avaliação de resultados. (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

Art. 24. Exceto nas hipóteses previstas nesta Lei, a celebração de termo de colaboração ou de fomento será precedida de chamamento público voltado a selecionar organizações da sociedade civil que tornem mais eficaz a execução do objeto. (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

mento de outorga de atividades estatais ao setor privado. De igual modo, Lucas Furtado (2016) destaca que haveria nítida inconstitucionalidade, tendo em vista que a Constituição Federal não autorizou à Administração Pública a criar pessoas jurídicas de direito privado, tal como ocorreria no processo de “desestatização” previsto na Lei nº 9.637/98.

Nessa hipótese de uma verdadeira “outorga de atividades estatais”, o contrato gestão conferiria ao setor privado o exercício de uma atividade com a mesma natureza jurídica incidente quando prestada pelo Poder Público (MÂNICA; MENEGAT, 2017). Nesse contexto, em contraste com muitas das colaborações com organizações do terceiro setor que fazem uso das capacidades das próprias entidades parceiras, o Contrato de Gestão é um instrumento pelo qual o Poder Público confere ao parceiro privado a responsabilidade pela administração de uma estrutura ou atividade estatal (MÂNICA; MENEGAT, 2017).

Como explicam Fernando Mânica e Fernando Menegat, por meio do contrato de gestão, a organização social tem a possibilidade de utilizar a estrutura estatal, incluindo o uso de recursos públicos e servidores públicos:

Deve-se notar que no contrato de Gestão com Organizações Sociais, o objeto da avença é executado mediante o uso de bens públicos e possivelmente com a utilização de servidores públicos, os quais são cedidos pelo Poder Público à entidade parceira. Daí o Contrato de Gestão ser entendido como uma técnica de gestão pública por intermédio da qual o Estado se vale da capacidade gerencial de entidades privadas para alcançar melhores resultados na produção de serviços públicos sociais e de serviços de relevância pública, que são explorados pela entidade parceira na própria estrutura pública. A lei federal prevê que os bens públicos envolvidos na execução da avença (tanto aqueles cedidos quanto aqueles adquiridos com recursos públicos) não perdem a qualificação de bens públicos durante o prazo contratual, sendo revertidos ao Estado ao término do Contrato de Gestão. Do mesmo modo, a cessão de servidores públicos é temporária, sem extinção de seu vínculo com o Estado.

Portanto, quando uma entidade privada, como uma organização social, assume a gestão de uma estrutura estatal por meio do contrato de gestão, isso

pode ser visto como a transferência de atividades estatais para o setor privado, caracterizando o que Maria Di Pietro (2023) considera como uma “delegação da gestão de serviço público”. Nesse caso, a organização social ao absorver atividades desenvolvidas por entidades ou órgãos públicos, acaba substituindo o Estado, o que mantém a natureza jurídica do serviço prestado como “serviço público” (DI PIETRO, 2023).

Nesse contexto, Maria Di Pietro assevera que a própria lei estaria prevenindo uma hipótese, excepcional, de prestação de serviço público pela organização social:

A própria lei, em pelo menos um caso, está prevendo a prestação de serviço público pela organização social; quando a entidade 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 artigo 198 da Constituição Federal e no artigo 7º da Lei nº 8.080, de 19-9-90. Vale dizer que prestará serviço público e não atividade privada; em consequência, estará sujeita a todas as normas constitucionais e legais que regem esse serviço, até porque não poderia a lei ordinária derrogar dispositivos constitucionais. (DI PIETRO, 2023, p. 680)

Essa hipótese específica de “publicização” das organizações sociais terá como reflexo na natureza jurídica da responsabilidade civil defendida pela doutrina, pois nesse caso, a entidade privada atuará no lugar do Estado, descaracterizando-se a ideia central de fomento na perspectiva de cooperação das entidades do terceiro setor com o Estado.

3.2.3 Termos de parceria

Por sua vez, o termo de parceria é um instrumento jurídico previsto no art. 9º da Lei nº 9.790/99 que permite que o Poder Público realize uma parceria com uma entidade qualificada como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes, para o fomento e a execução das atividades de interesse público previstas

no art. 3º da referida lei³⁵.

A denominação Organização da Sociedade Civil de Interesse Público constitui uma qualificação jurídica, tal como Organização Social, conferida a pessoas jurídicas de direito privado e sem fins lucrativos, com a finalidade de oferecer serviços sociais não exclusivos do Estado, mediante atividade de fomento do Estado (DI PIETRO, 2023).

A criação do certificado de OSCIP teve como propósito central conferir uma abordagem mais racional e precisa às certificações anteriormente concedidas pelo governo brasileiro, nomeadamente o Título de Utilidade Pública e o Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social (MÂNICA, 2022).

Com efeito, Maria Di Pietro (2022) esclarece que a finalidade da criação da OSCIP assemelha-se àquela que motivou previamente a concessão do título de utilidade pública. Após ser qualificada pelo Poder Público, a organização passa a receber suporte estatal dentro do contexto de fomento. A motivação

35 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. XIII - estudos e pesquisas para o desenvolvimento, a disponibilização e a implementação de tecnologias voltadas à mobilidade de pessoas, por qualquer meio de transporte. (Incluído pela Lei nº 13.019, de 2014) (Vigência) 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.

subjacente à promulgação da Lei das OSCIPs era a substituição de todas as outras formas de certificação pelo reconhecimento como OSCIP (MÂNICA, 2022).

Segundo Fernando Mânica (2022, p. 145) “enquanto as Organizações Sociais foram instituídas como uma forma de tornar a gestão pública de atividades de interesse público mais eficiente, as OSCIPs foram instituídas com o objetivo de facilitar e ampliar o incentivo estatal a entidades privadas dotadas de finalidades públicas”. Por essa razão, o autor (p. 145) afirma que, “enquanto as OS nasceram a partir de demandas do Poder Público, as OSCIPs nasceram a partir de demandas do terceiro setor”.

Acompanhando o referido raciocínio, Maria Di Pietro aponta que a grande diferença entre Organização Social (OS) e Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) reside no fato que a OS recebe delegação para a “gestão de serviço público”, enquanto a OSCIP exerce atividade de natureza privada, com a ajuda do Estado, enquadrando-se na função de fomento do Poder Público.

Nesse sentido, a referida autora assevera que:

Embora haja muitos pontos comuns entre essas entidades e as organizações sociais, é evidente que o objetivo visado pelo Governo é bem diverso nos dois casos; nas organizações sociais, o intuito evidente é o de que elas assumam determinadas atividades hoje desempenhadas, como serviços públicos, por entidades da Administração Pública, resultando na extinção destas últimas. Nas organizações da sociedade civil de interesse público, essa intenção não resulta, implícita ou explicitamente, da lei, pois a qualificação da entidade como tal não afeta em nada a existência ou as atribuições de entidades ou órgãos integrantes da Administração Pública.

[...]

No caso das Oscips, a atuação da Administração Pública enquadra-se na função de fomento, ou seja, de incentivo à iniciativa privada de interesse público. O Estado não está abrindo mão de serviço público (tal como ocorre na organização social) para transferi-lo à iniciativa privada, mas fazendo parceria, ajudando, cooperando com entidades privadas que, observados os requisitos legais, se disponham a exercer as atividades indicadas no artigo 3º, por se tratar de atividades que, mesmo sem a natureza de serviços públicos, atendem a necessidades coletivas. (DI PIETRO, 2023, p. 687)

Desse modo, no contexto das OSCIPs, o Estado não renuncia à responsabilidade pela prestação do serviço público. Ao contrário do que ocorre com os serviços públicos, a viabilidade da oferta de serviços sociais por entidades privadas não exclui a possibilidade de o Estado também oferecer esses serviços sociais, conforme sua competência expressamente conferida pela Constituição Federal.

Nos termos da Lei nº 9.790/99, apenas podem celebrar termo de parceria as entidades do terceiro setor qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP pelo Ministério da Justiça. Diversamente do que previsto na lei das organizações sociais, a Lei nº 9.790/99 prevê expressamente que o ato de qualificação como OSCIP é vinculado ao cumprimento das exigências legais.

De acordo com a Lei nº 9.790/99, a atuação da OSCIP em parceria com o Poder Público pode dar-se mediante (i) execução direta de projetos, programas, planos de ações correlatas; (ii) doação de recursos físicos, humanos e financeiros, ou (iii) prestação de serviços intermediários de apoio a outras organizações sem fins lucrativos e a órgãos do setor público que atuem em áreas afins.

Nesse ponto, Fernando Mânica e Fernando Menegat (2017, p. 255) apontam que “enquanto os Contratos de Gestão são vocacionados a promover o transpasse da gestão de estruturas estatais a entidades privadas qualificadas como Organizações Sociais, os Termos de Parceiras são vocacionados a incentivar e reforçar o desempenho de atividades e projetos de relevância pública não dependentes do uso de infraestrutura estatal”.

3.2.4 Termos de colaboração, termos de fomento e acordos de cooperação

A Lei 13.019/2014 introduziu as concepções do termo de colaboração, termo de fomento e acordo de cooperação. Estes mecanismos constituem acordos entre a Administração Pública e uma organização da sociedade civil (OSC),

assemelhando-se em natureza aos convênios (JUSTEN FILHO, 2023).

No mesmo sentido, Tarso Violin (2015, p. 318) pondera que “a Lei nº 13.019/2014 institui normas gerais para as parcerias voluntárias estabelecidas por todas as esferas da Administração Pública direta e indireta, com as chamadas organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público, por meio de políticas de fomento e de colaboração”. Segundo o autor (2015, p. 318), “a partir da vigência da Lei das OSCs, os convênios público-privados deixam de existir”, sendo substituídos pelos termos de colaboração e os termos de fomento, cujo regime jurídico é semelhante ao dos convênios.

Tanto o termo de colaboração quanto o termo de fomento compartilham natureza e enquadramento jurídico semelhantes. Eles são definidos pela Lei nº 13.019/14 como modalidades de parceria estabelecidas entre a Administração Pública e organizações do terceiro setor, denominadas Organizações da Sociedade Civil (OSCs), com o propósito de realizar objetivos de interesse público e mútuo, que abrangem a transferência de recursos financeiros.

A distinção entre eles reside na parte que toma a iniciativa de estabelecer o vínculo, sendo a Administração Pública no caso dos termos de colaboração, enquanto nas situações de termos de fomento, são as próprias entidades que iniciam o processo.

Segundo a Lei nº 13.019/2014, os vínculos jurídicos a serem firmados nas parcerias com as organizações da sociedade civil podem ser definidos da seguinte forma:

Art. 2º Para os fins desta Lei, considera-se:

[...]

VII - termo de colaboração: instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco propostas pela administração pública que envolvam a transferência de recursos financeiros; (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

VIII - termo de fomento: instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco propostas pelas organizações da sociedade civil, que envolvam a transferência de recursos financeiros; (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

Além desses dois instrumentos, houve a previsão dos acordos de colaboração que não envolve a transferência de recursos financeiros entre o Estado e a entidade privada (art. 2º, VIII-A, Lei nº 13.019/14).

Uma mudança pontual introduzida pela Lei 13.019/14 é a eliminação das modalidades de qualificação que anteriormente exigiam solicitação prévia das organizações privadas sem fins lucrativos. Assim, diferentemente de outras designações legais, como OS, OSCIP e CEBAS, a qualificação como OSC não está mais condicionada à concessão de um título legal (MÂNICA, 2022).

Nesse sentido, Fernando Mânica afirma que “são consideradas Organizações da Sociedade Civil – OSC, independentemente de qualquer manifestação formal da Administração Pública” as entidades privadas previstas no inciso I do art. 2º da Lei nº 13.019/14, a saber:

Art. 2º Para os fins desta Lei, considera-se:

I - organização da sociedade civil: (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

a) entidade privada sem fins lucrativos que não distribua entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados, doadores ou terceiros eventuais resultados, sobras, excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, isenções de qualquer natureza, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplique integralmente na consecução do respectivo objeto social, de forma imediata ou por meio da constituição de fundo patrimonial ou fundo de reserva; (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)

b) as sociedades cooperativas previstas na Lei nº 9.867, de 10 de novembro de 1999; as integradas por pessoas em situação de risco ou vulnerabilidade pessoal ou social; as alcançadas por programas e ações de combate à pobreza e de geração de trabalho e renda; as voltadas para fomento, educação e capacitação de trabalhadores rurais ou capacitação de agentes de assistência técnica e extensão rural; e as capacitadas para execução de atividades ou de projetos de interesse público e de cunho social. (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)

c) as organizações religiosas que se dediquem a atividades ou a projetos de interesse público e de cunho social distintas das destinadas a fins exclusivamente religiosos; (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)

Neste aspecto, evidencia-se a significativa mudança introduzida pela Lei nº 13.019/2014, visto que a utilização da designação Organização da Sociedade Civil (OSC) não requer mais um procedimento formal por parte do Poder Público, sendo suficiente cumprir os critérios estipulados na própria legislação (MÂNICA, 2022).

Segundo José dos Santos Carvalho Filho (2023) o conceito central da OSC consiste no regime de “mútua cooperação”. Portanto, esse instrumento não criou nenhuma inovação em relação as leis anteriores, consolidando a ideia de que as parcerias entre o Estado e as entidades do terceiro setor constituem um verdadeiro auxílio recíproco entre os acordantes para alcançar a finalidade para a qual foi celebrada, preponderando as metas sociais sobre interesses econômicos e financeiros.

Assim, após analisar de forma sucinta os instrumentos legais que regulam a interação entre o Estado e o terceiro setor, torna-se claro que essas parcerias não são concebidas para substituir os programas governamentais, mas sim para colaborar no alcance de metas específicas dentro desses programas.

Como já mencionado, essas colaborações, seja por meio de termos de colaboração, fomento ou parceria ou contratos de gestão, são consideradas ações de fomento. O principal enfoque dessas parcerias é a realização de atividades de interesse público, que podem ou não ser qualificadas como serviços públicos.

Nesse ponto, torna-se relevante analisar a questão da responsabilidade civil extracontratual das organizações do terceiro setor, a qual é complexa e está intrinsecamente ligada ao contexto específico da natureza jurídica da prestação do serviço social realizado. A distinção entre colaboração mútua e substituição do Estado pode ser sutil, e determinar a natureza da responsabilidade civil, o que exigirá uma análise detalhada caso a caso

4 RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DAS PARCEIROS DO ESTADO

As parcerias com organizações do terceiro setor são forjadas a partir de interesses mútuos, resultando em acordos legais em que o Estado estabelece regimes jurídicos com entidades de direito privado e do setor privado. É relevante destacar que essas organizações operam sem intervenção direta do Estado em sua estrutura interna, e têm a responsabilidade de executar serviços e atividades que beneficiem a coletividade (CARVALHO FILHO, 2023).

Como mencionado anteriormente, compreende-se que as colaborações entre organizações sem fins lucrativos e a Administração Pública, seja por meio de termos de colaboração, termos de fomento ou contratos de gestão, são consideradas como ações de fomento. O foco principal dessas parcerias “consiste em uma atividade de interesse público, qualificada ou não como serviço público social, razão pela qual são também conhecidas como parcerias sociais” (MÂNICA, 2018, p. 115).

A questão da responsabilidade civil das organizações do terceiro setor parece ser intrincada e está intrinsecamente ligada ao contexto específico de cada situação. A distinção entre colaboração mútua e substituição do Estado pode ser sutil, e a determinação da natureza da responsabilidade civil deve ser uma análise caso a caso.

Para tanto, passa-se inicialmente a análise da responsabilidade extracontratual do Estado, para posteriormente se apurar qual a natureza jurídica da responsabilidade civil extracontratual das organizações do terceiro setor.

4.1 Responsabilidade extracontratual do estado

No sistema jurídico brasileiro a responsabilização civil pode ser contratual ou extracontratual. A responsabilidade civil será contratual ou extracontratual conforme a qualidade da violação.

Nesse sentido, Sérgio Cavalieri Filho:

Se preexiste um vínculo obrigacional, e o dever de indenizar é consequência do inadimplemento, temos a responsabilidade contratual, também chamada de ilícito contratual ou relativo; se esse dever surge em virtude de lesão a direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima preexista qualquer relação jurídica que o possibilite, temos a responsabilidade extracontratual, também chamada de ilícito aquiliano ou absoluto. (CAVALIERI FILHO, 2023, p. 25)

O ponto central de investigação neste trabalho é a responsabilidade civil do Estado no âmbito extracontratual, que está relacionada com a obrigação de indenizar resultante de uma violação a um direito subjetivo, independentemente da existência de um vínculo prévio entre o infrator e a vítima. A responsabilidade de natureza contratual, por outro lado, não será abordada, uma vez que é um tema específico dos contratos administrativos.

Segundo Maria Di Pietro (2023, p. 844) “a responsabilidade extracontratual do Estado corresponde à obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos”.

No contexto histórico, a doutrina referente à responsabilidade civil da Administração no Brasil oscilou entre as abordagens subjetiva e objetiva, sem jamais adotar a teoria que declara a irresponsabilidade do Estado³⁶ (MEIREL-

36 A teoria da irresponsabilidade foi adotada na época dos Estados absolutos e repousava fundamentalmente na ideia de soberania: o Estado dispõe de autoridade incontestável perante o súdito; ele exerce a tutela do direito, não podendo, por isso, agir contra ele; daí os princípios de que o rei não pode errar (the king can do no wrong; le roi ne peut mal faire) e o de que “aquilo que agrada ao príncipe tem força de lei” (quod principi placuit habet legis vigorem). Qualquer responsabilidade atribuída ao Estado significaria colocá-lo no mesmo nível que o súdito, em desrespeito a sua soberania. (DI PIETRO, 2023, p. 845).

LES, 2015; DI PIETRO 2023).

No início aplicava-se a teoria civilista da responsabilidade subjetiva, de modo que a demonstração de culpa da Administração era necessária para configurar a obrigação de reparar o dano. Essa responsabilidade foi expressamente prevista no art. 15 do Código Civil de 1916³⁷.

Ademais, embora as constituições de 1824 e 1891 não contivessem dispositivos a respeito da responsabilização civil do Estado, a doutrina entendia haver solidariedade do Estado em relação aos atos de seus agentes (ROCHA, 2003). Com a Constituição de 1946 houve a adoção da teoria objetiva, revogando em parte o art. 15 do Código Civil, o que perdura até hoje na constituição de 1988 e no Código Civil de 2002 (DI PIETRO, 2023).

Nesse contexto, a responsabilidade civil extracontratual do Estado está prevista no §6º do art. 37 da Constituição Federal, a saber:

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

A partir da leitura do parágrafo 6º do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, é possível afirmar que os requisitos para a obrigação estatal de indenizar eventual dano extracontratual são: i) existência de dano; ii) que este dano seja praticado por agente público, agindo nessa qualidade, e iii) nexo de causalidade entre o comportamento estatal e o dano. O referido dispositivo constitucional consagra a responsabilidade objetiva do Estado baseada na teoria do risco administrativo.

Nesse sentido, Sérgio Cavalieri Filho (2023) esclarece que a teoria do risco administrativo, originalmente desenvolvida por Léon Duguit, consiste

37 Art. 15. As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.

na ideia da repartição democrática dos ônus e encargos sociais decorrentes do risco criado pelo exercício da atividade administrativa. Dessa forma, toda lesão sofrida pelo particular deve ser ressarcida, independentemente de culpa do agente público que a causou, tendo em vista que essa atividade é exercida em favor de todos, assim, seus ônus devem ser também suportados por todos (CAVALIERI FILHO, 2023)³⁸.

No mesmo sentido, ROCHA (2003, p. 179) afirma que “pela teoria do risco administrativo surge a obrigação de a Administração indenizar tão somente demonstrado o nexo de causalidade entre o ato da Administração e os danos experimentados pelo administrado”. Nesse ponto, o autor (2003) afirma que a base da responsabilidade reside na impossibilidade de impor a alguns a carga de uma atividade pública que beneficie a maioria, portanto, o Estado tem o dever de compensar o indivíduo pelos danos excepcionais resultantes de sua atividade, os quais não seriam suportados pelos demais cidadãos.

Por essa razão, Sérgio Cavalieri Filho salienta que:

Sempre que a condição de agente do Estado tiver contribuído de algum modo para a prática do ato danoso, ainda que simplesmente lhe proporcionando a oportunidade para o comportamento ilícito, responde o Estado pela obrigação ressarcitória. Não se faz mister, portanto, que o exercício da função constitua a causa eficiente do evento danoso; basta que ela ministre a ocasião para praticar-se o ato. A nota constante é a existência de uma relação entre a função pública exercida pelo agente e o fato gerador do dano. Em suma, haverá a responsabilidade do Estado sempre que se possa identificar um laço de implicação recíproca entre a atuação administrativa (ato do seu agente), ainda que fora do estrito exercício da função, e o dano causado a terceiro. (CAVALIERI FILHO, 2023, p. 309)

38 “Em apertada síntese, a teoria do risco administrativo importa atribuir ao Estado a responsabilidade pelo risco criado pela sua atividade administrativa. Esta teoria, como se vê, surge como expressão concreta do princípio da igualdade dos indivíduos diante dos encargos públicos. É a forma democrática de repartir os ônus e encargos sociais por todos aqueles que são beneficiados pela atividade da Administração Pública. Toda lesão sofrida pelo particular deve ser ressarcida, independentemente de culpa do agente público que a causou. O que se tem que verificar é, apenas, a relação de causalidade entre a ação administrativa e o dano sofrido pelo administrado.” (CAVALIERI FILHO, 2023, p. 306).

Assim, basta a presença do nexo de causalidade entre o ato da Administração e os danos experimentados pelo administrado para que o Estado seja responsável pela obrigação de reparação. Desse modo, na responsabilidade objetiva, a característica essencial é a existência de uma conexão entre o exercício da função desempenhada pelo agente público e o evento que gerou o dano.

Ademais, sendo a existência do nexo de causalidade o alicerce da responsabilidade civil objetiva do Estado, esta deixará de existir quando houver alguma causa que rompa o nexo causal. Nesse sentido, são identificadas como causas que podem excluir a responsabilidade civil a ocorrência de força maior, a culpa exclusiva da vítima e a culpa exclusiva de terceiros (DI PIETRO, 2023). Por outro lado, a culpa concorrente da vítima é mencionada como uma causa que pode atenuar a responsabilidade (DI PIETRO, 2023).

Analizados os elementos para configuração da responsabilidade extracontratual do Estado, torna-se necessária a verificação das pessoas que estão sujeitas as regras conditas no §6º do art. 37 da CF/88. A referida norma constitucional menciona duas classes de entidades sujeitas à responsabilidade objetiva: as entidades jurídicas de direito público e as entidades jurídicas de direito privado que fornecem serviços públicos (CARVALHO FILHO, 2023).

No mesmo sentido, Maria Di Pietro ao interpretar o §6º do art. 37 da Constituição afirma que:

A regra da responsabilidade objetiva exige, segundo o artigo 37, § 6º, da Constituição:

1. que o ato lesivo seja praticado por agente de pessoa jurídica de direito público (que são as mencionadas no art. 41 do Código Civil) ou pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público (o que inclui empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações governamentais de direito privado, cartórios extrajudiciais¹, bem como qualquer entidade com personalidade jurídica de direito privado, inclusive as do terceiro setor, que recebam delegação do Poder Público, a qualquer título, para a prestação do serviço público); (DI PIETRO, 2023, p. 849)

Nesse ponto, a questão crucial gira em torno da interpretação da natureza do serviço fornecido por essas organizações do terceiro setor, pois, se for categorizado como “serviço público”, haverá a incidência do art. 37, §6º, da CF/88, caso contrário, haverá a incidência do Direito Civil.

Portanto, no que diz respeito às organizações do terceiro setor, particularmente as Organizações Sociais (OS), Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) e Organizações da Sociedade Civil (OSC), que operam em colaboração com o Poder Público sob um regime de parceria na oferta de serviços sociais, surge o questionamento quanto à sua sujeição ou não à responsabilidade objetiva com fulcro no art. 37, §6º, da CF/88.

Essa incerteza decorre do fato de que essas entidades estão vinculadas ao ente estatal por meio de vínculos jurídicos legais, além de se comprometerem com a prestação de serviços de interesse público. Diante disso, passa-se à análise da responsabilidade civil extracontratual das entidades do terceiro setor.

4.2 Responsabilidade civil extracontratual das entidades privadas que integram o terceiro setor

Diante do exposto, é essencial esclarecer a natureza da responsabilidade civil extracontratual das organizações do terceiro setor, determinando se ela é de caráter subjetivo, regida pelas normas do Direito Civil, ou objetiva, sujeita às disposições do Direito Público com base no art. 37, §6º da Constituição Federal de 1988.

A Constituição Federal estabelece a responsabilidade do Estado na prestação de serviços sociais e, ao mesmo tempo, possibilita a participação do setor privado. Por essa razão, defende-se a ideia da existência de uma dupla titularidade (ou titularidade compartilhada) na prestação dos serviços sociais (MÂNICA; MENEGAT, 2017).

Como mencionado no capítulo anterior, no âmbito das atividades de dupla titularidade, a competência do Estado se relaciona com a responsabilidade de fornecer serviços públicos sociais, que estão sujeitos ao regime jurídico dos serviços públicos (MÂNICA; MENEGAT, 2017; ARAGÃO, 2017). Por outro lado, quando esses serviços são explorados por entidades privadas com base na livre iniciativa, o regime de prestação deles é considerado privado, mesmo que estejam sujeitos a regulamentações mais rigorosas devido à sua classificação como “serviços de relevância pública” ou “serviços sociais”, tendo em vista uma nítida atuação complementar do setor privado (MÂNICA; MENEGAT, 2017; ARAGÃO, 2017).

Por essas razões, para fins de enquadramento da responsabilidade civil extracontratual das entidades privadas que integram o terceiro setor, respalda-se pela visão sustentada por Alexandre Aragão, Fernando Mânica, Fernando Menegat, Maria Di Pietro e Rafael Oliveira, que classificam as atividades como serviços públicos quando desempenhadas pelo Estado (ou suas entidades delegadas) e como serviços de relevância pública quando realizadas por organizações privadas do terceiro setor. Esse raciocínio é válido, desde que não haja uma efetiva substituição do Estado pelo parceiro privado na oferta do serviço social.

Assim, embora haja alguma controvérsia aparente sobre o tema, uma análise minuciosa na literatura jurídica sugere que, em sua maioria, prevalece a interpretação de que, em geral, as entidades privadas pertencentes ao terceiro setor, ao fornecerem serviços de interesse público, são regidas pelo quadro legal do Direito Civil, o qual normalmente estabelece a responsabilidade subjetiva. Com o propósito de alcançar essa conclusão, vamos explorar dois posicionamentos sobre o tema.

Uma primeira corrente defende a responsabilidade subjetiva das entidades do terceiro setor, dentre os defensores destacam-se Marcos Juruena Villela

Souto (2007, p. 201), Alberto Shinji Higa (2010, p. 234), José dos Santos Carvalho Filho (2023, p. 469)³⁹ e Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2009, p. 298; 2023, p. 236).

A doutrina que defende a responsabilidade subjetiva fundamenta-se principalmente na ideia de que as entidades do terceiro setor não prestam “serviço público” e, portanto, a elas não poderia ser aplicado o §6º do art. 37 da CF/88.

Segundo Rafael Oliveira:

Entendemos que a responsabilidade das entidades do Terceiro Setor é subjetiva, conforme tese sustentada em obra sobre o tema.⁵⁵ As atividades prestadas por tais entidades são privadas e de relevância social, prestadas em nome próprio, independentemente de delegação do Poder Público, razão pela qual não podem ser qualificadas como serviços públicos para fins de aplicação do art. 37, § 6.º, da CRFB. Os vínculos jurídicos formalizados com entidades do Terceiro Setor não têm por objetivo a delegação de serviços, mas o fomento público por meio de parcerias com determinadas pessoas privadas para a consecução de finalidades sociais. Portanto, a responsabilidade dessas pessoas deve ser analisada à luz da legislação civil e, portanto, considerada, em regra, de índole subjetiva, admitindo-se a responsabilidade objetiva nos casos expressamente previstos em lei ou quando a atividade, por sua própria natureza, implicar risco para as pessoas (art. 927, parágrafo único, do CC). (OLIVEIRA, 2023, p. 236)

Na mesma linha de pensamento, Alberto Higa:

Ocorre que os agentes fomentados ora sob exame, como já visto, não exercem as suas atividades mediante delegação do Poder Público. Isso porque prestam serviços cujo exercício é franqueado aos particulares no âmbito da livre iniciativa.

[...]

Cumpre, inicialmente, anotar que não se aplica aos referidos entes a regra inserta no art. 37, §6º, da Constituição Federal de 1988, que atribui responsabilidade objetiva às pessoas jurídicas de direito público e às pessoas jurídicas de direito privado prestadores de serviços públicos (concessionárias e permissionárias).

³⁹ Quanto ao doutrinador José dos Santos Carvalho Filho, é importante notar que, embora ele não distinga entre “serviço público” e “serviço de interesse público” para justificar a natureza jurídica da responsabilidade civil das organizações do terceiro setor, ele ainda mantém a visão de que a responsabilidade das entidades privadas é subjetiva. Esse raciocínio é fundamentado na ideia de que essas entidades operam sem fins lucrativos e têm como objetivo auxiliar o Poder Público para aprimorar o resultado de determinadas atividades de interesse público e do próprio Estado. (CARVALHO FILHO, 2023).

Isso porque essas organizações sem fins lucrativos não integram a Administração Pública direta ou indireta e também não prestam serviços públicos por delegação do Estado.

De modo que, às referidas pessoas jurídicas de direito privado, via de regra, aplica-se a responsabilidade civil subjetiva prevista no art. 927, c/c art. 186 do Código Civil, na hipótese de responsabilidade extracontratual. (HIGA, 2010, pp. 232-234)

Portanto, deve-se observar que as entidades do terceiro setor ao prestarem serviços sociais, exercem atividade de interesse público, conforme exposto neste trabalho. Assim, nesses casos não haveria tecnicamente uma “delegação” de atividades estatais para entidades privadas, as quais atuariam em regime de cooperação com Estado, sob o regime predominantemente de direito privado.

Ademais, entende-se que mesmo em relação aos serviços de cunho social, abertos pela Constituição à iniciativa privada sem necessidade de delegação formal (saúde e educação), não se aplica o §6º do art. 37 da CF, pois conforme o entendimento da doutrina adotada neste trabalho esses serviços apenas são considerados verdadeiramente públicos quando prestados pelo Estado, sendo tratados como atividades privadas de relevância pública quando prestados pela iniciativa privada.

Com efeito, Alberto Higa (2010, p. 233) argumenta que a responsabilidade subjetiva das entidades privadas é derivada do fato de que “essas organizações sem fins lucrativos não integram a Administração Pública direta ou indireta e também não prestam serviços públicos por delegação do Estado”.

Nesse mesmo sentido, José dos Santos Carvalho Filho⁴⁰ (2008, pp. 16-7) destaca que “caso o dano seja provocado por conduta da pessoa privada parceira, a indenização acaso devida terá por suporte a responsabilidade subjetiva do Código Civil”. Esse raciocínio decorre da ideia de que o regime de parceria é de

40 Responsabilidade Civil das Pessoas de Direito Privado Prestadoras de Serviços Públicos. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 13, janeiro/fevereiro/março, 2008. Disponível na internet: <http://direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 22 de abril de 2012.

cooperação mútua, inexistindo intuito lucrativo ou empresarial nas atividades, e, portanto, não é possível admitir que tal espécie de parceria desinteressada e de cunho eminentemente social carregue o ônus da responsabilidade objetiva (CARVALHO FILHO, 2008).

Desse modo, para essa corrente, considerando que a atividade das entidades privadas é de forma complementar, sem fins lucrativos, com nítida funcionalidade de auxiliar o Poder Público para melhorar o resultado de certas atividades de interesse do público e do próprio Estado, a responsabilidade civil seria regulada pelo Código Civil, e, conseqüentemente, seria subjetiva.

Uma segunda corrente argumenta pela responsabilidade objetiva, especificamente no contexto das organizações sociais, quando estas assumem o papel do Poder Público (substituem o Estado) na oferta de serviços sociais. Este ponto de vista é apoiado por juristas como Cristiana Fortini (2006, p. 9), Alberto Higa (2010, p. 234), Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2022, p. 569) e Marçal Justen Filho (2002, p. 34).

É importante notar que essa segunda abordagem, em certa medida, acaba por corroborar o primeiro entendimento, acrescentando-lhe uma exceção específica.

Diferentemente das demais entidades do terceiro setor, as organizações sociais foram criadas a partir do “Programa Nacional de Publicização”, que previu expressamente a possibilidade das entidades privadas em absorverem entidades e órgãos públicos na prestação de serviços públicos sociais. Essa possibilidade de extinção de entidades e órgãos públicos com a substituição por entidades privadas foi duramente criticada pela doutrina pátria e objeto da ADI nº 9.637/98.

Neste contexto, Maria Di Pietro (2023, p. 680) defende que o contrato de gestão previsto no processo de “publicização”, em sua essência, constitui uma

“delegação da gestão de serviços públicos”. A autora sustenta essa interpretação com base na disposição da Lei nº 9.637/98 que autoriza entidades privadas a “absorverem” funções anteriormente desempenhadas por entidades públicas, assumindo a responsabilidade pela prestação de serviços sociais.

Segundo Maria Di Pietro, quando uma entidade pública é absorvida por uma organização social, ocorre, de fato, uma transferência de responsabilidade do Estado para as entidades do terceiro setor na prestação dos serviços públicos:

Aparentemente, a organização social vai exercer atividade de natureza privada, com incentivo do poder público, e não serviço público delegado pelo Estado. Todavia a própria lei, em pelo menos um caso, está prevendo a prestação de serviço público pela organização social, hipótese em que ela exerce atividade delegada pelo poder público; com efeito, quando a entidade absorver atividade de entidade federal extinta [...]. Vale dizer que prestará serviço público e não atividade privada; em consequência, estará sujeita a todas as normas constitucionais e legais que regem esse serviço, até porque não poderia a lei ordinária derrogar dispositivos constitucionais. [...] No entanto, ficou expresso no art. 20 da Lei nº 9.637/1998 (regulamentado pelo Decreto nº 9.190/2017) que o Plano de Publicização tem por objetivo “estabelecer diretrizes e critérios para a qualificação das organizações sociais, a fim de assegurar a absorção de atividades desenvolvidas por entidades ou órgãos públicos da União”. Vale dizer que as organizações sociais irão absorver atividades antes desenvolvidas por órgãos ou entidades estatais; suas instalações, abrangendo bens móveis e imóveis, serão cedidos à organização social. Por isso mesmo, parece claro que as organizações sociais absorvem essas atividades mantendo a sua natureza de serviços públicos. Por isso mesmo, o contrato de gestão muito se assemelha à concessão administrativa, prevista, como uma das formas de parceria público-privada, pela Lei nº 11.079, de 30-12-2004: haverá delegação de atividade estatal, remunerada inteiramente pelo Poder Público. (DI PIETRO, 2022, p. 569).

Por essa razão, Maria Di Pietro enfatiza que a responsabilidade das organizações sociais por danos causados a terceiros, quando estão atuando como substitutas do Estado, assume um caráter objetivo, com base no artigo 37, §6º, da Constituição Federal. Para a referida autora (2023, p. 684) “é a conclusão possível, tendo em vista que o dispositivo constitucional alcança as pessoas

jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviço público”.

Nesse mesmo sentido, Cristina Fortini (2006, pp. 6 e 9) esclarece que no regime de parceria a organização social vai atuar como se o Estado ali estivesse, agindo em verdadeira substituição do Poder Público de forma a atender as necessidades da sociedade.

Dessa forma, o programa de “publicização” que se insere a organização social reafirma a natureza pública da atividade por ela desenvolvida, ainda mais considerando a possibilidade de cessão de servidores, a entrega de recursos orçamentários e o uso de bem público. Nessa linha de raciocínio, Cristina Forini defende a aplicação no art. 37, §6º da CF/88, ou seja, caso os agentes das organizações sociais, nessa qualidade, venham a causar danos a terceiros caberá às entidades responder de forma objetiva.

Seguindo esse raciocínio, cita-se o entendimento de Marçal Justen Filho, o qual faz a seguinte observação em relação a responsabilidade civil das organizações sociais:

Suponha-se que um paciente sofra danos nas instalações de um hospital transferido a organização social através de contrato de gestão. Não é cabível negar a aplicação do regime de responsabilidade civil de direito público em favor do paciente. Em suma, as regras acerca da responsabilidade civil contida no art. 37, §6º, da CF/88 serão aplicáveis no curso da atividade desenvolvida pela organização social. O contrato de gestão não pode eliminar os direitos que os usuários seriam titulares, sempre que a atuação da organização social seja substitutiva da estatal. (JUSTEN FILHO, 2002, p. 34).

Atenta-se que Marçal Justen Filho ao defender a responsabilidade “objetiva” faz expressa referência ao caso em que a organização social seja “substitutiva” do Estado. Portanto, seguindo a mesma lógica do raciocínio de Cristina Fortini, Alberto Higa e Maria Di Pietro.

Dentro deste cenário, Alberto Higa também considera uma limitação da responsabilidade subjetiva das organizações do terceiro setor, especialmente

quando essas entidades são estabelecidas com o propósito de substituir o Estado, a saber:

[...] nos casos de organizações sociais constituídas com a finalidade de substituir o Estado no que toca ao seu dever de prestar serviços públicos, nos termos da Carta Magna, mediante a cessão de servidores e bens públicos, e de burlar o regime jurídico-administrativo que, a rigor, se submetem tais atividades, contrariando os limites da atuação complementar do particular no domínio social. (HIGA, 2010, p. 234)

Observa-se que a segunda corrente, ao advogar pela responsabilidade objetiva, se baseia na noção de que a organização social está atuando de maneira equivalente ao Estado, ou seja, quando a entidade privada efetivamente assume o papel do Estado. Portanto, é possível afirmar que a segunda corrente é uma extensão da primeira.

Além disso, como delineado neste estudo, em geral, as organizações do terceiro setor não têm a intenção de substituir o Estado ou “privatizar” serviços que não são exclusivos do Estado, operando, em sua essência, como parceiros de colaboração.

Portanto, pode-se concluir que a segunda abordagem preconiza a responsabilidade objetiva para circunstâncias excepcionais, nas quais a parceria entre o Estado e entidades privadas tem como objetivo efetivamente substituir a própria estrutura estatal, o que destoa do conceito central da atividade de fomento. Portanto, apenas no contexto específico de cada caso é possível determinar se a responsabilidade da organização social será subjetiva ou objetiva.

Para elucidar um caso concreto, cumpre transcrever o exemplo apresentado por Alberto Higa:

A Administração Pública constrói hospital visando suprir a necessidade de determinado bairro carente. Equipa-o com todos os instrumentos necessários para o seu funcionamento e admite servidores públicos, mediante regular concurso de provas e títulos. Não obstante seja seu encargo constitucional a prestação desses serviços de saúde e possua meios para tanto, decide celebrar contrato de gestão com organização social, no qual destinará esse bem público, cederá servidores públicos com ônus para a origem, além de destinar recursos orçamentários. (HIGA, 2010, p. 239)

No exemplo mencionado, Alberto Higa pondera que fica evidente que, embora amparado por normas legais (cuja constitucionalidade ainda é criticada pela doutrina), não se está tratando de uma atividade administrativa legítima de fomento. Em vez disso, estar-se-ia diante de uma transferência da obrigação constitucional do Estado de fornecer serviços públicos de saúde para entidades privadas, através de uma “evitação do regime jurídico-administrativo” (HIGA, 2010). Isso, portanto, fundamentaria a aplicação da responsabilidade objetiva a essa organização social.

Considerando esses argumentos, e apesar de respeitar pontos de vista divergentes, é plausível afirmar que, de forma geral, a responsabilidade civil extracontratual das organizações do terceiro setor é de caráter subjetivo, a menos que as exceções apontadas pela segunda corrente estejam presentes, o que resultaria na imputação de responsabilidade objetiva às organizações quando seus vínculos jurídicos com o Poder Público as coloquem na posição de substituta do Estado.

Por fim, além de enfatizar a necessidade de avaliar os limites da responsabilidade civil das entidades do terceiro setor, com foco nas organizações sociais, é importante mencionar que a análise da responsabilidade do Estado diante dos danos causados por entidades paraestatais a terceiros é um tópico ainda pouco explorado. Portanto, passa-se à análise da responsabilidade civil extracontratual do Estado por atos praticados pelas entidades do terceiro setor.

4.3 Responsabilidade civil extracontratual do estado por atos praticados pelas entidades do terceiro setor

Ainda que a responsabilidade extracontratual das entidades do terceiro setor seja subjetiva, isso não inibe que o Estado venha a ser responsabilizado por condutas imputadas às entidades privadas. Portanto, torna-se necessário apurar se essa responsabilização neste caso será solidária ou subsidiária.

Primeiramente, deve-se registrar que a concessão de certificados ou a qualificação das entidades privadas sem fins lucrativos como OS, OSCIP ou OSC não atrai para o Estado responsabilidades diferenciadas (OLIVEIRA, 2009). Por esse motivo, Alberto Higa (2010) ressalta que, em geral, a qualificação, por si só, não modifica a natureza fundamental desses agentes apoiados, o que justifica que o Estado não seja responsável pelos danos que possam causar a terceiros durante a execução de suas atividades.

Da mesma forma, o autor (2010) enfatiza que o simples fato de as entidades paraestatais receberem recursos públicos como forma de apoio para suas atividades, a princípio, não se configura como um argumento que justifique a responsabilidade do Estado.

Nesse contexto, ao examinar a responsabilidade da Administração Pública por ações de uma organização social, cuja lógica se aplica igualmente às outras entidades do terceiro setor abordadas neste estudo (OSCIP e OSC), Sílvia Rocha (2003) argumenta que, em regra, não deve existir uma imputação direta ou subsidiária do Estado pelos atos cometidos por uma organização social. Isso se deve ao fato de que essas entidades não fazem parte da Administração Pública e não fornecem serviços públicos por meio da concessão ou permissão estatal (ROCHA, 2010).

Ademais, o referido autor (2010, p. 183) prossegue seu raciocínio ao afirmar que “não há dúvidas de que se elas integrassem a Administração direta ou indireta, ou prestassem serviços públicos mediante permissão ou concessão, os seus atos danosos dariam ensejo à responsabilização do Estado”.

De outro lado, Rafael Oliveira (2009) argumenta que ao formalizar os vínculos legais, como contratos de gestão e termos de parceria, com o Estado, as organizações privadas do terceiro setor adquirem metas de desempenho que devem ser cumpridas com o suporte estatal. Portanto, a partir disso o Estado assume a responsabilidade de supervisionar as atividades sociais em desenvolvimento (OLIVEIRA, 2009).

Com base nesse raciocínio jurídico, o referido autor defende a responsabilidade secundária do Estado fazendo referência ao artigo 70 da Lei 8.666/93 (OLIVEIRA, 2009, pp. 299/300), porquanto haveria um contrato formal estabelecido com o Poder Público e as entidades do terceiro setor.

Nesse mesmo sentido, José dos Santos Carvalho Filho também reconhece a existência de responsabilidade subsidiária, assim esclarecendo:

Nem sempre, entretanto, a responsabilidade do Estado será primária. Como já vimos anteriormente, há muitas pessoas jurídicas que exercem sua atividade como efeito da relação jurídica que as vincula ao Poder Público, podendo ser variados os títulos jurídicos que fixam essa vinculação. Estão vinculadas ao Estado as pessoas de sua Administração Indireta, as pessoas prestadoras de serviços públicos por delegação negocial (concessionários e permissionários de serviços públicos) e também aquelas empresas que executam obras e serviços públicos por força de contratos administrativos. Em todos esses casos, a responsabilidade primária deve ser atribuída à pessoa jurídica a que pertence o agente autor do dano. Mas, embora não se possa atribuir responsabilidade direta ao Estado, o certo é que também não será lícito eximi-lo inteiramente das consequências do ato lesivo. Sua responsabilidade, porém, será subsidiária, ou seja, somente nascerá quando o responsável primário não mais tiver forças para cumprir a sua obrigação de reparar o dano. (CARVALHO FILHO, 2023, p. 479)

Nesse contexto, a omissão estatal em fiscalizar as atividades assumidas pelo terceiro setor tem natureza subjetiva, de acordo com a teoria da culpa do serviço. Assim, a responsabilização da Administração deve ocorrer apenas quando for comprovada a sua negligência na fiscalização das metas estipuladas no acordo de parceria com a entidade do terceiro setor (ROCHA, 2003).

Portanto, segundo Sílvia Rocha o fundamento da responsabilidade não é objetivo, mas subjetivo, tendo em vista a imprescindibilidade da demonstração da negligência do Estado, não sendo suficiente para ensejar a responsabilidade do Estado a simples relação de causalidade entre a omissão da fiscalização e o dano sofrido.

No mesmo sentido, HIGA (2010, pp. 249/250) “a omissão do Estado no tocante ao dever de fiscalização dos agentes fomentados, por si só, não é su-

ficiente para desencadear o dever da Administração Pública de reparar o dano causado pelas referidas entidades aqui estudadas, embora não se afaste a possibilidade de este vir a responder, em casos excepcionais, desde que presentes os pressupostos relativos à responsabilidade subjetiva”. Desse modo, como se está diante de omissão imputável ao Poder Público, a responsabilidade, deve ser analisada sob o prisma subjetivo, tendo em vista tratar-se de “culpa in vigilando” (OLIVEIRA, 2009).

De acordo com Luís Eduardo Patrone Regules (2006, p. 161) “o Estado responderá se ficar demonstrada a negligência na fiscalização do termo de parceria, assim como o nexo entre essa negligência e o dano ocasionado a terceiro”. Por essa razão, o referido autor (2006, p. 161) afirma que “fala-se, portanto, em responsabilidade subjetiva na medida em que, além do nexo causal, haverá de se constatar a negligência do Estado”.

Segundo Maria Di Pietro (2023) a responsabilidade civil do Estado em situações de omissão é de natureza subjetiva, fundamentada na teoria da culpa do serviço público ou da culpa anônima do serviço público. No mesmo sentido, tem se manifestado o Superior Tribunal de Justiça⁴¹.

Ademais, nesses casos, embora a responsabilidade seja subjetiva, existe uma presunção de culpa do Poder Público. Dessa forma, “o lesado não precisa fazer a prova de que existiu a culpa ou dolo”, cabe ao Estado “demonstrar que agiu com diligência, que utilizou os meios adequados e disponíveis e que, se não agiu, é porque a sua atuação estaria acima do que seria razoável exigir; se fizer essa demonstração, não incidirá a responsabilidade” (DI PIETRO, 2023, p. 854)⁴².

41 STJ. 2ª Turma. AgRg no REsp 1345620/RS, Rel. Min. Assusete Magalhães, julgado em 24/11/2015.

42 Nesse sentido mesmo sentido: Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Diógenes Gasparini, Lúcia Valle Figueiredo, Rui Stoco, José Cretella Júnior, Yussef Said Cahali e Álvaro Lazzarini (DI PIETRO, 2023; RAFAEL OLIVEIRA, 2023).

Contudo, o tema não é pacífico, existindo doutrina⁴³ que defenda que “nos casos de omissão genérica, relacionadas ao descumprimento do dever genérico de ação, a responsabilidade é subjetiva”, enquanto “nas hipóteses de omissão específica, quando o Estado descumpra o dever jurídico específico, a responsabilidade é objetiva” (OLIVEIRA, 2023).

Na jurisprudência também existe a mesma controvérsia a respeito da responsabilidade subjetiva ou objetiva em caso de omissão do Poder Público. Diferentemente do STJ, o Supremo Tribunal Federal entende que o Estado responde de forma objetiva pelas suas omissões, desde que ele tivesse obrigação legal específica de agir para impedir que o resultado danoso ocorresse⁴⁴.

Dessa forma, tendo em vista que há uma dificuldade da teoria objetiva quanto a exata compreensão no que diz respeito à possibilidade de agir do Estado (obrigação legal específica de agir), tendo em vista que essa possibilidade só pode ser examinada diante de cada caso concreto, adota-se no presente trabalho que a responsabilidade do Estado no caso de omissão na fiscalização dos vínculos jurídicos com o terceiro setor teria natureza subjetiva, de acordo com parcela significativa da doutrina e a jurisprudência do STJ.

Dessa forma, considerando a complexidade da teoria objetiva em relação à exata interpretação da “possibilidade de agir do Estado” (obrigação legal específica de agir), a qual só pode ser analisada diante de cada caso concreto (DI PIETRO, 2023), adota-se no presente trabalho a perspectiva de que a responsabilidade do Estado pela omissão na supervisão dos vínculos legais com o terceiro setor é de natureza subjetiva. Essa abordagem encontra respaldo em parte substancial da doutrina e na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

43 Nesse sentido: Rafael Carvalho Rezende Oliveira, Guilherme Couto de Castro e Sergio Cavaliéri Filho (RAFAEL OLIVEIRA, 2023).

44 STF. 2ª Turma. ARE 897890 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 22/09/2015. STF. Plenário. RE 677139 AgR-EDv-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 22/10/2015.

Portanto, devido à complexidade da teoria objetiva no que diz respeito à análise da possibilidade de ação do Estado (ou seja, a existência de uma obrigação legal específica de agir), que só pode ser examinada caso a caso, este trabalho adota a posição de que a responsabilidade do Estado, quando se trata de omissão na fiscalização dos vínculos jurídicos com o terceiro setor, tem uma natureza subjetiva, em conformidade com grande parte da doutrina e a jurisprudência do STJ.

Por outro lado, não se deve confundir a responsabilidade subsidiária do Estado em razão da omissão de fiscalização com o simples não-cumprimento das metas fixadas no contrato de gestão ou termo de parceria (o que se aplicaria também para os instrumentos jurídicos da OSC). Nesse caso, o simples não-cumprimento das metas não carretaria a responsabilidade do Estado (OLIVEIRA, 2009).

Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA - LEI 9.637/98 - ORGANIZAÇÃO SOCIAL - DESCUMPRIMENTO DE CONTRATO DE GESTÃO - DESQUALIFICAÇÃO DA ENTIDADE IMPETRANTE - ATO DA MINISTRA DE ESTADO DO MEIO AMBIENTE - AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA, CONTRADITÓRIO E DEVIDO PROCESSO LEGAL - ANÁLISE DA SUBSTANCIOSA DEFESA APRESENTADA PELA IMPETRANTE - LEGALIDADE E CONSTITUCIONALIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO QUE CULMINOU COM O ATO IMPETRADO - AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO A SER PROTEGIDO PELA VIA ELEITA - DENEGAÇÃO DA ORDEM - PREJUDICADO O EXAME DO AGRAVO REGIMENTAL.

[...]

5. Assim, o exame dos autos e a análise da legislação de regência demonstram, com absoluta segurança, que não há nenhuma ilegalidade no processo que, motivadamente, desqualificou a impetrante como organização social.

[...]

7. A responsabilidade pelo não-cumprimento de todas as metas do contrato de gestão objeto do writ é imputável tão-somente à entidade impetrante, não havendo como atribuir ao Poder Público, que lhe transferiu recursos financeiros e lhe cedeu servidores públicos, a ‘culpa’ pelo cumprimento de percentual insatisfatório das metas contratualmente estipuladas. Além disso, conforme bem observado pelo parecer que fundamentou o ato im-

petrado, a impetrante admite o descumprimento parcial do contrato e não justifica os motivos desse descumprimento, apenas discorre que o Poder Público não lhe orientou de maneira suficiente para que as metas pudessem ser atingidas.

8. Registre-se que as alegações da impetrante são contrárias aos princípios que regem a Administração Pública e as atividades do chamado “terceiro setor”, pois a qualificação de entidades como organizações sociais e a celebração de contratos de gestão tiveram origem na necessidade de se desburocratizar e otimizar a prestação de serviços à coletividade, bem como viabilizar o fomento e a execução de atividades relativas às áreas especificadas na Lei 9.637/98 (ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde). Assim, apesar de, na espécie, competir ao Ministério do Meio Ambiente a fiscalização, a avaliação e o acompanhamento dos resultados do contrato de gestão, essas providências não afastam a responsabilidade do impetrante de cumprir as metas acordadas com o Poder Público.

9. Infere-se, portanto, que inexistente ilegalidade ou inconstitucionalidade no ato motivadamente praticado pela autoridade apontada como coatora, não havendo direito líquido e certo da impetrante a ser protegido pela via eleita.

10. Segurança denegada, restando prejudicado o exame do agravo regimental interposto pela impetrante.

(MS n. 10.527/DF, relatora Ministra Denise Arruda, Primeira Seção, julgado em 14/9/2005, DJ de 7/11/2005, p. 75.)

Portanto, pode-se afirmar que o Estado é responsável de forma subsidiária pelos danos causados pelas entidades do terceiro setor e que esta responsabilidade tem natureza subjetiva. Além disso, é importante ressaltar que o mero descumprimento das metas estabelecidas pela entidade parceira não é, por si só, suficiente para acarretar a responsabilidade do Estado.

Por fim, há uma particularidade em relação as organizações sociais, tendo em vista que nestas é possível a cessão de bens e de servidores públicos com fulcro nos artigos 12 a 14, todos da Lei nº 9.637/98⁴⁵.

45 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

Nesse caso, poderá acontecer duas coisas. Em um primeiro momento a cessação de bens e de servidores públicos não ocorre de forma que caracterize uma verdadeira substituição da organização social pelo Estado. Ou seja, ainda que haja a cessão de bens e de servidores, não há a extinção de um órgão ou entidade pública e a sua transferência completa para uma entidade qualificada como OS.

Nesse caso em específico, Sílvio Rocha (2003) entende que a cessão não elimina o vínculo existente entre a Administração Pública e o agente público cedido e, portanto, haveria responsabilidade subsidiária da Administração Pública por atos que o agente público cedido a organização social venha a cometer e que causem danos a terceiros.

Por sua vez, caso a cessão de bens e de servidores públicos decorram de um processo de absorção de uma entidade ou órgão público pela organização social, haverá a responsabilização objetiva da entidade privada (conforme esclarecido no tópico anterior), além da responsabilidade civil subsidiária do Estado (HIGA, 2010)⁴⁶.

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 juz no órgão de origem, quando ocupante de cargo de primeiro ou de segundo escalão na organização social.

46 [...] em se tratando de manifesto propósito de substituição dos encargos conferidos ao Estado na prestação de serviços públicos por meio de organizações sociais, mediante destinação de bens públicos e recursos orçamentários, assim como de cessão de servidores públicos com ônus para a origem, com ou sem absorção de entidade pública extinta, por meio de manifesta burla ao regime jurídico-administrativo, impõe-se o dever da Administração Pública de reparar os danos causados pelos agentes daquela organização e também pelos servidores públicos cedidos (HIGA, 2010, p. 253).

Assim, em uma apertada síntese, é possível afirmar que em regra, o Estado não responde pelos danos causados pelas entidades privadas pertencentes ao terceiro setor, na prestação de serviços não exclusivos do Estado, na medida em que não integram a Administração Pública direta e indireta e não desempenham “serviços públicos” por delegação do Poder Público, mas sim desenvolvem atividades como ente de colaboração com o Estado sem intuito lucrativo.

Contudo, haverá responsabilidade civil do Estado em caso de falta de fiscalização adequada na execução das atividades delegadas ao terceiro setor. Essa responsabilidade será secundária (subsidiária) e subjetiva, uma vez que as organizações sociais não agem como agentes do Estado, mas desempenham atividades de interesse público de maneira complementar à atuação estatal.

Por último, é importante ressaltar que, com base na Lei nº 9.637/98, caso as organizações sociais substituam o Estado na prestação de um serviço público que lhes foi confiado ou se beneficiem da cessão de bens e servidores públicos com custos para a administração original, o Poder Público assumirá a responsabilidade secundária pela reparação dos danos causados pelos agentes da referida organização.

Por fim, no que diz respeito aos danos causados a terceiros resultantes da absorção de entidades ou órgãos públicos por organizações sociais, além da responsabilidade subsidiária do Estado, as entidades privadas serão consideradas responsáveis de forma objetiva. Isso ocorre uma vez que, nessa situação, as entidades privadas estarão desempenhando um serviço público na qualidade de delegatárias do Estado, de acordo com as interpretações de Cristiana Fortini (2006, p. 9), Alberto Higa (2010, p. 234), Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2022, p. 569) e Marçal Justen Filho (2002, p. 34).

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou apurar a natureza jurídica da responsabilidade civil extracontratual das entidades privadas que fazem parte do terceiro setor, em especial das organizações sociais (OS), organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP) e organizações da sociedade civil (OSC).

Dentre os principais desafios enfrentados foi estabelecer diretrizes quanto à natureza jurídica do vínculo entre o Poder Público e o terceiro setor e à natureza jurídica do serviço prestado pelas organizações privadas. Apenas a partir dessa análise, foi possível aferir a natureza jurídica da responsabilidade civil extracontratual das entidades privadas do terceiro setor sem fins lucrativos que realizam parcerias com o Estado.

No primeiro capítulo do presente trabalho buscou-se abordar a crise enfrentada pelo Estado brasileiro nas décadas de 1980 e 1990, que culminou na necessidade de reformulação do papel estatal. Esse processo foi impulsionado por organismos internacionais de crédito e financiamento da crise (FMI e Banco Mundial), que promoveram políticas de privatização e adoção de mecanismos gerenciais na gestão pública.

No mesmo sentido, abordou-se o princípio da subsidiariedade na legitimação do terceiro setor e na promoção de parcerias entre o Estado e entidades não governamentais. O referido princípio fundamenta a ideia de que o Estado deve se concentrar em atividades essenciais e estimular a colaboração da sociedade civil na prestação de serviços de utilidade pública.

De igual modo, destacou-se que as entidades privadas do terceiro setor não podem substituir plenamente as atividades estatais em prestar serviços sociais, tendo em vista a existência de uma obrigação compartilhada com o

Estado. Desse modo, torna-se imprescindível a existência de um equilíbrio adequado entre o papel do Estado e o setor privado na execução de tarefas de interesse público.

A ADI nº 1.923 trouxe à tona uma discussão complexa sobre a constitucionalidade da Lei nº 9.637/98 e sua aplicação na parceria entre o Estado e as organizações sociais. O Supremo Tribunal Federal emitiu uma decisão que, em grande medida, validou a Lei, mas com interpretações específicas para garantir a observância dos princípios constitucionais, como a imparcialidade, moralidade e a transparência.

Essa decisão reconheceu a importância das organizações sociais como colaboradoras na prestação de serviços públicos não exclusivos do Estado. No entanto, ressaltou a necessidade de que essas organizações sigam diretrizes públicas e objetivas e que a gestão pública não seja completamente substituída pelo setor privado.

No segundo capítulo buscou-se enfatizar a importância da colaboração entre o Estado e o terceiro setor na prestação de serviços sociais essenciais à sociedade, dentro de uma perspectiva de ação compartilhada entre o Estado e as entidades privadas.

A Constituição Federal de 1988 estabelece a responsabilidade do Estado na oferta de serviços sociais, enquanto também viabiliza a participação do setor privado, dando forma ao conceito de titularidade compartilhada, também chamada de dupla titularidade. Essa abordagem permite que o Estado priorize atividades essenciais, enquanto as entidades privadas atuam de forma complementar na garantia dos direitos sociais.

Essa cooperação, baseada no princípio da subsidiariedade, desempenha um papel crucial na concretização dos princípios do Estado Social e Democrático de Direito. Ademais, essa relação entre o Estado e o terceiro setor na esfera

de titularidade compartilhada é caracterizada essencialmente como uma atividade de fomento, não se confundindo com a prestação de serviços públicos.

Existem diversas leis que regulamentam essas parcerias, como a lei das Organizações Sociais (OS), a lei das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), e a lei das Organizações da Sociedade Civil (OSC). Cada tipo de parceria possui suas próprias particularidades e instrumentos jurídicos próprios, embora todas possuam a mesma finalidade e atuem através de instrumentos que possuem similitude com os convênios.

Nesse contexto, abordou-se os instrumentos legais que regulamentam a relação entre o Estado e o terceiro setor, dentre os quais destacam-se os convênios, contratos de gestão, termos de parceria, termos de colaboração, termos de fomento e acordos de cooperação. Esses instrumentos são utilizados para estabelecer parcerias entre organizações sem fins lucrativos e o Estado, visando ao desenvolvimento de atividades de interesse público. Ademais, destacou-se que tais parcerias não substituem os programas governamentais, mas buscam atingir objetivos específicos dentro deles.

No último capítulo foi analisada a responsabilidade civil extracontratual das parcerias do Estado com organizações do terceiro setor. O foco principal foi a verificação da natureza jurídica da responsabilidade civil extracontratual das entidades privadas do terceiro setor em caso de violações a direitos subjetivos dos destinatários dos serviços prestados.

Neste cenário, o trabalho buscou explorar as correntes de pensamento em relação à responsabilidade civil extracontratual das entidades do terceiro setor. Uma primeira corrente defende a responsabilidade subjetiva, argumentando que essas entidades atuam em regime de cooperação e não substituem efetivamente o Estado na prestação de serviços públicos, portanto, não prestam serviços públicos. Enquanto uma segunda corrente argumenta pela responsabi-

lidade objetiva, especialmente no caso de organizações sociais que atuam como substitutas do Estado na prestação de serviços sociais.

Assim, a conclusão é que a responsabilidade civil das entidades do terceiro setor, em regra, é subjetiva. Contudo, caso reste demonstrado que as entidades do terceiro setor estejam fazendo as vezes do Estado e não atuando de forma complementar, a responsabilidade civil deverá ser regulada pelo art. 37, §6º, da CF/88, tendo, assim, natureza objetiva.

Desse modo, no que diz respeito à responsabilidade civil extracontratual, o entendimento mais coerente leva a crer que as entidades do terceiro setor, como regra, possuem responsabilidade subjetiva quando prestam serviços não exclusivos do Estado, enquanto o Estado responde de forma subsidiária pelos atos dos agentes particulares quando atuam no regime de colaboração com o Poder Público.

No que diz respeito a responsabilidade civil extracontratual do Estado pelos atos praticados por entidades privadas do terceiro setor, é possível afirmar que em regra, o Estado não responde pelos danos causados pelas referidas entidades privadas na prestação de serviços não exclusivos do Estado. Essa ausência de responsabilidade do Estado decorre da constatação que estas entidades privadas não integram a Administração Pública direta e indireta e não desempenham “serviços públicos” por delegação do Poder Público, mas sim desenvolvem atividades como ente de colaboração com o Estado sem intuito lucrativo.

No entanto, quando o Estado formaliza vínculos legais com as entidades privadas do terceiro setor e assume o dever de supervisionar as atividades dessas entidades, haverá responsabilidade civil do Estado em caso de falta de fiscalização adequada, baseada na negligência na fiscalização das metas estabelecidas. Essa responsabilidade será secundária (subsidiária) e subjetiva, uma vez

que as entidades privadas do terceiro setor não agem como agentes do Estado, mas desempenham atividades de interesse público de maneira complementar à atuação estatal.

É importante observar que o simples não cumprimento das metas estabelecidas no contrato de gestão ou termo de parceria, por exemplo, não gera automaticamente a responsabilidade do Estado. A responsabilidade do Estado só é acionada quando há demonstração de negligência na fiscalização das atividades.

A cessão de bens e servidores públicos para organizações sociais pode gerar diferentes cenários de responsabilidade. Se a cessão não resultar na completa substituição da entidade pública, o Estado mantém vínculo com o agente público cedido e é subsidiariamente responsável. No caso de absorção completa de uma entidade pública pela organização social, a responsabilidade civil desta é objetiva, e o Estado é subsidiariamente responsável.

Assim, a questão da responsabilidade civil extracontratual das entidades do terceiro setor é um tema complexo e dependerá do contexto específico de cada caso. A distinção entre cooperação mútua e substituição do Estado pode ser tênue, e a determinação da natureza da responsabilidade civil deve ser analisada de forma circunstancial.

Por fim, a discussão sobre a inconstitucionalidade de alguns aspectos da legislação do terceiro setor demonstra a importância de se aprimorar o marco regulatório que governa as parcerias entre o setor privado e o Estado, especialmente tendo em vista que a Lei nº 13.019/2014 (OSC) não revogou expressamente a Lei nº 9.637/98 (OS) e a Lei nº 9.790/99 (OSCIP). Ademais, é fundamental garantir que essas colaborações sejam transparentes, equitativas e estejam em conformidade com os princípios constitucionais.

As parcerias entre o Estado e as entidades do terceiro setor desempenham um papel crucial na promoção do bem-estar social no Brasil. No entanto, é necessário um debate contínuo sobre as implicações legais e constitucionais dessas parcerias, visando garantir que elas atendam aos melhores interesses da sociedade e ao pleno cumprimento dos direitos sociais.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**, 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**, 17ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas**. Revista de Direito Administrativo, Belo Horizonte, vol. 240, p. 83-103, 2005.

BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia ordenação regulação**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 05 de jul. 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.637**, de 15 de maio de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9637.htm. Acesso em: 05 de jul. 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.790**, de 23 de março de 1999. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19790.htm. Acesso em: 10 de jul. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.019**, de 31 de julho de 2014. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13019.htm. Acesso em: 12 de jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1923/DF. Tribunal Pleno, Relator para o acórdão Min. Luiz Fux. **Diário de Justiça da União**, 17 Dez. 2015.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Da administração pública burocrática à gerencial. In: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter Kevin (Org.). **Reforma do Estado e administração pública gerencial**. 3. ed. Rio de Janeiro: FGV, 1999.

BUGARIN, Paulo S. O TCU e a fiscalização dos contratos de gestão. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, nº 10, junho/julho/agosto, 2007. Disponível na internet: <http://direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: 17 de jul. 2023.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito**, 37. ed. Barueri: Atlas, 2023.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Responsabilidade civil das pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 13, janeiro/fevereiro/março, 2008. Disponível na internet: <http://direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 22 de jul. 2023.

CATALANO, Kátia Regina Camila. O marco regulatório das organizações da sociedade civil – avanços e retrocessos na atividade administrativa de fomento. **R. Dir. Terc. Setor – RDTS**, Belo Horizonte, ano 9, n. 17, p. 37-59, jan./jun. 2015

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**, 16ª ed. Barueri: Atlas, 2023.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**, 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada**, 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FORTINI, Cristiana. Organizações sociais: natureza jurídica da responsabilidade civil das organizações sociais em face dos danos causados a terceiros. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, nº 6, junho/julho/agosto, 2006. Disponível na internet: <http://direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: 25 de jul. 2023.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. 5.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

GABARDO, Emerson. **O jardim e a praça para além do bem e do mal** – uma antítese ao critério de subsidiariedade como determinante dos fins do Estado social. 2009.409 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009.

HIGA, Alberto Shinji. **Terceiro setor: da responsabilidade civil do Estado e do agente fomentado**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**, 14^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

JURUENA, Cynthia Gruending. **Políticas públicas e terceiro setor: propostas de aprimoramento**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**, 9^a ed. São Paulo: Dialética, 2002.

LEAL, Rogério Gesta. **Estado, administração pública e sociedade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LIMA, Luiz Henrique. **Controle externo contemporâneo**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 81.

LINS, Bernardo Wildi. O posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o modelo federal de parcerias com as organizações sociais. **R. Dir. Terc. Setor – RDTs**, Belo Horizonte, ano 9, n. 17, p. 81-100, jan./jun. 2015.

MÂNICA, Fernando. **Instituições do terceiro setor: um guia para compreender as denominações, formas jurídicas e certificações das entidades em fins lucrativos no Brasil** – Volume 2, 1^a ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

MÂNICA, Fernando Borges. **Objeto e natureza das parcerias sociais: limites para a execução privada de tarefas estatais e o novo direito do terceiro setor**. In: MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (Coord.). **Parcerias com o Terceiro Setor: as inovações da Lei nº 13.019/14**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MÂNICA, Fernando Borges; MENEGAT, Fernando. **Teoria jurídica da privatização**: fundamentos, limites e técnicas de interação público-privada no direito brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MÂNICA, Fernando Borges. **Terceiro setor e imunidade tributária**: teoria e prática. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MARE, Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado. **Caderno 2. Organizações sociais**. Brasília: 1998.

MASTRODI, Josué; IFANGER, Fernanda Carolina de Araujo. **Sobre o conceito de políticas públicas**. Revista de Direito Brasileira, Florianópolis, SC, v. 24, n. 9, p. 03-16, set./dez. 2019.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**, 42^a ed. Malheiros Editores: São Paulo, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**, 18^a ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

MODESTO, Paulo. Reforma administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil – as dúvidas dos juristas sobre o modelo das organizações sociais. **Revista do Diálogo**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 9, dezembro, 2001. Disponível em: <http://direitodoestado.com.br>. Acesso em: 04 de jul. 2023

MONTAÑO, Carlos. **Terceiro setor e questão social**: crítica ao padrão emergente de intervenção social. São Paulo: Cortez, 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial, 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro : Forense, 2014.

NOHARA, Irene Patrícia. **Reforma administrativa e burocracia**: impacto da eficiência na configuração do direito administrativo brasileiro. São Paulo: Atlas, 2012.

OCDE - relatório sobre a reforma regulatória. **Brasil - fortalecendo a governança para o crescimento**. Brasília: Presidência da República, 2008.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Gestão privada de recursos públicos para fins públicos: o modelo das OSCIP. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (Coord.). **Terceiro setor, empresas e estado: novas fronteiras entre o público e o privado**. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Administração pública, concessões e terceiro setor**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito**, 11. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023.

PDRAE, **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília, Presidência da República, 1995.

REGULES, Luís Eduardo Patrone. **Terceiro setor: regime jurídico das OSCIPs**. São Paulo: Método, 2006.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Terceiro setor**. São Paulo: Malheiros, 2003.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

SIMIONATTO, Ivete. Crise, reforma do Estado e políticas públicas: implicações para a sociedade civil e a profissão. **Adupe**, 20 de fevereiro de 2013. Disponível em: <https://www.adupe.org/crise-reforma-do-estado-e-politicas-publicas-implicacoes-para-a-sociedade-civil-e-a-profissao/>. Acesso em: 02 jul. 2023.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo em debate**. 2.ª série. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. São Paulo: Malheiros, 1992.

SZAZI, Eduardo. **Terceiro setor regulação no Brasil**, 2ª ed. São Paulo: Peirópolis, 2001.

TÁCITO, Caio. O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada. In: TÁCITO, Caio. **Temas de direito público**, v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 721-733.

VIOLIN, Tarso Cabral. Terceiro setor e as parcerias com a administração pública, 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

XAVIER, Carlos Eduardo Rangel. **Organizações Sociais (OS) e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP)**. Salvador: Juspodivm, 2012.

ZOCKUN, Carolina zancaner. **Da intervenção do Estado no domínio social**. Coleção Temas de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 21.

RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DAS ENTIDADES PRIVADAS QUE INTEGRAM O **Terceiro Setor**

*www.arcoeditores.com
contato@arcoeditores.com
(55)99723-4952*