

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Alberto Shinji Higa

**A responsabilidade civil do Estado em face da atividade administrativa de
fomento no domínio social e a do agente fomentado à luz
da Constituição Federal de 1.988**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito do Estado, sob a orientação do Professor Doutor Silvio Luís Ferreira da Rocha

SÃO PAULO
2009

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

BANCA EXAMINADORA

_____ - ____ de _____ de _____

Ao meu pai Riyoshin Higa e à minha mãe Mitsue Higa, pelo amor incondicional e pelas sábias lições de vida plantadas no meu coração.

Aos meus irmãos Nelson, Cláudia e Regina, nas pessoas de quem estendo esta dedicação a todos os meus familiares, pelo amor e alegria do convívio.

Às pequenas Isabella e Júlia, que, respectivamente, com apenas sete e cinco anos de vida e um grande sorriso no rosto, me ensinam que sempre há tempo para aprender.

À Silvana, companheira de todas as horas, que a cada dia me ensina sobre o dom de amar e compartilhar, com todo o carinho especial de que é merecedora.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, pelo dom da vida e do amor, saúde e proteção.

À minha mãe Mitsue e ao meu pai Riyoshin, exemplos de perseverança e dedicação, que com muito amor e trabalho, possibilitaram a minha formação pessoal e acadêmica.

À minha esposa Silvana, companheira e amiga, pelo amor, incentivo e compreensão para a realização deste estudo, e por estar sempre ao meu lado, transmitindo força e segurança.

Ao Professor Silvio Luís Ferreira da Rocha, que, como orientador, acompanhou com dedicação, serenidade e generosidade o percurso do presente trabalho, fomentando debates e leituras que propiciaram reflexões e permitiram assentar conclusões acerca das questões centrais envolvendo o tema abordado, notas dignas dos verdadeiros mestres.

À Dra. Darcy Santana Vitobello, Procuradora Regional da República, pelas lições de Direito e ética no cotidiano da sua atuação profissional na Procuradoria Regional da República da 3ª Região, e pelo permanente incentivo aos estudos jurídicos, o que contribuiu, de forma decisiva, para a conclusão do presente trabalho.

Aos amigos do Escritório Rubens Naves, Santos Junior e Hesketh, agradecimento este que faço na pessoa do ilustre advogado e professor Marcos Pereira Osaki, pelas sinceras amizades ali construídas e pelos preciosos ensinamentos jurídicos e de cidadania. Pelas mesmas razões, não posso deixar de registrar o meu agradecimento ao eminente advogado e professor Maurício Zockun, que me fez despertar para o estudo do Direito Público.

Por fim, um agradecimento especial a todos os professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, que faço na pessoa do eminente professor Celso Antônio Bandeira de Mello, jurista de primeira grandeza, cujas valiosas lições de Direito, cidadania e ética tanto têm contribuído para o desenvolvimento do Direito Administrativo e da Ciência do Direito no País, renovando, sempre, a esperança de um Brasil mais justo, solidário, enfim, mais republicano.

“Lutemos por um mundo novo...um mundo bom que a todos assegura o ensejo de trabalho, que dê futuro a juventude, e a segurança à velhice.”

(Charles Chaplin)

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivos propor reflexões para o delineamento do fomento público no domínio social e da respectiva responsabilidade civil do Estado e das entidades paraestatais nesse âmbito, à luz da Constituição da República de 1988. A escolha do tema pode ser justificada pelas seguintes razões: (i) a contemplação de campo fértil pela Carta Magna para o desenvolvimento da referida função administrativa; (ii) a edição no plano infraconstitucional de leis esparsas que, a pretexto da promoção desse mister, extrapolam os marcos gizados na Lei Maior; (iii) a omissão desses diplomas legais quanto à responsabilidade civil do Estado e das entidades beneficiárias, seja aquela decorrente da relação jurídica entre este, agente fomentador e aquelas, agentes fomentados, seja a oriunda do vínculo entre estes últimos e o terceiro; (iv) a lacuna no campo da ciência jurídica, tal como ocorre no plano legislativo, posto que ainda é tímida a atenção dada pelos cientistas do direito pátrio ao referido tema. Para se alcançar os objetivos fixados, inicialmente, foram traçados os contornos constitucionais da atividade administrativa de fomento no domínio social. Procurou-se identificar o seu regime jurídico e sua área de incidência. De posse de todos esses elementos, passou-se, então, ao estudo da responsabilidade civil do Estado e da entidade fomentada. Ao término das pesquisas, constatou-se que o Estado responde pelos danos causados aos agentes fomentados por seus atos comissivos ou omissivos, no exercício da função administrativa promocional, respectivamente, de forma objetiva ou subjetiva. Outrossim, conclui-se que o Estado, via de regra, não responde pelos danos causados pelos agentes fomentados a terceiros, no exercício das atividades objeto de fomento, salvo nos casos dos serviços sociais autônomos, das organizações sociais que substituam o Poder Público no desempenho de serviço público a seu encargo ou sejam beneficiadas com a cessão de bens e servidores públicos e nos casos de omissão estatal em fiscalizar as atividades desenvolvidas pelos agentes fomentados, desde que observada, nessa hipótese, a teoria do dano direto e imediato (art. 403 do CC) e presentes os pressupostos relativos à responsabilidade civil subjetiva, pela teoria da culpa do serviço. Por fim, quanto aos agentes fomentados, conclui-se que, via de regra, aplica-se a responsabilidade civil subjetiva prevista no art. 927, caput c/c art. 186 do Código Civil, na hipótese de responsabilidade extracontratual ou no art. 389 do Código Civil, no caso de responsabilidade contratual, seja em relação ao Estado, seja em relação ao terceiro que se utiliza do serviço por ela prestado. A incidência da responsabilidade objetiva constitui-se exceção e somente se verifica em duas distintas hipóteses: (i) nos termos do parágrafo único do art. 927 do Código Civil, que autoriza a fixação da responsabilidade objetiva em casos previstos em lei, a exemplo da Lei nº 8.078/90; e (ii) 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, 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.

Palavras-chave. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, INTERVENÇÃO, DOMÍNIO SOCIAL, ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DE FOMENTO, TERCEIRO SETOR, RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.

ABSTRACT

This present work has the purpose of proposing reflections for the outlining of the public foment in the social domain and of the respective civil liability of the State and of the parastate entities in this sphere, in light of the Constitution of the Republic of 1988. The choice of the theme could be justified by the following reasons: (i) the contemplation of the fertile field by the Magna Carta for the development of said administrative function; (ii) the issuing in the infraconstitutional sphere of sparse laws that, as a pretext of the promotion of this need, extrapolate the landmarks conceived in the Greater Law; (iii) the omission of these legal diplomas related to the civil liability of the State and of the beneficiary entities, whether arising from the juridical relationship between this, fomenting agent, and those, fomented agents, whether arising from the bond between the latter and the third party; (iv) the lacuna in the field of juridical science, as that occurring in the legislative sphere, seeing the attention given by the scientists of the constitutional law to said theme is still shy. To reach the established objectives, the constitutional contours of the administrative activity of foment in the social domain were initially traced. It was sought to identify its juridical regime and its area of incidence. In possession of all these elements, it was then passed on to the study of the civil liability of the State and of the fomented entity. At the end of the research, it was noticed that the State answers for the damages caused to the fomented agents due to its commissive or omissive acts, in the exercise of the promotional administrative function, in objective or subjective form, respectively. Likewise, it is concluded that the State, as a rule, does not answer for the damages caused by the fomented agents to third parties, in the exercise of the activities which are the object of the foment, except in cases of autonomous social services, of the social organizations that substitute the Public Authority in the performance of public service under its charge or are benefitted with the granting of goods and public servants, and in the cases of state omission in inspecting the activities developed by the fomented agents, as long as observed, in this case, the theory of the direct and immediate damage (art. 403 of the CC) and with presence of the premises related to the subjective civil liability, by the theory of the guilt of the service. Finally, in relation to the fomented agents, it is concluded that, as a rule, the subjective civil liability foreseen in art. 927, headline *c/c* art. 186 of the Civil Code, is applied in the hypothesis of extracontractual liability or in art. 389 of the Civil Code, in case of contractual liability, whether in relation to the State, whether in relation to the third party that makes use of the service rendered by it. The incidence of the objective liability is an exception and is observed only in two distinct hypotheses: (i) in the terms of sole paragraph of art. 927 of the Civil Code, which authorizes the establishment of the objective liability in cases foreseen in law, as in Law No. 8.078/90; and (ii) in cases of social organizations established with the purpose of substituting the State in relation to its duty of rendering public services, in the terms of the Magna Carta, and of deceiving the juridical administrative regime that, strictly, such activities are submitted to, opposing the limits of complementary actuation of the private in the social domain.

Keywords: Federal Constitution of 1988, Intervention, Social Domain, Administrative Activity of Foment, Third Sector, Civil Liability of the State.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
CAPÍTULO I - DAS TRANSFORMAÇÕES NA ORGANIZAÇÃO POLÍTICA	
DO ESTADO E O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE	17
1.1 A SOCIEDADE E O ESTADO.....	17
1.2 O ESTADO DE DIREITO E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	19
1.3 DA ORIGEM DO DIREITO ADMINISTRATIVO.....	23
1.4 O DIREITO ADMINISTRATIVO NO BRASIL.....	29
1.5 AS MUTAÇÕES NA ORGANIZAÇÃO POLÍTICA DO ESTADO.....	32
1.6 DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	32
1.7 O CONTEÚDO DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE NO ESTADO SOCIAL DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	40
CAPÍTULO II - A ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DE FOMENTO NA DOCTRINA ESTRANGEIRA E NACIONAL - DELINEAMENTOS DOCTRINÁRIOS DO INSTITUTO	44
2.1 BREVES CONSIDERAÇÕES.....	44
2.2 A ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DE FOMENTO NA DOCTRINA ESTRANGEIRA.....	46
2.2.1 O pensamento de Jordana de Pozas.....	46
2.2.2 O pensamento de Mariano Baena Del Alcázar.....	48
2.2.3 O pensamento de Héctor Jorge Escola.....	56
2.2.4 O pensamento de Roberto Dromi.....	58
2.2.5 O pensamento de Ramon Parada.....	58
2.3 A ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DE FOMENTO NA DOCTRINA PÁTRIA.....	60
2.3.1 Breves considerações.....	60
2.3.2 O pensamento de Sílvio Luís Ferreira da Rocha.....	62
2.3.3 O pensamento de Celso Antônio Bandeira de Mello.....	65
2.3.4 O pensamento de Diogo de Figueiredo Moreira Neto.....	66
2.3.5 O pensamento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro.....	69
2.3.6 O pensamento de José Roberto Pimenta Oliveira.....	71
2.3.7 O pensamento de Lucas Rocha Furtado.....	72
2.3.8 O pensamento de Célia Cunha Mello.....	75
2.3.9 O pensamento de Edimur Ferreira Faria.....	76
2.3.10 O pensamento de Marçal Justen Filho.....	77

2.3.11 O pensamento de Silvia Faber Torres	78
2.3.12 Síntese	79

CAPÍTULO III - O PERFIL CONSTITUCIONAL DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DE FOMENTO NO DOMÍNIO SOCIAL À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	81
3.1 DO ESTADO BRASILEIRO NA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL.....	81
3.2 DO ESTADO DE DIREITO.....	82
3.3 DO ESTADO DEMOCRÁTICO.....	84
3.4 DO ESTADO SOCIAL.....	87
3.5 ATIVIDADE ECONÔMICA X SERVIÇO PÚBLICO.....	89
3.6 SERVIÇO PÚBLICO.....	93
3.6.1 Noção histórica	93
3.6.2 O serviço público na Constituição da República	101
3.7 A ATIVIDADE ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	107
3.8 DOS FUNDAMENTOS DA ORDEM ECONÔMICA E SOCIAL E A INTERVENÇÃO DO ESTADO.....	115
3.9 O PERFIL CONSTITUCIONAL DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DE FOMENTO NO DOMÍNIO SOCIAL À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	121

CAPÍTULO IV - AS ENTIDADES DO TERCEIRO SETOR COMO DESTINATÁRIAS DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DE FOMENTO NO DOMÍNIO SOCIAL	133
4.1 DELIMITAÇÃO DO UNIVERSO DAS ENTIDADES FOMENTADAS.....	133
4.2 SÍNTESE HISTÓRICA DA EVOLUÇÃO DO TERCEIRO SETOR NO BRASIL.....	134
4.3 O CONCEITO E A ABRANGÊNCIA DO TERCEIRO SETOR.....	136
4.4 DAS CARACTERÍSTICAS DOS ENTES PARAESTATAIS.....	140
4.5 DAS ASSOCIAÇÕES.....	142
4.6 FUNDAÇÕES.....	143
4.7 SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS.....	145
4.8 DAS COOPERATIVAS SOCIAIS.....	146
4.9 DOS TÍTULOS JURÍDICOS DAS ENTIDADES DO TERCEIRO SETOR.....	147
4.9.1 Utilidade Pública	148
4.9.2 Entidades Benéficas de Assistência Social	149
4.9.3 Da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público	151
4.9.4 Da Organização Social	156

4.10 DOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS DA ATIVIDADE DE FOMENTO.....	163
4.10.1 Das subvenções, dos auxílios e das contribuições.....	165
4.10.2 Das subvenções.....	166
4.10.3 Do auxílio e das contribuições.....	168
4.10.4 Convênios.....	174
4.10.5 Termo de Parceria.....	181
4.10.6 Contrato de gestão.....	184
4.10.7 Recursos Públicos Indiretos – Benefícios Fiscais.....	188

**CAPÍTULO V - DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO ÂMBITO DO DIREITO
PRIVADO E DO DIREITO PÚBLICO.....**

.....	194
5.1 DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO ÂMBITO DO DIREITO PRIVADO.....	194
5.2 DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.....	200
5.2.1 Da teoria da irresponsabilidade.....	200
5.2.2 Da teoria da responsabilidade subjetiva.....	203
5.2.3 Da teoria da culpa anônima ou administrativa.....	204
5.2.4 Da teoria da responsabilidade objetiva.....	207
5.2.4.1 Da teoria do risco administrativo.....	208
5.2.4.2 Da teoria do risco integral.....	209
5.3 DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO DIREITO BRASILEIRO.....	210
5.4 NOÇÕES GERAIS E ESPÉCIES.....	213
5.4.1 Considerações preliminares.....	213
5.4.2 Noções gerais.....	214
5.4.3 Das espécies de responsabilidade.....	214
5.4.3.1 Da responsabilidade contratual e extracontratual.....	215
5.4.3.2 Da responsabilidade civil, penal e administrativa.....	216
5.4.3.3 Da responsabilidade direta e indireta.....	216
5.5 OS PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	217
5.6 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES.....	224
5.7 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	226
5.7.1 Das espécies de responsabilidade civil do estado acolhidas pela carta magna.....	226
5.7.2 Pressupostos da responsabilidade civil do estado.....	232
5.7.2.1 Do dano indenizável.....	232

5.7.2.2 <i>Do nexu de causalidade</i>	235
5.7.2.3 <i>Dos agentes do estado</i>	237
CAPÍTULO VI – DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E A DO	
AGENTE FOMENTADO	239
6.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES.....	239
6.2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO AGENTE FOMENTADO.....	239
6.3 DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO EM FACE DA	
ATIVIDADE PROMOCIONAL.....	251
6.3.1 Da responsabilidade civil do estado em face dos	
agentes fomentados	252
6.3.2 Da responsabilidade civil do estado pelos danos causados	
pelos agentes fomentados a terceiros	255
6.4 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELOS DANOS	
CAUSADOS A TERCEIROS EM DECORRÊNCIA DE	
CONTRATO OU CONVÊNIO ADMINISTRATIVO NO ÂMBITO DO SUS.....	265
6.5 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E ASPECTOS	
PROCESSUAIS.....	269
CONCLUSÕES FINAIS	277
FONTES E BIBLIOGRAFIA	283
ANEXOS	298

INTRODUÇÃO

No atual estágio do Estado contemporâneo e da sociedade, marcados pelo intenso fenômeno da revolução da tecnologia e da comunicação, observa-se o crescimento dos modelos de colaboração entre o Poder Público e os administrados para a consecução dos interesses públicos estabelecidos nos ordenamentos jurídicos positivos.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e o processo de redemocratização do País, constata-se, entre nós, o acolhimento dessa diretriz, na medida em que ganhou relevo na Lei Maior a participação da sociedade na consecução dos objetivos do Estado brasileiro.

Nesse cenário de ampliação das relações jurídicas mantidas entre o ente estatal e o particular, têm ocupado posição de destaque, dada a sua importância, aquelas travadas no âmbito do domínio social entre a Administração Pública e as entidades que integram o denominado *Terceiro Setor*, que visam à consecução, em modelos de parceria, dos referidos interesses, especialmente, na área dos direitos sociais.

Nesse contexto, com o inegável desenvolvimento das referidas *entidades paraestatais*¹, fruto da realidade sócio-econômica do País, do crescente aumento das demandas sociais e da impossibilidade do Estado de atendê-las, integralmente, é que se identifica a "redescoberta" da atividade administrativa de fomento a partir da década de 90, predominantemente no domínio social, e a sua importância como instrumento eficaz para a realização dos já mencionados interesses públicos.

¹ A expressão será utilizada ao longo do presente trabalho para designar as pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos integrantes do denominado Terceiro Setor que, embora não integrem a Administração Pública Direta ou Indireta, tenham por objetivo social a consecução de interesses públicos, considerados relevantes para a coletividade e por isso acolhidos pelo ordenamento jurídico positivo pátrio. É dizer, adotar-se-á aqui uma acepção estrita, levando-se em consideração apenas aqueles entes que revelem "*fins públicos*" nos seus objetivos sociais, ou seja, que desenvolvam *atividades sem fins econômicos, com o intuito de trazer benefícios para a sociedade como um todo*. Isso porque numa acepção ampla de "Terceiro Setor" podem ser enquadradas sob tal rótulo diversas entidades, como por exemplo, os entes de benefícios mútuos (clubes, caixas, fundos de pensão); associações de defesa de determinados grupos (dentre outros, associações de bairro, de mutuários), as cooperativas, os entes de caráter corporativo (sindicatos, federações, confederações, centrais de empregados e empregadores, associação de classe), partidos políticos, organizações religiosas etc. Ressalte-se que o conteúdo da dita expressão na doutrina e na jurisprudência pátria não é unívoco, o que justifica identificar a acepção aqui adotada.

Ocorre que, não obstante contemple a Constituição da República um campo fértil para o desenvolvimento da citada função administrativa, tem-se observado no plano infraconstitucional a edição de leis esparsas que, a pretexto da promoção desse objetivo, extrapolam os marcos gizados na Constituição.

Por outro lado, tais diplomas legais não estabelecem normas relativas à responsabilidade civil do Estado e das entidades beneficiárias, seja aquela decorrente da relação jurídica entre este, agente fomentador e aquelas, agentes fomentados, seja a oriunda do vínculo entre estes últimos e o terceiro, no que tange ao desenvolvimento das atividades objeto de fomento público no domínio social.

Essa lacuna no plano legislativo também pode ser constatada no campo da ciência jurídica, pois ainda é tímida a atenção dada pelos cientistas do direito pátrio ao tema da responsabilidade civil do Estado e da entidade fomentada decorrente do exercício da citada função administrativa.

Daí porque se pretende com o presente estudo empreender esforços a fim de traçar os contornos da atividade administrativa de fomento no domínio social à luz da Constituição Federal de 1988, para que, então, se possa demarcar a responsabilidade civil do Estado no que diz respeito ao exercício dessa função, assim como deste e do agente fomentado no que se refere à execução propriamente dita das atividades em prol da realização dos interesses considerados relevantes para a coletividade.

Nessa linha, tem este trabalho o objetivo de propor reflexões para o delineamento do fomento público no domínio social e da respectiva responsabilidade civil do Estado e das entidades paraestatais nesse âmbito.

Para tanto, haja vista que a noção de fomento público no domínio social se relaciona com a noção de Estado, suas funções, limites de atuação e fins consagrados na Lei Fundamental de uma nação, é de relevo focar as atenções ao estudo dessa função estatal e da respectiva responsabilidade civil do Poder Público e do agente fomentado à luz da nossa Constituição da República.

Nessa direção, surge, inicialmente, a necessidade de investigar o perfil da atividade administrativa de fomento no ordenamento jurídico positivo e os princípios que a informam, identificando, assim, as suas características e o regime jurídico aplicável.

A partir da análise das normas constitucionais, há que se confrontar a função administrativa fomentadora com as demais funções administrativas, a saber, de

polícia, dos serviços públicos e do ordenamento econômico e social, demarcando, assim, o campo de atuação do Estado no desenvolvimento daquela ação promocional.

Pretende-se, assim, identificar o perfil constitucional da atividade administrativa de fomento voltada para as áreas dos direitos sociais, extraíndo-se critérios e limites que vinculem o legislador infraconstitucional no momento da edição de leis sobre a matéria, assim como o administrador público e o juiz, estes dois últimos, no momento da interpretação e aplicação desses instrumentos legislativos.

Vislumbra-se do exame dos dispositivos constitucionais que atribuem à sociedade civil a participação e a colaboração com o Estado para o alcance e efetivação de direitos sociais considerados de relevante interesse público, vale dizer, que admitem a incidência da atividade administrativa de fomento, não haver autorização para a substituição do Poder Público pela iniciativa privada nessas áreas, mas apenas uma atuação complementar desta última.

É dizer, a Constituição não afasta o dever da Administração de garantir ditos direitos objeto de fomento, ao contrário, atribui a esta a obrigação de efetivá-los, sem prejuízo da colaboração da sociedade civil organizada.

A nota relativa ao caráter complementar da atividade desenvolvida pelo particular na consecução de interesses públicos, sem o emprego de coação e objeto de fomento pelo Estado é essencial para que não haja confusão entre o campo reservado ao poder de polícia e ao serviço público pela Lei Fundamental e aquele destinado à atividade de fomento, como se tem verificado com a edição de diplomas legais que autorizam até mesmo, por exemplo, o recebimento pelas organizações sociais de bens e servidores públicos para o desenvolvimento de suas atividades, em total afronta aos dispositivos constitucionais.

Uma vez superada esta etapa, passa-se, então, a enfrentar a indagação central do trabalho, que diz respeito à responsabilidade civil do Estado e do agente fomentado, tanto aquela decorrente do vínculo de parceria firmado entre ambos, como aquela oriunda da relação jurídica mantida entre este último e o terceiro, na execução das atividades fomentadas, por contemplarem interesses considerados relevantes para a coletividade.

Visando alcançar tal objetivo, questionamentos relevantes deverão ser examinados, tais como: Qual a espécie de responsabilidade do Estado no desempenho da função fomentadora? Essa responsabilidade alcança os danos

causados pelo agente fomentado a terceiros? Na hipótese afirmativa, essa responsabilidade será solidária ou subsidiária?

Para o enfrentamento das questões propostas e, por conseguinte, para a verificação da responsabilidade civil do Estado e do agente fomentado, os estudos serão divididos em seis capítulos, conforme a seguir descrito.

No primeiro capítulo far-se-á um breve registro histórico sobre o surgimento do Estado de Direito, do Direito Administrativo e das transformações na organização política e econômica do Estado, até alcançar o atual estágio de Estado Social e Democrático de Direito, enquadrando o denominado princípio da subsidiariedade nesse contexto, fundamento central da atividade promocional do Poder Público.

O segundo capítulo abordará a atividade administrativa de fomento com apoio na doutrina nacional e estrangeira, com a identificação das suas características e das suas notas distintivas com relação ao poder de polícia e ao serviço público e o exame dos conceitos propostos.

De posse dos elementos que compõem fomento público, procurar-se-á identificar o perfil constitucional dessa atividade administrativa no domínio social à luz da Constituição Federal de 1988 e o regime jurídico a ela aplicado no terceiro capítulo. Para tanto, necessário se fará apartar o espaço reservado ao serviço público, de titularidade do Estado e aquele reservado à atividade econômica, em regra, assegurada aos particulares.

O quarto capítulo será destinado ao exame do universo de organizações que compõem o Terceiro Setor, para o fim de apartar aquelas que, por perseguirem finalidades públicas nos seus objetivos sociais, estão aptas a receber a incidência da atividade administrativa de fomento no domínio social.

No referido capítulo, serão analisados, ainda, os títulos jurídicos federais (título de utilidade pública federal, certificado de entidade beneficente de assistência social, OS e OSCIP) conferidos a tais entes e respectivos reflexos jurídicos, bem como os demais instrumentos jurídicos contemplados na legislação pátria para o exercício da ação promocional do Estado e a formação de vínculos de parceria com tais organizações.

No quinto capítulo far-se-á um registro histórico sobre a evolução da responsabilidade civil no âmbito do Direito Privado e do Direito Público, assim como da responsabilidade civil do Estado no ordenamento jurídico pátrio. Na sequência, serão fixadas as noções gerais e as classificações acerca do Instituto. Por fim, serão

analisados os pressupostos das responsabilidades civil subjetiva e objetiva na esfera do Direito Privado e, de igual modo, os pressupostos do dever de indenizar do Estado.

No capítulo subsequente caberá, então, perquirir qual ou quais espécies de responsabilidades estatais comportam o desempenho da atividade administrativa de fomento, tanto no que se refere à entidade fomentada como no que diz respeito a terceiros. De igual modo, analisar-se-á a responsabilidade dos agentes fomentados em face do Estado e de terceiros.

Por fim, serão fixadas as conclusões decorrentes dos estudos empreendidos.

CAPÍTULO I - DAS TRANSFORMAÇÕES NA ORGANIZAÇÃO POLÍTICA DO ESTADO E O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE

1.1 A SOCIEDADE E O ESTADO

A origem da sociedade sempre foi objeto de intenso debate. A idéia da *sociedade natural*, fruto da própria natureza humana, foi adotada por respeitáveis adeptos ao longo da história, assim como aquela que sustenta a sua criação como *ato de escolha*.

Na primeira corrente temos como antecedente mais remoto a afirmação de *Aristóteles* no sentido de que “*o homem é naturalmente um animal político*”, seguido, posteriormente, por *Cícero*, em Roma, *Santo Tomás de Aquino*, na idade medieval e, mais recentemente, pelo autor italiano *Oreste Ranalletti*.²

Por seu turno, o segundo posicionamento, baseado no *contratualismo*, aparece sistematizado nas obras de *Thomas Hobbes*, sobretudo no “*Leviatã*”, de 1651. Embora haja uma diversidade grande de contratualismos, destaca-se aquele defendido por *Rosseau* no “*Contrato Social*”, de 1762, cujas idéias são fundamentos da atual democracia³.

No que se refere à origem do Estado, também se observa teorias divergentes, na medida em que há estudiosos que sustentam a *formação natural* do Estado e, em contrapartida, existem aqueles que defendem a *formação contratual* do mesmo⁴.

Independentemente da corrente doutrinária que se adote para justificar a origem da sociedade e do Estado, para o presente trabalho relevante se mostra apenas fixar a idéia da presença do Estado naquelas sociedades políticas, que com autoridade superior, fixaram as regras de convivência de seus membros. No dizer do eminente professor Romeu Felipe Bacellar Filho⁵, a concepção de Estado como uma nação politicamente organizada, composto por seu governo soberano.

² DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 17ªed. São Paulo: Saraiva, 1993. p.8-14.

³ Ibidem. p.8-14.

⁴ Ibidem. p.8-14.

⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Saraiva, 2005. p.16.

Com efeito, no âmbito da Teoria Geral do Estado, é assente apontar ao menos três elementos fundamentais do Estado⁶: o *território*, o *povo* e o *poder*. Assim, de acordo com a doutrina tradicional “o Estado é uma associação humana (povo), radicada em base espacial (território) que vive sob o comando de uma autoridade (poder) não sujeita a qualquer outra (soberana)”⁷.

A partir da idéia de Estado e de Sociedade Civil⁸ e suas respectivas relações, os estudiosos identificaram e classificaram distintos tipos estatais no decorrer da história dos povos.

Consoante observa Aderson de Menezes⁹ os referidos tipos estatais não têm curso uniforme, não obstante se possa, para fins didáticos, traçar as notas características do Estado em cada período histórico da humanidade.

De fato, os autores que trataram deste assunto, adotaram, com pequenas variações, as seguintes fases: *Estado Antigo*, *Estado Grego*, *Estado Romano*, *Estado Medieval* e *Estado Moderno*¹⁰.

Cumprir examinar para o tema ora proposto, qual seja, *a responsabilidade civil do Estado pelo desempenho da função administrativa fomentadora no domínio social e das entidades paraestatais*, apenas as transformações ocorridas a partir da segunda fase do Estado Moderno, época na qual se identifica o Estado de Direito, o surgimento da Administração Pública e a sua submissão à lei.

⁶ No entanto, conforme observou Celso Ribeiro Bastos, há corrente doutrinária que, “sem negar serem esses elementos necessários, procura enfatizar que de um lado o Estado suplanta esses três, - ao necessitar, por exemplo, de outros não aí incluídos, podendo ser citados, a título exemplificativo, os fins do próprio Estado - e, de outra parte, não ser também absolutamente inconcebível a existência de Estado com a ausência de um ou algum desses elementos. [...] Nítida a possibilidade de ser essa idéia de componentes excessivamente forte, por reduzir o Estado a esses três ingredientes, quando é muito mais compreensível que na realidade estatal entrem elementos de outra ordem, no mais das vezes - como dissemos - de trabalhosa apreensão, razão pela qual os autores valem-se da simplificação, evitando incluí-los na definição do Estado.” BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 17ªed. São Paulo: Saraiva, 1996. p.10-1.

⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 16ªed. São Paulo: Saraiva, 1987. p.45.

⁸ Acerca da distinção entre os conceitos de Estado e sociedade civil, outrora considerados sinônimos, a partir da contribuição da teoria hegeliana de sociedade civil, v. BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo e Sociedade*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

⁹ MENEZES, Aderson de. *Teoria Geral do Estado*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1965. p.105-6.

¹⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. Op. cit., 1993. p.52-3.

1.2 O ESTADO DE DIREITO E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O surgimento do Estado de Direito, conforme atualmente conhecido, se formou a partir dos ideais das revoluções liberais ocorridas no final do século XVIII e início do século XIX, inspiradas no pensamento de Rousseau e Montesquieu, em reação ao velho regime absolutista adotado na Idade Média.

Não obstante existirem no momento anterior ao Estado de Direito, regras jurídicas que, de algum modo, restringiam a plena autoridade do Monarca, como por exemplo, a Carta Magna de 1215 na Inglaterra e as leis do reino em França, imperava ainda naquela época o arbítrio do Estado, marcado por um sistema de privilégios reais, o que gerava uma insegurança jurídica, afetando, de modo negativo, dentre outras, as relações comerciais.

Daí a insatisfação da classe burguesa, que embora não fosse politicamente dirigente, posto que ainda não havia dominado a máquina estatal, apenas a influenciando, já alcançara, à época, expressiva inserção no meio social, fomentando, assim, a formação das bases ideológica e política, que culminaria com a eclosão das revoluções burguesas¹¹.

A partir desse momento é que se verifica a formação de um modelo político e jurídico estruturado sobre os princípios da legalidade, igualdade e separação de poderes, inspirado nos pensamentos de Rousseau e Montesquieu, que defendiam a contenção do Poder das monarquias absolutistas e a proteção dos direitos e das liberdades individuais.

Rousseau¹² sustentou a igualdade de todos os homens e a soberania popular, com a necessidade de um Poder advindo do próprio povo, representado por um grupo escolhido pelos demais para governar. Montesquieu defendeu o fracionamento do Poder, com a sua tripartição – Legislativo, Executivo e Judiciário e o controle de um poder pelo outro¹³.

¹¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo: Editora RT, 1993.

¹² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 21ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p.46-8.

¹³ MONTESQUIEU. "Do Espírito das Leis". São Paulo: Editora Difusão Européia do Livro, 1962. Apud: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., 2006. p.31-2. Dizia o autor de L'Éprit des Lois: "[...] é uma experiência eterna a de que todo homem que tem poder tende a abusar dele; ele vai até onde encontra limites. Quem o diria! a própria virtude tem necessidade de limites. Para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder detenha o poder. [...] Quando na

Para tanto, não apenas o indivíduo, mas também o Estado deveria se submeter à Lei, ou seja, obedecer à ordem jurídica instituída, abandonando-se o arbítrio verificado no Estado de Polícia em prestígio ao direito vigente. Em apertada síntese, é nesse período que se constata o surgimento do Estado de Direito.

Nesse sentido, Lucas Rocha Furtado¹⁴, ao discorrer sobre o tema, assevera que:

A Revolução Francesa e a independência norte-americana promoveram profundas modificações nas relações entre o Estado e o cidadão. O centro do poder e de todas as decisões políticas era o Estado. Todos os direitos eram exercidos pelo Estado, para o Estado e em nome do Estado. Nos regimes absolutistas o Estado não era concebido como instrumento ou meio para a satisfação de interesses dos cidadãos, mas como única e legítima fonte de poder. Nesse ponto, ainda que a herança centralista de diversos Estados seja evidente, verifica-se a primeira aproximação entre o modelo norte-americano e o europeu. Os movimentos liberais, em especial a Revolução Francesa, promoveram verdadeira inversão nos papéis até então desempenhados por esses atores: os cidadãos passam a ser o centro do poder e os titulares de todos os direitos, e o Estado passa a constituir o instrumento para regular o exercício dos direitos individuais. De acordo com o este novo modelo, o Estado justifica sua existência como meio para harmonizar, definir limites ou, em última instância, para permitir o exercício dos direitos dos cidadãos. A adoção desse modelo constituiu o primeiro passo para o surgimento do Estado de Direito.

Sob o prisma do constitucionalismo, as citadas revoluções¹⁵, marcadas pelo pensamento iluminista que defendia a concepção do homem pensante, titular de direitos individuais inatos, assim como a racionalização do poder político para assegurar esses direitos, também influenciaram a consolidação, de forma duradoura,

mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não há liberdade, porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado façam leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Não há liberdade se o poder de julgar não está separado do poder legislativo e do executivo. Se ele tivesse confundido com o poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se ele estiver confundido com o poder executivo, o juiz poderá ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo de principais, nobres ou povo, exercessem estes três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar as questões dos particulares.”

¹⁴ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p.31.

¹⁵ Ressalte-se, por oportuno, que enquanto a Revolução Francesa foi marcada, predominantemente, por uma luta entre classes contra o poder absoluto do rei, a Revolução Americana tinha como objetivo central a sua ruptura com o governo britânico, ante a edição de leis pela metrópole que passaram a

das Constituições escritas¹⁶, em único estatuto, gizando as competências e limitações do Poder Público, que, posteriormente, viriam a se espalhar pelos continentes americano e europeu. São precisos os ensinamentos deixados por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello¹⁷:

As primeiras Constituições escritas, americana e francesa, foram, parece, influenciadas por dois princípios filosóficos, que fizeram grande alvoroço no seu tempo, aliados a razões morais e jurídicas, e aos sentimentos da própria tradição. Os princípios filosóficos se enunciavam nos seguintes termos: - a comunidade política é originária de um contrato, o qual é a fonte da autoridade; - há direitos naturais do homem anteriores à sociedade, e, pelo contrato social, esta se obriga a protegê-los e garanti-los contra qualquer arbítrio. As razões morais e jurídicas eram: - a educação cívica do cidadão pela proclamação dos seus direitos; - a superioridade da lei escrita sobre o costume. A tradição consistia no princípio, já há longos anos reconhecido, tanto nas colônias americanas da Inglaterra, conforme nos ensinam Bryce e Coxe, quanto na França, segundo as lições de Duguit e Bigne de Villeneuve, da distinção entre a lei constitucional e a lei ordinária. Nas colônias americanas da Inglaterra, havia as Cartas por esta outorgadas, as quais só podiam ser reformuladas pelo governo inglês, devendo as colônias respeitá-las. Assim, o poder legislativo das suas assembléias populares era limitado, com competência prefixada. Em França, desde o século XIV, se distinguem as leis do reino das leis do rei. As primeiras eram chamadas também leis fundamentais e mesmo leis constitucionais: regras em geral, costumeiras, impostas ao rei, então detentor do poder legislativo. O rei não tinha poder para modificar ou abrogar tais regras sem o assentimento dos Estados Gerais. [...] Esta concepção, da qual resulta a diferenciação entre lei ordinária e constitucional, implica na consideração da superioridade desta sobre aquela. Nascem, assim, as constituições rígidas, isto é, constituições escritas em um corpo único, determinando a competência dos vários ramos do governo e, portanto, limitando os poderes de cada um.

É, justamente, nesse cenário da história, com a divisão das funções estatais e a subordinação do Estado à lei, que surge a Administração Pública e o direito administrativo, tal como hoje concebido, embora não se possa negar a existência de

contrariar os interesses da burguesia colonial, a exemplo dos sucessivos aumentos de impostos, com o fim da Guerra dos Sete Anos entre a Inglaterra e a França.

¹⁶ A respeito dos modelos de Cortes Constitucionais, confira-se: FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. Tradução de Cláudia Toledo e Luiz Moreira. São Paulo: Landy, 2004.

¹⁷ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo. *A teoria das Constituições Rígidas*. 3ªed. São Paulo: José Buashatsky Editor, 1980. p.36.

administrações públicas e de normas administrativas anteriormente a esse período, estas últimas, no entanto, inseridas no *jus civile*.

A propósito, pertinente transcrever as sempre valiosas lições de Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁸:

O Direito Administrativo nasce com o Estado de Direito. Nada semelhante àquilo que chamamos de Direito Administrativo existia no período histórico que precede a submissão do Estado à ordem jurídica. Antes disso, nas relações entre o Poder, encarnado na pessoa do soberano, e os membros da sociedade, então súditos – e não cidadãos –, vigoravam idéias que bem se sintetizam em certas máximas clássicas, de todos conhecidas, quais as de que *quod principi placuit leges habet vigorem*: “o que agrada ao príncipe tem vigor de lei”. Ou ainda: “o próprio da soberania é impor-se a todos sem compensação”; ou mesmo: “o rei não pode errar”. O advento do Estado de Direito promoveu profunda subversão nestas idéias políticas, que eram juridicamente aceitas. Ao firmar a submissão do Estado, isto é, do Poder, ao Direito e ao regular a ação dos governantes nas relações com os administrados, fundando, assim, o Direito Administrativo, este último veio trazer, em análise ao período histórico precedente – o do Estado de Polícia –, justamente a disciplina do Poder, sua contenção e a inauguração dos direitos dos, já agora, administrados – não mais súditos.

Deveras, tanto o direito administrativo como a ciência do direito administrativo¹⁹, cujo objeto consiste em estudar os princípios e as normas jurídicas que regem a estrutura e o funcionamento da Administração Pública, somente encontraram espaço adequado para o seu florescimento a partir do advento do Estado de Direito, cabendo, ainda que de modo sucinto, traçar o registro histórico sobre o seu surgimento.

¹⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., 2006. p.45-6.

¹⁹ Conforme nos ensina Paulo de Barros Carvalho: “Muita diferença existe entre a realidade do direito positivo e a da Ciência do Direito. São dois mundos que não se confundem, apresentando peculiaridades tais como nos levam a uma consideração própria e exclusiva. São dois corpos de linguagem, dois discursos lingüísticos, cada qual portador de um tipo de organização lógica e de funções semânticas e pragmáticas diversas. [...] Por isso, não é demais enfatizar que o direito positivo é o complexo de normas jurídicas válidas num dado país. A Ciência do Direito cabe descrever esse enredo normativo, ordenando-o, declarando sua hierarquia, exibindo as formas lógicas que governam o entrelaçamento das várias unidades do sistema e oferecendo seus conteúdos de significação.” CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 6ªed. São Paulo: Saraiva, 1993. p.1.

1.3 DA ORIGEM DO DIREITO ADMINISTRATIVO

O nascimento do Direito Administrativo se deu na França, após a Revolução Francesa de 1789, apontando-se como marco inicial a edição da Lei de 28 pluvioso do Ano VIII (1800), que disciplinava, de modo sistemático, a organização administrativa francesa, com base na hierarquia e na centralização²⁰.

Contudo, como bem anota Odete Medauar²¹, a origem do direito administrativo francês não pode ser atribuída somente à edição de uma lei, mas também pela conjugação de outros fatores, cabendo destacar:

a) a criação de normas norteadoras do exercício dos poderes estatais, em face das concepções político-institucionais baseadas nos ideais de separação dos poderes que afloravam, nessa época, e que embasaram o surgimento do Estado de Direito; b) a jurisprudência do Conselho de Estado francês, instituição incumbida de dirimir os conflitos referentes à Administração e; c) o surgimento de obras sobre a matéria, especialmente, as dos autores franceses, que viriam a se tornar o núcleo original da doutrina do direito administrativo, tais como a de Macarel, de 1818, *Les éléments de jurisprudence administrative*; de Gerando, 1830, *Institutes du droit administratif français*; além da criação em Paris, da cátedra de “direito público e administrativo” em 1819, regida por Gerando.

A par dos fatores acima arrolados, que, inegavelmente, contribuíram para a formação do direito administrativo francês, merece destaque a valiosa colaboração do Conselho de Estado daquele país, cabendo registrar o seu papel e a sua

²⁰ Gustavo Binenbojm tece duras críticas à vinculação do surgimento do direito administrativo ao advento do Estado de Direito e ao princípio da separação dos poderes. São suas as palavras: “A associação da gênese do direito administrativo ao advento do Estado de Direito e do princípio da separação dos poderes na França pós-revolucionária caracteriza erro histórico e reprodução acrítica de um discurso de embotamento da realidade repetido por sucessivas gerações, constituindo aquilo que Paulo Otero denominou ilusão garantística da gênese. [...] Tal circunstância histórica subverte, a um só golpe, os dois postulados básicos do Estado de Direito em sua origem liberal: o princípio da legalidade e o princípio da separação dos poderes. De fato, a atribuição da função de legislar sobre o direito administrativo a um órgão da jurisdição administrativa, intestino ao Poder Executivo, não se coaduna com as noções clássicas de legalidade como submissão à vontade geral expressa na lei (Rousseau) e de partilha das funções estatais entre os poderes (Montesquieu). Nenhum cunho garantístico dos direitos individuais se pode esperar de uma Administração Pública que edita suas próprias normas jurídicas e julga soberanamente seus litígios com os administrados.” BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. São Paulo: Renovar, 2006. p.11.

²¹ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 11ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p.31-2.

importância, ainda que de forma sucinta, para a consolidação desse ramo do Direito Público e da respectiva ciência do direito administrativo.

Após a Revolução Francesa, entendeu-se naquele País que a submissão dos atos da Administração Pública ao Poder Judiciário implicaria violação ao princípio da separação dos poderes, não obstante, grande parte deste posicionamento tenha se dado em face da preocupação com os excessos que poderiam ser perpetrados pelo Poder Judiciário, à época, denominado Parlamento, no exercício da atividade jurisdicional.

Daí porque, conforme pontua Celso Antônio Bandeira de Mello²², em 1790, ou seja, um ano após a Revolução, já havia sido editada a lei de 16-24 de agosto, que proibia os juízes, sob pena de crime funcional, perturbar as operações dos corpos administrativos, comando reforçado cinco anos depois por meio do Decreto de 16 Frutidor do Ano III, isto é, 2 de setembro de 1795, determinando-se que os Tribunais estavam vedados de conhecerem dos atos da Administração, sejam de que espécie forem.

Diante desses fatos, cabia, inicialmente, à própria Administração, por meio dos recursos hierárquicos, apreciar as demandas contra ela proposta, razão pela qual ficou conhecido o sistema administrador-juiz, que durou até 1799, ano em que se criou o Conselho de Estado²³.

²² Cf.: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., 2006. p.40.

²³ Bernard Stirn, Conselheiro de Estado e Professor do Instituto de Estudos Políticos de Paris, em artigo intitulado A Jurisdição Administrativa, descreve a longa tradição histórica da jurisdição administrativa na França até alcançar o seu atual estágio, oportunidade na qual relata a sua composição e o seu funcionamento: “*Jurisdição administrativa suprema, o Conselho de Estado atua tanto como juiz de primeira instância, quanto de recurso e de cassação. As questões de importância nacional são julgadas diretamente pelo Conselho de Estado, que intervém então em primeira e última instância. É o caso, principalmente, dos recursos contra os decretos do Presidente da República e do Primeiro-Ministro, contra os atos regulamentares dos ministros e contra as decisões cujo campo de aplicação ultrapassa o âmbito de um tribunal administrativo. Reduzida desde a criação dos tribunais superiores administrativos, a competência de recurso do Conselho de Estado permanece para algumas questões, em particular os contenciosos das eleições municipais e cantonais. Juiz de cassação, o Conselho de Estado julga pareceres dos tribunais superiores administrativos e decisões das jurisdições administrativas especializadas. As atividades jurisdicionais do Conselho de Estado são exercidas pela seção do contencioso, que é dividida em dez subseções. Fora as questões mais simples que possam ser objeto de decretos-leis do presidente da subseção ou dos presidentes de subseções, as decisões são tomadas pelo colegiado, com bancas de julgamento que compreendam de três a dezessete membros. Durante a sessão pública que precede cada decisão do colegiado, um comissário do governo – são vinte, dois por subseção, para o conjunto do Conselho de Estado, que possui a mesma independência total que seus colegas. Sua função consiste em apresentar a questão de maneira imparcial na sessão pública e a propor a solução que, em sua consciência, acredita ser a adequada. Tribunais administrativos e tribunais superiores administrativos. Vinte e sete tribunais administrativos na França metropolitana, sete nos*

Todavia, tal instituição ainda não detinha independência e autonomia, limitando-se a emitir pareceres de natureza consultiva em matéria recursal com vistas a subsidiar a decisão a ser tomada pelo Chefe do Estado, o qual, geralmente, apenas homologava-os.

Somente a partir de 1872 o Conselho de Estado passou a decidir as lides de modo independente, ante a dispensa da homologação de suas decisões pelo Chefe do Estado.

Ante a dualidade de jurisdição²⁴ naquele País e a necessidade de apartar as matérias submetidas ao contencioso administrativo daquelas sujeitas à jurisdição

territórios ultramarinos, são, numa circunscrição próxima à das regiões, os juízes de primeira instância do contencioso administrativo, a partir do momento em que um texto não é da competência de outra jurisdição. Salvo nos poucos casos em que o Conselho de Estado permanece como juiz de recurso, seus julgamentos são passíveis de recurso perante um dos **sete tribunais superiores administrativos** estabelecidos em Paris, Marselha, Lyon, Nantes, Bordeaux, Nancy e Douai. Cada tribunal superior administrativo é presidido por um conselheiro de Estado. Os outros membros dos tribunais pertencem a uma corporação de **aproximadamente 700 magistrados**, distribuídos em três categorias: conselheiro, primeiro-conselheiro e presidente. Além do recrutamento principal, feito pela Escola Nacional de Administração, existem ainda um concurso complementar e uma etapa externa. A administração dos tribunais é feita pelo Conselho de Estado e a independência de seus membros é garantida pelo Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e dos Tribunais Administrativos de Recursos. Esse conselho, presidido pelo vice-presidente do Conselho de Estado, estabelece as medidas individuais relativas à carreira dos mesmos. Os tribunais administrativos de recursos podem ser solicitados a dar seu parecer pelos administradores das regiões (os *préfets*, altos funcionários nomeados pelo Presidente da República) e os tribunais administrativos pelos administradores (*préfets*) dos departamentos. Embora seus membros participem, além disso, de várias missões administrativas e alternem, em suas carreiras, períodos em que exercem funções nos tribunais ou cedidos para órgãos da administração, sua atividade não deixa de ser essencialmente contenciosa.” STIRN, Bernard. *A jurisdição administrativa*. Disponível em: <<http://www.ambafrance.org.br/abr/imagesdelafrance/jurisdicao.htm>>. Acesso em: 07/05/2008.

²⁴ Conforme ressalta Bernard Stirn, Conselheiro de Estado e Professor do Instituto de Estudos Políticos de Paris, em artigo intitulado *A Jurisdição Administrativa: “Caracterizado pela dualidade de jurisdição e pela dupla missão, consultiva e contenciosa, do juiz administrativo, o sistema francês é o de vários outros países da União Européia que possuem um Conselho de Estado próximo ao nosso: a Bélgica, a Itália, a Grécia e os Países Baixos. Em todos os continentes, vários outros países inspiraram-se nele, especialmente a Turquia, a Tunísia, o Líbano, o Senegal, a Colômbia e a Tailândia. Na Alemanha, assim como na Áustria e no Luxemburgo, a dualidade de jurisdição existe sem que a jurisdição administrativa tenha, ao mesmo tempo, atribuições consultivas. Com uma câmara administrativa dentro de seu Supremo Tribunal, a Espanha aproxima-se dessa organização, pelo menos no nível superior. O modelo anglo-saxão, por sua vez, simbolizado pelo Reino Unido e os Estados Unidos, marcado pela unidade de jurisdição, é o de muitos outros países como a China, o Japão, a Índia e Israel. Nenhum sistema possui em si mesmo uma preferência natural em relação aos outros. Cada país escolhe o seu, de acordo com suas tradições jurídicas e administrativas. Três observações gerais podem ser feitas a respeito de sua coexistência. Desde já, primeiramente, se for acompanhada de precauções de organização, a dupla missão, consultiva e contenciosa, é perfeitamente compatível com as exigências de imparcialidade. Muitas vezes, em segundo lugar, a escolha de uma jurisdição administrativa demonstra, num determinado momento da história de um país, a vontade de melhor controlar o aparelho do Estado e, com isso, fortalecer a democracia. São significativas disso a recente criação do Conselho de Estado do Senegal, as reformas em curso no Marrocos e na Argélia, assim como as interrogações por que passam vários países do Leste Europeu, incluindo a Rússia. Enfim, as diferenças de organização não impedem nem as*

comum, exigiu-se tanto do órgão encarregado da jurisdição administrativa, como também do Tribunal de Conflitos, a construção de critérios, paulatinamente, para fixar a competência do Conselho de Estado, contribuindo, dessa forma, para a elaboração dos princípios que iriam nortear o direito administrativo, a partir de conceitos como o de Poder Público e de Serviço Público.

Exemplo desse período está no famoso caso Blanco, ocorrido em 1873, no qual a menina Agnès Blanco foi atropelada ao atravessar uma rua na cidade francesa de Bordeaux por uma vagonete da Companhia Nacional de Manufatura de Fumo, atividade comercial desempenhada pela Municipalidade, decidindo, na época, o Tribunal de Conflitos – *a quem cabia dirimir os conflitos de competência entre o Conselho de Estado e a Corte de Cassação*, pela competência da jurisdição administrativa, assentado, predominantemente, no critério do serviço público²⁵.

Hely Lopes Meirelles²⁶, ao discorrer sobre a formação do direito administrativo na França, de igual modo, ressaltava a importância do contencioso administrativo:

[...] com a tripartição das funções do Estado em executivas, legislativas e judiciais veio a ensejar a especialização das atividades do governo e dar independência aos órgãos incumbidos de realizá-las. Daí surgiu a necessidade de julgamento dos atos da Administração Ativa, o que inicialmente ficou a cargo dos Parlamentos, mas posteriormente reconheceu-se a conveniência de se desligar as atribuições políticas das judiciais. Num estágio subsequente foram criados, a par dos tribunais judiciais, os tribunais administrativos. Surgiu, assim, a Justiça Administrativa, e, como colorário lógico, se foi estruturando um Direito específico da Administração e dos administrados para as suas relações recíprocas.

convergências quanto ao fundamento do direito, nem, é evidente, os intercâmbios: uma das jurisdições européias com a qual o Conselho de Estado francês mantém as relações de trabalho mais estreitas é a Câmara dos Lordes, que é, através das Law Lords, a jurisdição suprema britânica.”
Ibidem.

²⁵ JUSTEN, Mônica Spezia. *A noção de serviço público no Direito Europeu*. São Paulo: Dialética, 2003. p.22-3.

²⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 23ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998. p.45-6.

Se por um lado o surgimento do direito administrativo se deu na França, por outro não se pode deixar de apontar a valiosa contribuição do direito administrativo italiano e alemão, posteriormente, expandida pela Espanha, Portugal e Bélgica.

Nesse sentido, consoante os ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁷, na Alemanha e na Itália, embora influenciados pelo direito francês, a formação do direito administrativo não observou uma abrupta ruptura do regime vigente, como o verificado no País berço daquele novel ramo. Diferentemente da França, cuja formação se assentou, principalmente, nos julgados do Conselho do Estado, responsável por moldar a atividade da Administração Pública, na Alemanha e na Itália o direito administrativo foi fruto, principalmente, de intensos estudos científicos dos doutrinadores daqueles países.

De acordo com a citada autora²⁸

[...] na Alemanha a sistematização do Direito Administrativo, por idéias herdadas do Estado de Polícia, seguiu muito mais a orientação adotada pelos pandectistas na interpretação do Código Civil. Na sistematização do Direito Administrativo, adotou-se o método construtivo, preocupados em formular dogmas específicos do direito público, mas sempre a partir do modelo construído pelo direito privado.

Na Itália, diz a professora da Faculdade de Direito do Largo São Francisco²⁹:

[...] o direito administrativo, na primeira fase, sofreu influência da doutrina francesa e paralelamente se inspirou nos esquemas do direito privado. Na segunda fase, já abandonando gradativamente o apego aos métodos de direito privado e à escola exegética, foi assumindo caráter científico, com sistematização própria, embora com influência alienígena, especialmente do direito alemão. Nessa fase, as obras de Orlando, Santi Romano, Oreste Ranelletti, Frederico Cammeo.

Já o reconhecimento do Direito Administrativo na Inglaterra e nos Estados Unidos da América, que herdou como antiga colônia do Reino Inglês, com sabedoria, instituições constitucionais construídos por esta última de forma lenta e progressiva, a exemplo do sistema de jurisdição única ou de controle judicial,

²⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 21ªed. São Paulo: Atlas, 2008. p.8-10.

²⁸ *Ibidem*. p.9.

²⁹ *Ibidem*. p.10-1.

incorporando-as em uma única Carta ou Estatuto Político³⁰, sofreu maiores resistências, em face da adoção do chamado sistema do “*common law*”, no qual, os preceitos que regem a Administração Pública, de igual modo, disciplinam as atividades dos particulares.

Odete Medauar³¹ ao examinar o direito administrativo nos ordenamentos anglo-saxônicos, suscitando a polêmica gerada pela frase de Dicey, em livro de 1885, de que na Inglaterra não havia direito administrativo, sob pena da diferenciação de normas para a Administração Pública e os particulares contrariar a *rule of law*, assim pondera:

Independentemente de se concordar ou discordar da afirmação de Dicey, deve-se observar que houve evolução tanto na Inglaterra como nos Estados Unidos. Surgiram obras em cujos títulos há a expressão *administrative law*; menciona-se um *public law*; editam-se preceitos semelhantes ao direito administrativo de base européia. A consulta a obra atuais sobre *administrative law*, tanto inglesas como norte-americanas permite verificar a existência de direito administrativo nesses países, com características próprias e semelhantes ao europeu. Ambos, inglês e norte-americano, apresentam predomínio do aspecto processual, pelo peso conferido ao modo de tomada de decisões administrativas e pela importância dada ao controle da administração pelo Judiciário; em ambos dificilmente se pode afirmar a identidade total do direito aplicável às atividades privadas e à atividade administrativa.

Compartilha desse posicionamento, ou seja, da formação de um direito administrativo no sistema “*common law*” em alguns pontos muito semelhante a do direito administrativo francês, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao traçar interessantes paradoxos de ambos os sistemas³².

³⁰ Embora a Inglaterra, como berço do direito constitucional, tenha se oposto à adoção de uma constituição escrita, pautando-se no caráter consuetudinário do direito público, local onde floresceu a idéia do *rule of law* já em 1215, inegável a sua contribuição para a formação do direito constitucional americano e dos Estados continentais da Europa. Sobre o tema, v. ROMANO, Santi. *Princípios de Direito Constitucional Geral*. Tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977.

³¹ MEDAUAR, Odete. Op. cit., 2007. p.33.

³² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. “O Direito Administrativo Brasileiro sob a influência dos Sistemas de Base Romanística e do *Common Law*”. In: *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. nº8. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nov./dez. 2006 - jan. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 21/02/2008.

Em face da proposta do tema, não se mostra pertinente um estudo minucioso sobre a origem e a formação do direito administrativo nos diversos países, limitando-se por isso à referência histórica, em linhas gerais, conforme acima exposta, com vistas a não se desvirtuar dos objetivos a serem atingidos no presente trabalho.

Cabe ainda, o registro apartado da formação e do desenvolvimento do direito administrativo no Brasil, o que se justifica, seja sob o ponto de vista histórico, seja para o fim de situar e delimitar, posteriormente, o papel do Estado Brasileiro no que diz respeito à função fomentadora no domínio social.

Não obstante, cabe deixar aqui ressaltado a interessante abordagem da evolução histórica e as indicações bibliográficas de obras do direito administrativo realizadas por Diogo de Figueiredo Moreira Neto³³ na sua obra “Curso de Direito Administrativo”, na qual compilou as obras pioneiras dessa disciplina jurídica editadas no Século XIX em inúmeros Estados do continente americano e europeu, assim como aquelas que se seguiram no Século XX.

1.4 O DIREITO ADMINISTRATIVO NO BRASIL

No Brasil, após o processo de Independência e o advento do Regime Imperial, adotou-se no País a divisão quadripartite do Poder: Legislativo, Judiciário, Executivo e Moderador, estes dois últimos concentrados em mãos do Imperador³⁴.

Nesse período já havia uma administração pública organizada e o Poder Moderador, o qual era presidido pelo Imperador³⁵, exercia as funções semelhantes às do Conselho de Estado francês, vale dizer, julgava questões de natureza jurídico-administrativas, porém, aplicando o Direito Privado³⁶.

³³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo. Parte introdutória, Parte geral e Parte especial*. 14ªed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006. p.59-62.

³⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., 2008. p.20.

³⁵ Dispositivos da Constituição Política do Império do Brasil de 1824: “Art. 10. Os Poderes Politicos reconhecidos pela Constituição do Imperio do Brazil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial. Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independencia, equilibrio, e harmonia dos mais Poderes Politicos.”

³⁶ FARIA, Edimur Ferreira de. *Curso de Direito Administrativo Positivo*. 6ªed. Belo Horizonte: DelRey Editora, 2007. p.23.

Todavia, ainda no período imperial, houve a instalação em 1855 da cadeira de Direito Administrativo nos Cursos Jurídicos de São Paulo e Olinda, despertando os estudos relativos ao Direito Administrativo e, por conseguinte, a publicação das primeiras obras sobre a matéria, citando como exemplos: *Vicente Pereira do Rego* (Elementos de Direito Administrativo Brasileiro, de 1857); *José Antônio Pimenta Bueno* (Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império, de 1857); *Prudêncio Giraldes Tavares da Veiga Cabral* (Direito Administrativo Brasileiro, de 1859); *Visconde do Uruguai* (Ensaio sobre o Direito Administrativo, de 1862); *Furtado de Mendonça* (Excerto de Direito Administrativo Pátrio, de 1865) e *José Rubino de Oliveira* (Epítome de Direito Administrativo Pátrio, de 1884).

Com a proclamação da República, em 1889, que derrubou a Monarquia, e a promulgação da Constituição de 1891, que criou o Estado Republicano, suprimiu-se o Poder Moderador³⁷ e a jurisdição administrativa antes exercida pelo Conselho de Estado, passando, então, a Administração Pública, aos poucos, a se desvincular do Direito Privado.

No entanto, conforme pontuam os professores Diogo de Figueiredo Moreira Neto³⁸ e Maria Sylvia Zanella Di Pietro³⁹, a primeira fase – *que vai da Proclamação da República até a Revolução de 1930*, foi escasso o trabalho doutrinário, ante a abrupta introdução da doutrina constitucional norte-americana, acolhida pela Constituição da República de 1891, o que ensejou profundas alterações em diversos suportes doutrinários do direito brasileiro.

Cabe destacar, nesse período, os trabalhos de *Augusto Olympio Viveiros de Castro* (Tratado de Ciência da Administração e Direito Administrativo, de 1906); *Alcidez Cruz* (Noções de Direito Administrativo Brasileiro, de 1910, e Direito Administrativo Brasileiro, de 1914); *Carlos Porto Carreiro* (Lições de Direito Administrativo, de 1918); M. P. Oliveira Santos (Direito Administrativo e Ciência da Administração, de 1919), Araão Reis (Direito Administrativo Brasileiro, de 1923) e Mário Masagão, com uma obra preparatória de seu Curso que só viria a lume em 1959-1960 (Conceito de Direito Administrativo, de 1926).

³⁷ Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891: Art 15- São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si.

³⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Op. cit., 2006. p.60.

³⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., 2008. p.21.

Assim, o desenvolvimento do Direito Administrativo no País com maior vigor somente se deu, de fato, a partir da Revolução de 1930⁴⁰, seguida pela Constituição de 1934, contribuindo, para tanto, a substituição do modelo de organização política do Estado Liberal adotado pela ordem constitucional anteriormente vigente para o do Bem Estar Social, no qual se verificou uma ampliação na esfera de atuação do Estado nos domínios social e econômico, e, por conseqüência, o crescimento da máquina estatal.

Não obstante seja um ramo relativamente novo, vem o Direito Administrativo, desde o movimento revolucionário de 1930, experimentando constante evolução, assim como a Ciência do Direito Administrativo, com a sucessiva edição de obras que buscam aprimorar e sistematizar o seu conteúdo⁴¹.

Feita essa breve incursão no que tange à formação do Estado de Direito e da submissão da Administração Pública à ordem jurídica, com o registro histórico sobre a origem e florescimento do Direito Administrativo na França, na Alemanha e na Itália, a partir das valiosas contribuições jurisprudencial e doutrinária, assim como sobre a sua formação no Brasil e a resistência encontrada nos países que adotaram o sistema *Common Law*, cabe ainda, nessa perspectiva histórica, traçar um breve panorama sobre as mutações na organização política do Estado.

Isso porque tais transformações influenciam o conteúdo do Direito Administrativo e, por seu turno, compreendê-las auxilia a melhor compreensão dos institutos desse ramo do Direito Público e, por conseguinte, da atividade administrativa de fomento.

⁴⁰ Diogo de Figueiredo Moreira Neto traz em sua obra *Curso de Direito Administrativo* a indicação bibliográfica de doutrinadores pátrios que sistematizaram o Direito Administrativo desde o surgimento desse novel ramo do Direito até os dias atuais, cabendo citar as obras pioneiras que marcaram esse novo período - 1930, tais como: Cirne Lima (*Princípios de Direito Administrativo – Parte Geral*, 1935 e *Parte Especial*, 1939; *Introdução ao Estudo do Direito Administrativo Brasileiro*, 1942; *Sistema de Direito Administrativo Brasileiro*, 1953); José Mattos de Vasconcellos (*Direito Administrativo*, 1936-1937); Themístocles Brandão Cavalcanti (*Instituições de Direito Administrativo*, 1936), dentre outros. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Op. cit.*, 2006. p.60-2.

⁴¹ Sobre a evolução histórica do direito administrativo no Brasil, desde o período colonial até a presente data, recomenda-se a leitura de: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. “500 Anos de Direito Administrativo Brasileiro”. *Revista Diálogo Jurídico*. nº.10. Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, jan. 2002.

1.5 AS MUTAÇÕES NA ORGANIZAÇÃO POLÍTICA DO ESTADO

O Direito Administrativo sofre mutações no tempo e espaço ante as transformações no modo de ser e atuar do Estado. Nesse aspecto, ressalta Odete Medauar⁴²:

Tendo em vista que a Administração Pública integra a organização estatal, evidente que o modo de ser e de atuar do Estado e os seus valores repercutem na configuração dos conceitos e institutos do direito administrativo. Assim, uma das chaves para a melhor compreensão desse ramo do direito está no conhecimento dos aspectos fundamentais do Estado em geral e do Estado tal como vem caracterizado na Constituição do País.

É nessa ordem de idéias que se pretende a seguir expor, ao menos, a síntese das transformações do papel do Estado, a partir do Estado Liberal, passando-se pelo Estado Providência ou do Bem Estar Social até alcançar o atual estágio do Estado Social e Democrático de Direito, na medida em que tais transformações influenciaram e ainda influenciam o Direito Administrativo, e respectivamente, o conteúdo da Ciência do Direito Administrativo, para que se possa, quando do exame da atividade administrativa de fomento no domínio social à luz da Constituição da República, como já dito, melhor compreender o campo de abrangência dessa atividade, a partir do modelo político e organizacional adotado pelo Estado, nesse quadro.

1.6 DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Estado Liberal, como reação ao Estado Absolutista instalado na Idade Média, tinha como característica central o “não intervencionismo” na esfera política, jurídica e econômica dos cidadãos.

No campo político, conforme observa Luciana de Medeiros Fernandes,⁴³ “manifestou-se como garantia dos valores liberdade e propriedade, por meio da

⁴² MEDAUAR, Odete. Op. cit., 2007. p.23.

⁴³ FERNANDES, Luciana de Medeiros. “Subsidiariedade e Parceria: O Terceiro Setor (As organizações da sociedade civil)”. *Revista ESMAFE TRF 5ª Região*. nº.6. Recife, Pernambuco, 2004.

restrição aos poderes do Estado, com a consolidação da democracia representativa e da separação de poderes”.

No âmbito econômico, por sua vez, preconizava-se a livre iniciativa e a livre concorrência, cabendo ao Estado apenas proteger e estimular esse sistema de liberdades.

Na seara jurídica, o prestígio à legalidade e aos direitos humanos, centrado na liberdade e igualdade dos cidadãos e na propriedade, ante o temor do Estado opressor verificado no período precedente.

Portanto, na sua concepção original, o liberalismo baseou-se na teoria dos direitos humanos, no constitucionalismo e na economia clássica, como as suas principais fontes de reivindicações⁴⁴.

Esse modelo de Estado mínimo, que relegava à sociedade a propriedade privada dos meios de produção, limitando-se a proteger o curso da economia, que deveria ser dirigida pelas “leis de mercado”, capaz de resolver, inclusive, as questões sociais, fez transparecer com maior rigor, a dicotomia entre o público e o privado, entre a sociedade, como única responsável pela atividade econômica e o Estado.

De fato, como nos ensina Raul Machado Horta⁴⁵:

O constitucionalismo clássico, em suas diversas manifestações nos séculos XVIII e XIX, comportou-se dentro do modelo constitucional de duas dimensões – a organização dos poderes e a Declaração dos Direitos e Garantias Individuais – e as regras fragmentárias de natureza econômico-social que nele afloraram não alcançaram a estruturação sistematizada do ordenamento econômico, matéria ignorada nos textos daquele constitucionalismo. A Constituição refletia o liberalismo político e econômico. O primeiro se confundia com as liberdades e as garantias individuais, instrumentos da resistência e da limitação do Poder, para preservar a indevassável autonomia individual, e o liberalismo econômico repelia a presença do Estado na atividade econômica, que deveria expandir-se na livre concorrência da economia do mercado.

⁴⁴ TORRES, Sílvia Faber. *O princípio da subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo*. São Paulo e Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001. p.42.

⁴⁵ HORTA, Raul Machado. *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p.286.

Nesse período, como bem pontua a professora Dinorá Adelaide Mussetti Grotti⁴⁶, na sua prestigiada obra “*O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*”, repele-se, inclusive, a existência de grupos intermediários, tais como as associações. Eis a sua lição:

A concepção predominante no século XIX, na fórmula do Estado liberal ou Estado abstencionista, pretendia o distanciamento do Estado em relação à vida social, econômica e religiosa dos indivíduos; a garantia de independência, autonomia, liberdade do indivíduo perante o Estado era, ao mesmo tempo, garantia de independência, autonomia, liberdade da sociedade em relação ao Estado.

Esse afastamento significava, em primeiro lugar, a não-interferência do Estado na sociedade; daí as reduzidas funções que lhe cabiam, a inibição do Estado no âmbito econômico e social. Em segundo lugar, importava no antagonismo à existência de grupos intermediários, que pudessem interpor-se entre o indivíduo e o Estado, como associações políticas, culturais, profissionais.

Ocorre que esse modelo estatal cooperou para o estabelecimento de uma profunda desigualdade entre os atores sociais. Luciana de Medeiros Fernandes⁴⁷, no ponto, observa que:

A formação de grandes massas proletárias demonstrava que a sociedade não se regulava espontaneamente como se pensava à época do *laissez-faire*, exigindo-se intervenção do Estado, quer para prestar serviços essenciais, quer para coordenar e disciplinar a atividade econômica, evitando o domínio de pequenos grupos na vida social em detrimento da comunidade em geral.

Percebeu-se, naquele estágio, a fragilidade da concepção liberal do Estado, cuja mínima intervenção na vida econômica e social, antes de assegurar a liberdade individual, provocava grandes injustiças sociais, na medida em que o prestígio à livre concorrência impunha, no domínio econômico, a opressão dos indivíduos mais poderosos sobre os mais fracos.

⁴⁶ GROTTI, Dinorá Adelaide Mussetti. *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*. Coleção Temas de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p.23.

⁴⁷ FERNANDES, Luciana de Medeiros. Op. cit., 2004. p.50.

Daí os questionamentos quanto ao Estado liberal e a concepção do Estado Social pelas pioneiras Constituições do México de 1917 e da Alemanha de 1919, também designado Estado de Bem-Estar e de Estado Providência, que passou a intervir na vida econômica e social com o objetivo de buscar o equilíbrio, assegurar direitos sociais e reduzir as desigualdades decorrentes do sistema liberal.

A propósito, com a pertinência que lhe é peculiar, observa Agustín A. Gordillo⁴⁸:

Na realidade, se tomarmos a noção tradicional de Estado de Direito pareceria talvez que esta tivesse sido substituída pela de Estado de Bem Estar, porém isso não seria verdadeiramente exato. Em nossa opinião a noção de Estado de Bem Estar veio para operar uma correção na noção clássica de Estado de Direito, revitalizando-a e atualizando-a, mas de modo algum a suprimindo ou substituindo-a⁴⁹.

Na doutrina nacional, Luis Eduardo Patrone Regules⁵⁰ anota com precisão:

Uma leitura apressada da evolução constitucional poderia supor que o Estado Social tem o condão de substituir o chamado Estado Liberal ou o Estado de Direito. Cumpre registrar que a aludida hipótese não merece prosperar. Com efeito, o Estado Social (ou do Bem-Estar Social) tem representado muito mais uma acumulação de características fundamentais – em que são conservados os elementos básicos do Estado de Direito – do que a substituição ou derrocada deste último. [...]
É cedido que enquanto o Estado de Direito busca erguer barreiras à atuação estatal – e também à dos particulares, o Estado Social fixa prestações positivas em favor da Sociedade como um todo ou de segmentos da Sociedade.

⁴⁸ GORDILLO, Agustín A. *Introducción al Derecho Administrativo*. 2ªed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996. p.54.

⁴⁹ Tradução livre de: “*Em realidade, si tomamos lá noção tradicional de Estado de Derecho parecería tal vez que há sido sustituída por la de Estado de bienestar; pero ello no sería verdaderamente exacto. A nuestro juicio la noción de Estado de bienestar ha venido a operar como um correctivo para la noción clásica de Estado de Derecho, revitalizándola y actualizándola, pero em modo alguno suprimiéndola o sustituyéndola.*”

⁵⁰ REGULES, Luis Eduardo Patrone. *Terceiro Setor - Regime Jurídico das OSCIPs*. São Paulo: Método, 2006. p.24-5.

Em síntese, a necessidade inadiável de se coibir o abuso do poder econômico, o alastramento da miséria e das desigualdades sociais, entre outras mazelas que afligem o homem em sociedade, impôs o surgimento de regras tendentes a estabelecer a intervenção do Estado.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁵¹, nesse modelo estatal:

- a) algumas atribuições foram assumidas pelo Estado como serviços públicos, entrando na categoria de serviços públicos comerciais, industriais e sociais; para desempenhar esses serviços, o Estado passou a criar maior número de empresas estatais e fundações;
- b) outras atividades, também de natureza econômica, o Estado deixou na iniciativa privada, mas passou a exercê-las a título de intervenção no domínio econômico, por meio de sociedades de economia mista, empresas públicas e outras empresas sob controle acionário do Estado;
- c) finalmente, outras atividades, o Estado nem definiu como serviço público nem passou a exercer a título de intervenção no domínio econômico; ele as deixou na iniciativa privada e limitou-se a fomentá-las por considerá-las de interesse para a coletividade. Desenvolve-se, então, o fomento como uma atividade administrativa de incentivo à iniciativa privada de interesse público.”

Entretanto, em face do crescimento excessivo da atuação do Estado e das respectivas responsabilidades por ele assumidas sob o manto do Estado Social, identificou-se, de igual modo, deficiências nesse modelo estatal, em especial, no que tange à eficiência e a economicidade da atividade administrativa.

Assim, a partir das experiências positivas e negativas extraídas dos modelos de Estados Liberal e Social, como processo de evolução da sociedade no campo político, jurídico e econômico, projeta-se a concepção de um Estado Social e Democrático de Direito, que pretende manter as conquistas dos direitos humanos (civis e políticos), sociais e econômicos implementadas, respectivamente, no Estado Liberal e Social, hoje denominados *direitos de primeira e segunda geração*⁵², assim como consolidar os *direitos de terceira geração*⁵³, que se encontram em franco

⁵¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas*. 5ªed. São Paulo: Atlas, 2006. p.27-8.

⁵² Em virtude desse caráter de complementação e não de substituição/superação dessas classes de direitos, muitos autores preferem adotar o termo “dimensão” ao invés de “geração”.

⁵³ O professor Paulo Bonavides aponta ainda a formação de uma quarta geração de direitos, compreendida pelo direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo.

desenvolvimento, e identificam-se como direitos de solidariedade, abrangendo direitos coletivos ou difusos, tal como o direito ao meio ambiente equilibrado.

Nesse sentido, a lição de José Afonso da Silva⁵⁴:

Conclui-se daí que a igualdade do Estado de Direito, na concepção Clássica, se funda num elemento puramente formal e abstrato, qual seja a generalidade das leis. Não tem base material que se realize na vida concreta. A tentativa de corrigir isso, como vimos, foi a construção do Estado Social de Direito, que, no entanto, não foi capaz de assegurar a justiça social, nem a autêntica participação democrática do povo neste processo político. Aonde a concepção mais recente do Estado Democrático de Direito, como Estado de legitimidade justa (ou Estado de justiça material), fundante de uma sociedade democrática, qual seja a que instaure um processo de efetiva incorporação de todo o povo nos mecanismos do controle das decisões, e de sua real participação nos rendimentos da produção.

Relembra o ilustre jurista que a democracia “*não é mero conceito político abstrato e estático, mas é um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história.*”⁵⁵ Observa ainda que:

A configuração do Estado Democrático de Direito não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e de Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do status quo⁵⁶.

Silvia Faber Torres⁵⁷, com apoio na lição de Miguel Reale, na mesma direção, anota:

Esse novo liberalismo que floresce, ou esse ressurgimento do Estado Liberal que se verifica – que não corresponde, porém, à teoria clássica do liberalismo individualista – se manifesta, à

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 21ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p.571-2.

⁵⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 14ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997. p.119.

⁵⁵ Ibidem. p.127.

⁵⁶ Ibidem. p.119.

⁵⁷ TORRES, Silvia Faber. Op. cit., 2001. p.59.

perfeição, se não for mesmo seu pressuposto, no Estado Democrático de Direito, que, à diferença do Estado meramente de Direito, é o “Estado de Direito e de Justiça Social”. Explique-se o motivo de adjetivar-se a expressão “Estado de Direito”, para não furtar-lhe o brilhantismo, com a lição de Miguel Reale, para quem tal razão estaria ‘no propósito de passar-se de um Estado de Direito, meramente formal, a um Estado de Direito e de Justiça Social, isto é, instaurado concretamente nos valores fundantes da comunidade. ‘Estado Democrático de Direito’, nessa linha de pensamento, equivaleria, em última análise, a ‘Estado de direito e de Justiça Social’. [...] Não concordo – continua o autor -, por conseguinte, com juristas que consideram sinônimos os termos ‘Estado de Direito’ e ‘Estado Democrático de Direito’.

Do exame das Constituições do Brasil, identifica-se a influência dessas mutações no campo político, jurídico, econômico e social. Ao se analisar as Constituições do Império de 1824 e da República de 1891, identifica-se um *caráter eminentemente liberal*.

A partir da Constituição de 1934 e subseqüentes, que procuraram incorporar ao texto constitucional a proteção dos direitos sociais, adotando como paradigma a Constituição de Weimar, constata-se a adoção de um modelo de Estado Social ou de Bem Estar, embora com algumas turbulências em razão dos períodos de ditadura em 1937 e do regime militar instaurado em 1964, que perdurou até 1985, com o início da fase de transição para o retorno do regime democrático.

Com a promulgação da Constituição da República de 1988, instalou-se entre nós – ao menos se pretende instalar, como já dito, além de um Estado Social, um Estado Democrático de Direito⁵⁸.

Carolina Zancaner Zockun⁵⁹, ao se debruçar sobre o tema da “Intervenção do Estado no Domínio Social”, forte nas lições da professora Weida Zancaner, com precisão, observa que além de *Democrático* e de *Direito*, o Brasil é, por determinação constitucional, um *Estado Social*:

⁵⁸ A evolução histórica do modelo estatal adotado no Brasil, desde o período liberal até o intervencionista, a partir da análise das nossas Constituições, é bem retratada por Adriana Laporta Cardinali⁵⁸, em sua dissertação de mestrado. CARDINALI, Adriana Laporta. *Direito Administrativo da ordem econômica na Constituição Federal de 1988 – a intervenção indireta do Estado no domínio econômico*. São Paulo, no prelo. p.6-36.

⁵⁹ ZOCKUN, Carolina Zancaner. *Da intervenção do Estado no domínio social*. São Paulo, no prelo. p.15-6.

Ao abrir o Texto Constitucional de 1988, o leitor se depara, logo no artigo 1º, com a disposição de que a República Federativa do Brasil se constitui em um Estado Democrático de Direito.

Trata-se de um Estado de Direito porquanto se subsume (governantes e cidadãos) a uma ordem normativa previamente estabelecida, cabendo obedecer-lha até que venha, legitimamente, a ser alterada pelos procedimentos que estiverem consignados na Constituição, ou até que essa seja rompida através de revoluções e outra seja iniciada. [...]

É também um Estado Democrático, porque fundado no princípio da soberania popular, que impõe a participação efetiva e operante do povo na coisa pública. [...]

Assim, além de Democrático e de Direito, o Brasil é, por determinação constitucional, um Estado Social, em virtude do disposto, dentre outros, nos artigos 1º, III; 3º, I, III e IV; 5º, LV, LXIX, LXXIII, LXXIV, LXXVI; 6º, 7º, I, II, III, IV, VI, X, XI, XII; 23; 170, II, III, VII e VIII.

Com efeito, seja sob o manto do anterior Estado Social, seja sob atual égide do Estado Social e Democrático de Direito, o maior desafio do Estado e da sociedade brasileira, nos dias atuais, é o de cumprir, efetivamente, os direitos sociais garantidos na Constituição da República, o que, infelizmente, não tem se verificado a contento.

É nesse contexto de parceria entre o Estado e a sociedade civil acolhida pelo Estado Social e Democrático de Direito, que se desenha a idéia do Estado calcada no princípio da subsidiariedade, extraído das Encíclicas da Igreja Católica, segundo o qual o grupo maior deve conferir autonomia ao grupo menor (idéia de compartilhamento de competências), evitando-se, assim, uma intervenção indevida no desenvolvimento desse último grupo, além do dever de fomentá-los e assisti-los, quando o mesmo não possa, por si só, atingir os seus objetivos (idéia de parceria entre os grupos maiores e menores).

José Alfredo de Oliveira Baracho⁶⁰ ensina que:

A colaboração do Estado, com as comunidades secundárias e organismos particulares, é um fenômeno inerente à aplicabilidade do princípio da subsidiariedade. O Estado não pode ser considerado como corpo estranho, no qual os cidadãos são vistos burocraticamente. Suas atividades precisam ser compreendidas, em relação às comunidades menores e aos particulares. [...] O princípio da subsidiariedade

⁶⁰ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O Princípio de Subsidiariedade. Conceito e Evolução*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997. p.40, 48-9.

assemelha-se a uma repartição de competências entre sociedade e Estado. Ao mesmo tempo, impede o avanço intervencionista do Estado, exigindo desse ajuda e promoção das atividades próprias do pluralismo social. Possibilita desenvolver as formas associativas e uma coordenação das atividades estatais de fomento. O princípio da subsidiariedade aplica-se nos âmbitos em que a ordem e o poder têm limitações razoáveis, ao mesmo tempo em que a economia deve conviver com a liberdade. O princípio da subsidiariedade visa a suprir a iniciativa privada impotente ou ineficaz, mediante a ação do Estado, propiciando à sociedade resultado benéficos. Ele equilibra a liberdade, detém o intervencionismo estatal indevido em áreas próprias da sociedade, possibilitando ao Estado, ajudar, promover, coordenar, controlar e suprir as atividades do pluralismo social.

Há, sob esta ótica, uma primazia da sociedade civil na consecução dos seus interesses, em especial no âmbito econômico, sem que isso importe a renúncia do Estado no dever de atuar nesta esfera, sempre que assim exigir a necessidade social ou o interesse público.

Em resumo, deixa-se de lado o *primado do indivíduo* adotado no liberalismo clássico, no qual o Estado apenas intervém para assegurar as liberdades individuais e o curso da economia pelas “leis de mercado”, gerando grandes injustiças e desigualdades sociais. Abandona-se, de igual modo, o *primado do Estado* implementado no período do Estado Social, cujo gigantismo na esfera de atribuições, muitas delas antes pertencentes à sociedade civil, acaba por tornar ineficiente a sua atuação e a consecução dos seus propósitos. Para tanto, adota-se o *primado da sociedade civil*, na qual o Estado deve atuar como parceiro desta, formatando um campo de atuação subsidiário capaz de atender, sempre que assim exija a necessidade e o interesse público, os anseios da sociedade no que tange à Justiça Social⁶¹.

1.7 O CONTEÚDO DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE NO ESTADO SOCIAL DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O prestígio ao princípio da subsidiariedade, no nosso sentir, não exige e nem significa a implantação de um Estado mínimo ou neoliberal. Pode conviver no

⁶¹ TORRES, Silvia Faber. Op. cit., 2001. p 61.

contexto de um Estado Social e Democrático de Direito, cabendo ao intérprete revelar o seu conteúdo e alcance, à luz da Carta Fundamental do País.

Com isso, não se está aqui, pregando a adoção do neoliberalismo, com a conseqüente atuação mínima do ente estatal nos domínios econômico e social, mediante a desestatização, a privatização e a desregulamentação para reduzir sensivelmente a participação do Estado na atividade econômica e, sobretudo, na prestação de serviços públicos.

Entre nós, em virtude do modelo de Estado Social e Democrático de Direito acolhido, conforme será examinado quando do exame do perfil constitucional da atividade administrativa de fomento, qualquer pretensão de se acolher tal postura de absentismo estatal, conforme nos ensina o grande mestre Celso Antônio Bandeira de Mello⁶², se afigura manifestamente contrária à nossa Carta Maior.

Entende-se possível a adoção de modelo estatal que privilegie a sociedade civil, atuando como parceiro desta e, ao mesmo tempo, assegure, por meio da intervenção nos domínios econômico e social, a realização da Justiça Social, devendo o conteúdo e o alcance do princípio da subsidiariedade ser delimitado em consonância com as disposições constitucionais em vigor e não a partir de modelos alienígenas que não correspondam à nossa realidade jurídica, política, econômica e social.

De igual modo, pertinente se apresenta a conclusão de Luis Eduardo Patrone Regules⁶³, no sentido de que não há plausibilidade na necessária associação entre o princípio da subsidiariedade e o Estado mínimo:

A subsidiariedade não se confunde necessariamente com a diminuição do Estado. Em nosso sentir, não há plausibilidade na necessária associação entre o princípio da subsidiariedade e o Estado mínimo. A ordem social sequer deixa passar a idéia de “Estado regulador” em detrimento do “Estado executor”, pois o oferecimento de atendimento pelo próprio Poder Público, não raras vezes, inclusive, exsurge como um direito subjetivo público do indivíduo. Enfim, deve-se considerar que o Estado não tem o dever de prestar diretamente todos os serviços públicos, nem se despede da obrigação de prestá-los. Poderá mediante a atividade de fomento, conforme observamos, influir no adequado desenvolvimento das iniciativas privadas de

⁶² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 25ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p.800-4.

⁶³ REGULES, Luis Eduardo Patrone. Op. cit., 2006. p.70-1.

interesse público. Porém, importa sublinhar neste tópico que o princípio da subsidiariedade, diante dos serviços públicos não-privativos do Estado, tem o condão de determinar a sua intervenção diante da insuficiência e ineficácia da iniciativa privada no atendimento ao interesse público, sendo, ademais, imperioso que a natureza da interferência administrativa se concretize de modo compatível e proporcional ao indispensável cumprimento desses serviços, conforme delineado pelo sistema normativo.

A advertência quanto aos limites dessa oscilação no pêndulo setor público/setor privado, e da necessidade de observância ao Estado Democrático de Direito e o respeito aos direitos fundamentais foi precisamente exposta pela professora Dinorá Adelaide Mussetti Grotti⁶⁴:

Assiste-se hoje ao refluxo da atuação do Estado, e o pêndulo, que oscilara para o setor público, volta para o setor privado, ampliando o seu campo e a busca de um papel protagônico mais acentuado da sociedade na escolha do seu próprio destino. A reversão ocorreu pela conjugação de dois fatores: o fracasso do socialismo e a revolução das comunicações ultrarápidas e da informatização da sociedade. [...] Nesse contexto ocorre uma diminuição do protagonismo do Estado, ao menos na orientação direta ou indireta da vida econômica, que coincide com uma volta ao enaltecimento do poder privado, não em termos do indivíduo isolado – como no modelo liberal -, mas dos grupos nos quais se insere no marco da chamada economia de mercado e da eficiência dos serviços. Disse decorre a necessidade de maior flexibilização da Administração para o exercício de funções de controle normativo e regulador. Há porém, que se estar alerta para que a vida do homem neste século não se reduza puramente a um binômio mercado/consumidor, debaixo da arbitragem de um Estado que atua em defesa da competitividade, sem quaisquer resquícios democráticos e de respeito aos direitos fundamentais.

Assim como não se concebe projetos que visem à instalação de um Estado mínimo em face das disposições constitucionais vigentes, pelos mesmos motivos o exame da intervenção direta e indireta do Estado no domínio social, respectivamente, por meio da prestação de serviços públicos e pela atividade administrativa de fomento, há que ser feita com atenção ao disposto no texto constitucional pátrio. É partir da análise da nossa Carta Magna que deve ser

⁶⁴ GROTTI, Dinorá Adelaide Mussetti. Op. cit., 2003. p.66.

delimitado o campo de incidência dos serviços públicos e àquele reservado ao fomento público, e em que medida há a incidência do princípio da subsidiariedade na ordem econômica e social.

Em outras palavras, sustenta-se que se por um lado a atividade administrativa de fomento, cujo fundamento está centrado no princípio da subsidiariedade, pode ser identificada tanto no Estado Liberal, no Estado do Bem Estar Social como no Estado Social e Democrático de Direito, por outro lado, é neste último modelo que se encontra a possibilidade do prestígio de tal função administrativa, conforme será objeto de análise específica no momento em que for examinado o fomento público no domínio social à luz da Constituição Federal de 1988.

Deveras, a par das grandes transformações políticas, sociais e econômicas ocorridas em diversos países do mundo, a exemplo das mudanças implementadas nos países integrantes da Comunidade Européia, cumpre aos cientistas do Direito pátrio afastar modelos e institutos alienígenas que não se mostram compatíveis com a nossa Lei Maior. Feito este breve retrocesso nas mutações na organização política e no papel do Estado, a partir do Estado Liberal até alcançar o atual estágio do Estado Social e Democrático de Direito⁶⁵, passa-se, no próximo capítulo, ao primeiro contato com o tema relativo à atividade administrativa de fomento, com os delineamentos do instituto realizados pela doutrina estrangeira e nacional, e, no capítulo seguinte, a identificação do perfil dessa atividade no Texto Constitucional.

⁶⁵ Este último modelo será examinado com maior profundidade no momento em que se examinar a Constituição da República Federativa do Brasil.

CAPÍTULO II - A ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DE FOMENTO NA DOCTRINA ESTRANGEIRA E NACIONAL – DELINEAMENTOS DOCTRINÁRIOS DO INSTITUTO

2.1 BREVES CONSIDERAÇÕES

A adoção de técnicas de fomento pelo Estado, como meio de incentivar, promover ou proteger determinados comportamentos ou atividades dos particulares que, ao mesmo tempo, atendam interesses públicos, não é recente.

De fato, como registra José Luís Villar Palasi⁶⁶ em seu artigo “*As técnicas administrativas de fomento e apoio ao preço político*”, já em 1336, em Zaragoza e Castilha, eram adotadas as subvenções diretas e indiretas para a construção de obras públicas.

No período absolutista, por sua vez, anota Delacroix⁶⁷ a existência de prêmios e vantagens honoríficas concedidas pelo Rei com o objetivo de direcionar a condutas dos nobres para auxiliá-lo na consecução dos “interesses públicos”, embora naquele período não raras vezes estes se confundiam com os interesses do próprio monarca.

No século XVIII, a polícia, de acordo com Baena de Alcázar,⁶⁸ compreendia toda a atividade que competia ao príncipe. Daí porque a concepção primitiva de fomento público estava relacionada ao Poder de Polícia do Estado, o qual podia ser subdividido em: Poder de Polícia da Ordem e Poder de Polícia do Bem-estar ou da Prosperidade (nesta última estava inserida a idéia de fomento).

O fomento, até o referido período, apresentava-se como uma finalidade do Estado, carecendo o conceito de um valor técnico, razão pela qual não se utilizava como elemento de construção jurídica.

⁶⁶ PALASÍ, José Luis Villar. *Las Técnicas Administrativas de Fomento Y de Apoyo al Precio Político*. Disponível em: <http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1954_014_011.PDF>. Acesso em: 03/03/2008. p.9-10.

⁶⁷ DELACROIX, José Maria Barbé. “Actividad administrativa de fomento, concepto”. In: AROZTEGUI, Cesar I.; BACARINI, Pablo L.; BARBÉ, José et. al. *Regimen administrativo de la actividad privada*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1990. p.20.

⁶⁸ ALCÁZAR, Baena. *Sobre El concepto de fomento*. Disponível em: <http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1967_054_043.PDF>. Acesso em: 21/02/2008.

Deveras, a ação fomentadora, como espécie (uma das formas) da atividade administrativa, somente pode ser considerada a partir do momento em que o Estado passou a se submeter à ordem jurídica, ou seja, com o advento do Estado de Direito e o surgimento da Administração Pública e do Direito Administrativo, consoante examinado no capítulo anterior.

A sistematização do instituto, por seu turno, apenas ocorreu em 1949, com a publicação de um ensaio acerca dessa modalidade de intervenção estatal, elaborado pelo professor espanhol Luis Jordana de Pozas, cujas idéias centrais do seu trabalho contribuíram para a formação da atual concepção da atividade administrativa de fomento.

Daí porque se inicia o exame da atividade administrativa de fomento, a partir da valiosa contribuição doutrinária de Jordana de Pozas – a qual destacou a ação promocional como uma das formas da atividade administrativa e não como um fim em si mesmo do Estado conforme antes considerada, seguindo com os estudos de outros doutrinadores estrangeiros e nacionais que se debruçaram sobre o tema.

Ressalte-se, por oportuno, que no presente capítulo será analisada tão somente a construção doutrinária do conceito da atividade administrativa de fomento, destacando-se as suas notas distintivas com relação ao poder de polícia e ao serviço público e a classificação quanto aos seus meios ou formas, na medida em que os cientistas do direito, de um modo geral, a partir do exame da legislação, não divergem acerca desses pontos.

O perfil dessa atividade administrativa à luz da Constituição da República Federativa do Brasil e o regime jurídico aplicável será objeto de análise no capítulo subsequente, com a proposição, ao final daquele capítulo, da nossa conceituação acerca dessa ação promocional ou fomentadora.

2.2 A ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DE FOMENTO NA DOUTRINA ESTRANGEIRA

2.2.1 O pensamento de Jordana de Pozas

Jordana de Pozas⁶⁹ inicia o ensaio aduzindo que a atividade administrativa tem como finalidade geral a satisfação das necessidades públicas, entendendo por necessidade todo desejo ou utilidade que, acaso não satisfeito, produz graves males.

Anota o autor que as necessidades públicas variam muito em seu número e classe, embora um número reduzido seja universal e constante. Em um Estado totalitário todas as necessidades comuns a um grupo ou de caráter geral seriam públicas e, pelo contrário, em Estados que aceitam a ordem individualista somente seriam públicas aquelas necessidades que as pessoas não pudessem satisfazer livremente por si só.

Adverte que o limite que separa o campo das necessidades privadas e das necessidades públicas varia constantemente, considerando, pois, uma das mais importantes das funções políticas, aquela capaz de discernir o quanto antes quais necessidades se converteram em públicas e quais perderam esse caráter.

Considera que toda a intervenção do Estado na esfera de liberdade do indivíduo requer uma justificativa baseada na vontade da própria pessoa ou no bem comum, devendo observar uma suave graduação nos meios empregados, ou seja, aqueles que consigam atingir o fim perseguido no momento adequado e com o mínimo grau de coação.

Dentre esses meios, destaca: a *legislação* – entendida como emanção de normas obrigatórias e execução normal a cargo dos particulares, a *polícia*, o *fomento* e o *serviço público*, estes três últimos sempre de caráter administrativo.

Haja vista que a polícia e o serviço público têm sido objeto de múltiplos e profundos estudos, ao contrário da atividade administrativa de fomento, a qual é examinada “*de passagem*”, sem se atentar para as suas características, pretende aquele autor no ensaio distinguir o fomento desses dois outros institutos.

⁶⁹ POZAS, Jordana de. *Ensayo de una Teoría del Fomento en el Derecho Administrativo*. Disponível em: <http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/2/REP_048_040.pdf>. Acesso em: 02/06/2008.

Assim, após retratar as mudanças ocorridas no conceito de polícia desde a Antiga Grécia, acaba por acolher a conhecida definição de Santi Romano: “*chama-se polícia a atividade administrativa que, por meio de limitações eventualmente coercitivas da atividade privada, se dirige a prevenir os danos sociais os quais desta última podem derivar-se*”.

No que toca ao serviço público, aduz “*é uma modalidade de ação administrativa que consiste em satisfazer a necessidade pública de maneira direta, por órgãos da própria Administração criados para esse fim e com exclusividade ou em concorrência com os particulares*”.

Relativamente ao fomento público, conceitua-o como

a ação da Administração encaminhada a proteger ou promover as atividades, estabelecimentos ou riquezas desenvolvidas pelos particulares e que satisfaçam necessidades públicas ou se estimam de utilidade geral, sem usar da coação e nem criar serviços públicos.

Por conseguinte, conclui o autor que o fomento se distingue da polícia, uma vez que esta “*previne e reprime*” e aquele “*protege e promove*”, sem usar, no entanto, a coação.

De igual modo não se confunde com o serviço público, no qual a Administração realiza diretamente e com os seus próprios meios o fim perseguido, ao passo que na atividade de fomento se limita a estimular os particulares para que estes, por sua vontade própria, desenvolvam determinadas atividades, as quais cumpram indiretamente o fim perseguido pela Administração.

Relata que essa ação de estímulo pelo Poder Público sobre o ânimo dos governados, sem o uso da força, para alcançar o que o governante considera bom, é encontrada em todas as épocas, trazendo, para tanto, referências do século XVI, embora esses meios indiretos de satisfação de necessidades públicas tenham adquirido maior atenção a partir do século XVIII.

Para Jordana de Pozas, a polícia é a modalidade administrativa mais própria do Antigo Regime; o fomento é a mais adequada para o Estado Liberal e o serviço público é o modo predileto do Estado Intervencionista, embora se trate do predomínio de um sobre o outro sistema, sem a exclusão dos demais.

Retomando a atenção para a Administração Fomentadora, observa que é impossível estabelecer um catálogo de formas que pode revestir essa atividade específica e que opção por esta ou aquela forma é política.

Classifica os meios de fomento como a) positivos – os que outorgam prestações, bens ou vantagens e; b) negativos – os que impõem obstáculos ou cargas para dificultar por meios indiretos aquelas atividades contrárias àquelas que os governantes desejam fomentar.

Sobre outro prisma, classifica os meios de fomento em: a) honoríficos; b) econômicos; e c) jurídicos.

Os honoríficos compreendem as distinções e recompensas que se outorgam como reconhecimento público ou proclamação de um ato ou de uma conduta exemplar. Embora possam ser em determinadas ocasiões consideradas também vantagens econômicas ou jurídicas, estas se mostram acessórias, uma vez que o principal é o enaltecimento social do beneficiado. Cita como principais meios: as condecorações, tratamentos, títulos, uso de emblemas ou símbolos determinados, troféus, diplomas etc.

Os econômicos são todos aqueles que de um modo direto determinam uma percepção de quantidade ou a dispensa de um pagamento obrigatório. Nesta categoria estão as subvenções, os prêmios em dinheiro e as isenções e demais privilégios de caráter fiscal.

Por fim, os meios jurídicos, os quais se caracterizam pela outorga de uma condição privilegiada que, de modo indireto, representa vantagens econômicas. De acordo com Jordana Pozas, a variedade deste grupo é muito grande. Inclui as derrogações de normas de direito privado relativos a direitos reais e obrigações, ficções jurídicas, concessão de uso de prerrogativas de caráter público, consumo obrigatório etc.

2.2.2 O pensamento de Mariano Baena Del Alcázar

Mariano Baena Del Alcázar⁷⁰, em denso artigo denominado “*Sobre el Concepto de Fomento*”, se propõe a revisar a teoria do fomento, oportunidade na

⁷⁰ ALCÁZAR, Baena. Op. cit.

qual registra o posicionamento de inúmeros doutrinadores que se debruçaram sobre o tema.

Inicia o trabalho com o exame da acepção atual do termo fomento proposta por Jordana de Pozas, assentada nas idéias de que se trata de uma atividade persuasiva e por meio dela se obtém a satisfação de necessidades públicas. É dizer, a satisfação das necessidades públicas pela via indireta da persuasão. Ressalta ainda que o fomento recai sobre atividades, estabelecimentos ou riquezas e que por meio dela não se emprega a coação e nem se cria serviços públicos.

Passa, então, a examinar como se posiciona a doutrina espanhola em face do conceito e da sistematização de Jordana de Pozas, analisando, então, o entendimento de Garrido Falla, Entrena Cuesta e Pellise sobre o instituto.

De acordo com Alcázar, embora Garrido Falla tenha considerado insuficiente o conceito de “poder de polícia”, pois este não explica uma série de prestações forçadas pelos particulares, sejam reais ou pessoais, e também não tenha aceitado o “serviço público” como último elemento da classificação de Pozas, haja vista a necessidade de se incluir outras prestações por parte da Administração aos administrados, como por exemplo, a chamada gestão econômica, aceita integralmente o conceito de fomento, seguindo em linhas gerais a definição de Pozas.

Para Garrido, o fomento é

aquela atividade administrativa que se dirige a satisfazer indiretamente certas necessidades consideradas de ordem pública, protegendo ou promovendo, sem emprego da coação, as atividades dos particulares ou de outros entes públicos que diretamente as satisfaçam.

Observa, então, que Garrido Falla ampliou o conceito de Jordana de Pozas para o fim de incluir dentre os destinatários da atividade de fomento outros entes públicos menores.

Prossegue o autor relatando que posicionamento semelhante adotou Entrena Cuesta, mediante a adoção de uma *idéia negativa* – por meio do fomento a Administração persegue fins públicos sem o emprego da coação e sem a realização de prestações, e de uma *idéia positiva* – a atividade administrativa com o fim de proteger ou promover aquelas atividades, estabelecimentos ou riquezas dos

particulares ou de outros entes públicos que satisfaçam necessidades públicas ou se estimam de utilidade geral, sem usar de coação ou criar serviços públicos.

Por fim, cita a formulação de Pellise, que segue as idéias do professor Ballbé. Para o referido doutrinador a nota essencial do fomento, como atividade administrativa, é a existência de um estímulo sem o emprego da coação.

Conclui, então, que embora com matizes distintas, os doutrinadores espanhóis mantêm, em essência, a formulação construída por Jordana de Pozas acerca do fomento.

Assim como o conceito de fomento, anota Alcázar que, em linhas gerais, os meios de fomentos apontados por Jordana de Pozas também foram mantidos pela doutrina espanhola, embora com algumas pequenas diferenças.

Após expor as duas classes proposta pelo citado doutrinador – **fomentos positivos/negativos e fomentos honoríficos/econômicos/jurídicos**, observa que Garrido Falla entende inadequado dentro dessa atividade administrativa o fomento jurídico e que Pellise acrescenta ainda os meios psicológicos, citando como exemplo principal a propaganda levada a cabo pelos organismos oficiais.

Traz ainda outros doutrinadores adeptos à referida classificação, além daqueles já mencionados, citando *Alvarez Gendin, Clavero, Villar Palasí e Moncada, Gascón Hernández e García Oviedo-Martinez Useros*, embora alguns deles tenham tecidos críticas ao conceito de fomento, a exemplo de *Villar Palasí e Moncada*.

Entretanto, ressalta que o mais importante não é a adesão da doutrina espanhola à classificação proposta por Jordana de Pozas, mas sim ao valor confuso que se atribui ao fomento. De qualquer modo, conclui que, o Direito Administrativo espanhol aceitou tal classificação, citando como exemplos mais relevantes: o “Princípio X de la Ley Reguladora de los Principios Fundamentales de Movimiento Nacional” e o “Regulamento de Serviços das Corporações Locais”.

Não se furta, no entanto, em analisar as críticas formuladas em face do Instituto, apontando a sua origem naquela formulada por Villar Palasí, para quem

a atividade de fomento resulta indefinida dentro de uma pura lógica jurídica... Quem sabe fosse mais frutífero, para efeito da sistematização jurídica do ato administrativo, inserir a atividade de fomento em um quadro geral da Administração Indireta do Estado, e especificamente na colaboração privada dos fins da Administração

Logo acolhida por *Marqués Careó, Moncada e Martín Retortillo*, por entenderem ser pouco definido o conceito de fomento.

Registra, por fim, as críticas de *Pérez Olea e Albi*:

Por outro lado, PÉREZ OLEA afirma ao se referir ao fomento, que se trata de uma fórmula desvaída e sem contornos, que carece de toda precisão científica e que ocupa papel secundário no Direito Administrativo comparado. Em termos mais duros se expressa ALBI, que se referindo ao fomento e de uma maneira direta à formulação de JORDANA DE POZAS, afirma que carece de sentido no momento atual e responde a uma concepção já caducada, posto que o intervencionismo constitui uma situação normal, a distinção entre formas diretas e indiretas um puro convencionalismo intranscendente e a colaboração entre os particulares e a Administração uma fórmula normal que se expressa em diversas modalidades.

Entende Alcázar que tais posturas se limitam às críticas iniciais e não totalmente desenvolvidas e são uma mostra de que existe uma sensação de insuficiência atual da classificação e com ela do conceito de fomento. Ao se referir à posição de Entrena Cuesta, que refuta as críticas de Albi, no que toca à subvenção, sob o argumento do perigo de haver confusão entre o fomento e o serviço público, questiona se a subvenção, sob outra ótica, não poderia se aproximar de uma forma de gestão de serviço público, provocando uma confusão entre ambos os conceitos.

Propõe, então, o exame crítico da teoria do fomento.

Para o mestre espanhol, de fato, as críticas respondem a uma realidade, qual seja, que a atividade de fomento é, efetivamente, fluída e sem contornos. Porém, entende que não basta tal afirmação, esta deve ser provada. Assim, reputa necessário examinar: a) as diversas acepções do termo fomento; b) a sua delimitação em confronto com a função administrativa de polícia e de serviço público; c) as imprecisões que existem a respeito do conceito em si mesmo; e por fim d) o que a doutrina considera normalmente como meios de fomento.

a) as diversas acepções do termo fomento:

O autor aponta três acepções distintas para o fomento: a manejada primitivamente na primeira metade do século XIX; a atual, produto do trabalho de Jordana de Pozas e; uma postura peculiar mantida por GUAITA.

a.1.) A idéia primitiva de fomento

No século XVIII o “poder de polícia” abrangia toda a atividade que competia ao príncipe. Distingua-se uma espécie de “polícia” propriamente dita, denominada “polícia da ordem” e outra chamada de “polícia do bem estar ou da prosperidade”.

Na primeira metade do século XIX, com o prestígio do sistema liberal, identifica-se uma mudança de situação. O termo fomento passa a designar as atividades antes inseridas na “polícia do bem estar ou da prosperidade”. Duas são as razões: *a mentalidade liberal repulsa o emprego do termo “polícia” por se associar a uma idéia de restrição advinda do período precedente e o desejo de se impulsionar o progresso econômico por meios indiretos, ainda que se guardasse, à época, antipatia pela intervenção estatal.*

Ressalta, nesse sentido, que o fomento era tido como um fim em si mesmo da atividade administrativa, a obra a ser realizada pela Administração empregando as diversas técnicas conhecidas e não desde logo como uma forma por meio da qual se manifestava essa atividade. Diz o autor:

Estamos, pois, ante o que chama Pellise (57) acepção genérica. O fomento é a melhora material e moral do nível de vida de um país, independente da forma ou da técnica que se utilize para conseguir este fim, sendo certo que na primeira metade do século XIX a mentalidade liberal imperante fez que se realizasse sobre todos por meios indiretos.

a.2.) A formulação de Jordana de Pozas

O mestre espanhol Alcázar atribui a Jordana de Pozas a virtude e a originalidade de resgatar a idéia de fomento e a de transformar o seu significado, que passa de um fim da atividade administrativa para uma forma desta.

Antes da sistematização de Pozas, o termo carecia de rigor técnico científico e não se utilizava como elemento de uma construção jurídica, razão pela qual deixou de ser adotada pela doutrina espanhola mais antiga, o que demonstra um repasse em *COLMEIRO, SANTAMARIA DE PAREDES e POSADA.*

Anota que na geração encabeçada por *GASCÓN* e *MARÍN* o conceito de fomento tampouco se apresenta um papel especial, o que se extrai do exame das obras de *GASCÓN, ROYO VILLANOVA, FERNÁNDEZ DE VELASCO e GARCÍA OVIEDO e ALVAREZ GENDÍN.* Na doutrina estrangeira, de igual modo, do exame das obras gerais, sem sair da bibliografia mais comum, ou se desconhece o conceito

de fomento ou se atribui muito pouco valor, embora em França, Itália e Alemanha, não se desconheça a subvenção e as diversas ajudas aos particulares.

a.3.) a peculiar posição de Guaita

Identifica-se ainda a necessidade de examinar a teoria do fomento elaborada por Guaita, uma vez que se aparta daquela proposta por Jordana de Pozas.

De acordo com este autor, a Administração Fomentadora é a mais rica e a mais heterogênea de todas, razão pela qual rechaça uma distinção desta atividade pela via residual, pois a considera a mais importante de todas.

Conforme observa Alcázar, a postura de Guaita é marcada por um matiz teleológico, o que sobressai na sua definição primitiva: “*a palavra fomento envolve a atividade que tem por fim o aperfeiçoamento, progresso e bem estar da sociedade*”.

Todavia, entende que tal concepção, em virtude da indefinição do “fim” e “atividade”, compromete o intento de alcançar uma maior precisão ao conceito de fomento.

Após assentar as três acepções do conceito de fomento, passa a delimitá-lo em face dos conceitos de poder de polícia e de serviço público.

b) a delimitação em face do conceito do poder de polícia

O mestre espanhol aduz que as fronteiras do poder de polícia e do fomento nunca foram bem delimitadas. Acaso se conceba o fomento como um fim, na acepção primitiva, este deve ser incluído na idéia ampla de “poder de polícia”.

Ressalta, no entanto, que a idéia de “fim” continua a contagiar a atual acepção de fomento, o que tem provocado uma confusão, levando *Entrena Cuesta* a afirmar que às vezes se persegue fins de fomento mediante o emprego de técnicas de polícia e vice-versa, e anunciar o *princípio da intercambialidade das técnicas administrativas* empregadas em cada uma das formas de atividade.

Por outro lado, Villar Palasí anota que junto ao “fim”, vai predominando a idéia de restrição ou ampliação da esfera do particular. No contexto deste processo, destaca que Garrido Falla contesta tal princípio, ao eleger o critério do “*modus operandi*” para a definição da atividade administrativa, e não a sua finalidade.

Conclui o autor que o fomento considerado como “fim” deve ser compreendido como atividade relativa ao exercício do poder de polícia em sentido amplo. Sob outro prisma, admitindo a idéia de “fim” em concorrência com a de

“coação” ou “persuasão”, há uma possível confusão entre a atividade relacionada ao poder de polícia e aquela voltada ao fomento.

c) a delimitação em face do conceito de serviço público

No que toca ao serviço público, aponta o autor que a distinção entre este e o fomento reside no fato de que no primeiro a Administração atua diretamente para satisfazer necessidades e no segundo esta se dá de forma indireta. A questão que se coloca, no entanto, é saber qual o limite entre a atuação estatal direta e a indireta, suscitando, nesse ponto, opiniões variadas.

Registra que, a par daqueles que aceitam tal distinção, existem outros autores que enquadram o fomento na órbita do serviço público, a exemplo de *ALBI*, que afirma ser a subvenção um modo de gestão de serviço público e de *MARTIN-RETORTILIO*, que recorda a doutrina alemã no sentido de se acolher grande parte das subvenções dentro da atuação direta da Administração, o que reforça, assim como ocorre no tocante ao poder de polícia, a possibilidade de confusão entre fomento e serviço público.

d) As imprecisões do conceito de fomento

Neste tópico Alcázar procura, a par das imprecisões do conceito de fomento estudado nos tópicos anteriores, examinar mais detidamente os elementos de tal conceito e das técnicas de fomento.

Com base na definição de Garrido Falla, aponta como objeto sobre o qual recai o fomento as atividades dos particulares e de outros entes públicos e como fim do fomento a satisfação de necessidades de ordem pública, ressaltando o elemento fundamental a realização de modo indireto e sem o emprego da coação. Assim, há uma delimitação negativa que o diferencia do serviço público (satisfação direta) e do poder de polícia (eventual emprego de coação).

Não obstante este fim de satisfação das necessidades de ordem pública sirva para justificar a atuação da Administração, não confere nenhum efeito que se pode chamar interno da construção de idéias, uma vez que não outorga peculiaridade ao fomento, o qual permanece indefinido, pois tal satisfação também se dá em outras formas de atividade. Com isso, entende Alcázar haver um divórcio entre a idéia de fomento e o fim a ser perseguido, e o elemento teleológico cede a favor da técnica empregada.

Daí porque Garrido Falla contesta o princípio da intercambialidade das técnicas a que alude Entrena, uma vez que considera como importante o modo de agir do Estado, ou seja, a técnica adotada, o *modus operandi*. Se o *modus operandi* adota técnica persuasiva – fomento e se utiliza técnica coativa de atuação – poder de polícia.

Adverte que o vocábulo “técnica” é equívoco, pois pode se referir, de modo mais geral, ao uso de meios não coativos, fazendo remissão à atuação persuasiva, de ajuda, de promoção, de proteção por parte da Administração e, por outro lado, pode se referir às diversas formas em que a atividade administrativa de fomento se manifesta – meios honoríficos, econômicos, jurídicos e psicológicos.

Ao analisar ditas formas de fomento, tece críticas aos meios honoríficos, psicológicos e jurídicos.

Relativamente ao meio honorífico aduz que este se ampara em face da abstração do que se compreende por “satisfação indireta de necessidades”, sendo duvidoso que tais necessidades se satisfaçam por esse modo.

No tocante ao meio psicológico, consistente fundamentalmente na propaganda, não vislumbra necessariamente uma vantagem ou uma ajuda.

Por fim, no que se refere ao fomento jurídico, não compreende porque as vantagens econômicas se incluem neste grupo e não nos meios econômicos, além de não ser possível, em face da sua variedade, reconduzi-los a um regime comum.

Deveras, considera o fomento econômico o mais importante de todos, cuja espécie mais expressiva é a subvenção, que será objeto de exame no momento em que forem analisados os instrumentos jurídicos de fomento pelo ordenamento pátrio.

Dedica ainda um capítulo para registrar a evolução da atividade administrativa e do fomento como instrumento de intervenção econômica. Encerra o trabalho concluindo que as críticas incidentais ao conceito de fomento estão justificadas, posto que esse conceito é uma noção indefinida e pouco precisa, o que afeta desde logo a utilidade da classificação e forma da atividade.

2.2.3 O pensamento de Héctor Jorge Escola

A atividade administrativa, como observa Héctor Jorge Escola⁷¹, é uma *atividade teleológica*, vale dizer, visa alcançar uma finalidade, a *satisfação das necessidades coletivas*.

Esse fim pode ser alcançado de *modo direto e imediato* mediante o agir da própria Administração ou de *forma indireta e mediata*, quando esta incentiva, promove e protege determinadas atividades dos particulares que satisfaçam as necessidades coletivas ou consideradas de utilidade pública, sem a utilização de coação ou criação de serviços públicos. Eis nesta última modalidade o que se denomina **atividade administrativa de fomento**.

Observa, com apoio em Villar Palasí, que as técnicas administrativas de fomento não são atuais, invocando, para tanto, antecedentes verificados durante a Idade Média, no que se refere à construção de obras públicas.

No entanto, ressalta que a valorização e o auge dessa atividade administrativa, como uma das modalidades operativas que se coloca para a Administração para o alcance das finalidades públicas, está agregada à aparição do Estado Social de Direito, que além de assegurar a ordem pública, procura atender e satisfazer uma série de necessidades e exigências da comunidade, que são de interesse público, e podem ser adequadamente alcançadas por meio de certas atividades dos particulares, que por essa razão são protegidas e estimuladas pela Administração Pública.

Daí dizer que a atividade administrativa de fomento pode ser caracterizada a partir dos seguintes elementos:

- a) É uma **atividade administrativa** e como tal deve ser realizada pela Administração Pública, com o propósito de alcançar determinadas finalidades próprias;
- b) Tais finalidades são de **interesse público** e visam à **satisfação das necessidades coletivas e a realização dos fins do Estado**;

⁷¹ ESCOLA, Héctor Jorge. *Compendio de Derecho Administrativo*. vol.II. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1990. p.857.

- c) A atividade administrativa de fomento não se propõe a alcançar essas finalidades de modo direto e imediato, mas que sejam realizadas pela atividade dos particulares, ou seja, o fim é alcançado **de forma indireta e mediata**;
- d) Para tanto, se dedica a proteção ou promoção dessas atividades particulares, utilizando-se de diferentes meios, exceto a coação;
- e) Essas atividades dos particulares são prestadas por decisão destes, agem, assim, como colaboradores da Administração Pública nesse intento.

Com base nessas notas características, Héctor Jorge Escola⁷² conceitua a atividade administrativa de fomento como

aquela atividade da Administração Pública que pretende a satisfação de necessidades coletivas e que atendam os fins do Estado de maneira indireta e mediata, mediante a participação voluntária dos particulares, que desenvolvem por si mesmos atividades tendentes a esse objeto, as quais são, por isso, protegidas e estimuladas pela Administração por diversos meios, dos quais está excluída toda a forma de coação.

Depreende-se do conceito de Escola, que o autor não admite uma atividade administrativa de fomento voltada a outros órgãos ou entes administrativos, sob o fundamento de que, estando delimitada a atividade destes por normas de competência, cujo exercício e observância constituem não apenas uma atribuição, mas também um dever, não se poderia admitir, doutrinariamente, o fomento. Tratar-se-ia de uma co-participação interadministrativa para a obtenção de finalidades comuns.

O autor também acolhe as duas classes proposta por Jordana de Pozas para classificar a atividade fomentadora, quais sejam: pelo critério de atuação sobre a vontade do particular: **fomentos positivos e negativos** e; pelo critério de vantagens outorgadas aos particulares: **fomentos honoríficos, econômicos e jurídicos**

⁷² Ibidem. p.859. “[...] *aquela atividade da Administração Pública que pretende a satisfação de necessidades coletivas e o alcance de fins do Estado de maneira indireta e mediata, mediante a participação voluntária dos particulares, que desenvolvem por si mesmos atividades tendentes a esse objeto, as quais são protegidas e estimuladas pela Administração por diversos meios, dos quais estão excluídas todas as formas de coação.*”

2.2.4 O pensamento de Roberto Dromi

Roberto Dromi⁷³, no mesmo sentido, anota que mediante o fomento, a Administração persegue os fins públicos sem o emprego da coação e sem a realização *per se* de prestações públicas. O fim do fomento é a satisfação indireta das necessidades públicas.

A idéia predominante é a de uma atividade persuasiva ou de estímulo e a finalidade perseguida é sempre a mesma: convencer para que se faça ou deixe de fazer. Por meio do fomento, a Administração trata de ajudar, estimular e orientar a iniciativa privada quando esta se mostra insuficiente.

O autor não compartilha do entendimento de Hector Jorge Escola de que tal atividade não pode ter como destinatário outro órgão ou ente estatal, ou seja, admite a ação fomentadora de um ente público voltada para outros órgãos ou entes públicos.

No que toca às classes da atividade de fomento, Dromi também acolhe os critérios eleitos por Jordana de Pozas, quais sejam: atuação sobre a vontade do particular: **fomentos positivos e negativos** e; vantagens outorgadas aos particulares: **fomentos honoríficos, econômicos e jurídicos**.

2.2.5 O pensamento de Ramon Parada

Ramón Parada⁷⁴, em sua obra Direito Administrativo, ao tratar das formas da atividade administrativa, examina-as por meio de 5 grandes capítulos: I) atividade administrativa de polícia ou de limitação; **II) atividade administrativa de fomento**; III) atividade administrativa prestacional ou de serviço público; IV) atividade administrativa sancionadora; e VI) atividade administrativa arbitral.

Para o ilustre professor de Direito Administrativo por atividade de fomento se entende “aquela modalidade de intervenção administrativa que consiste *em dirigir a ação dos particulares de acordo com os fins de interesse público mediante a outorga*

⁷³ DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. 4ªed. Buenos Aires, 1995. p.655.

⁷⁴ PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo I – Parte Geral*. 15ªed. Madrid, Barcelona: Marcial Pons Ediciones Jurídicas Y Sociales S/A, 2004.

de incentivos diversos”, acolhendo, para tanto, as lições de Jordana de Pozas e Martín Retortillo.

Relata que o incentivo de atividades privadas é conhecido desde os primeiros tempos da civilização, porém, é no período do Absolutismo do século XVIII que esse modo de intervenção é concebido de modo mais consciente como uma modalidade de ação pública, a exemplo do emprego de técnicas incentivadoras econômicas e honoríficas em França pelo ministro Colbert e dos planos de promoção industrial por Fernando VI, tais como as fábricas de seda, vidro entre outras.

No século XIX, a política econômica situa a ação de fomento no centro do intervencionismo administrativo, dando nome ao mais importante Ministério, o de Fomento, e com esse mesmo nome se designou os representantes do Governo nas províncias, os subdelegados de Fomento, depois denominados Governadores Civis, a quem, em 1833, dirigirá Javier de Burgos a sua famosa Instrução.

Nesse contexto, observa a importância da criação de um sistema ferroviário com as ajudas econômicas do Estado a favor das companhias ferroviárias concessionárias, embora a política de subvenções tenha trazido também a corrupção e falseado a livre concorrência empresarial, o que motivou a reação dos liberais em desqualificar o fomento econômico.

No século XX as ajudas econômicas se estendem a todos os setores produtivos e se racionalizam com a Lei 152/1963. O incentivo às empresas, por meio de pólos de desenvolvimento, polígonos industriais, zonas de localização preferenciais, se prolongam até os dias de hoje na Lei 27/1984. Por outro lado, a atividade incentivadora foi estendida a todos os setores econômicos (agricultura, extração de minérios, construção naval etc), chegando à cultura (cinema, teatros) e à ação social, por meio das organizações não governamentais (ONGs) que, praticamente, vivem das subvenções públicas.

Cita inúmeras leis que disciplinam a atividade de fomento e destaca a sua extraordinária significação na atualidade, que coincide com o retrocesso da atividade prestacional. Conclui, ao final da evolução histórica traçada, a legitimidade dessa forma de intervenção, apontando na Constituição numerosos dispositivos que prestigiam a ação promocional, tais como o dever do Poder Público de fomentar a educação sanitária, a educação física (art. 43.3), as organizações dos consumidores (art. 51.2), as sociedades cooperativas (art. 129.2) etc.

O autor, assim como Baena de Alcázar, Hector Jorge Escola e Roberto Dromi, adota a classificação proposta por Jordana de Pozas, ao anotar que o fomento pode consistir em medidas honoríficas, econômicas e jurídicas. Ressalta que, na atualidade, os meios econômicos oferecem maior estímulo do que os honoríficos.

De acordo com Ramón Parada, não é fácil reconduzir a atividade de fomento a um mesmo regime jurídico em virtude da diversidade de ações fomentadoras, e nem de qualificar de vinculada ou discricionária a atividade incentivadora, a qual depende de diversas regulamentações e procedimentos. Invoca como regra geral a discricionariedade na outorga de condecorações civis, e, ao revés, como vinculada, a concessão de condecorações militares.

Passa, então, a examinar os incentivos econômicos, considerados por ele, como os mais importantes da atualidade, dedicando atenção especial às subvenções, que será objeto de análise no capítulo relativo aos instrumentos jurídicos da ação promocional.

Conclui-se, pois, dos estudos da doutrina espanhola, que a sistematização da atividade administrativa de fomento proposta por Jordana de Pozas, ressalvadas pequenas variações quanto aos destinatários dessa atividade e respectivos meios, na sua essência, até os dias atuais se mantém.

Após o exame da doutrina pátria sobre o tema, far-se-á um quadro resumo contemplando as principais convergências e divergências sobre o instituto.

2.3 A ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DE FOMENTO NA DOUTRINA PÁTRIA

2.3.1 Breves considerações

A atividade administrativa de fomento não é nova no ordenamento jurídico pátrio. Há tempos a Administração Pública exerce-a mediante diplomas legais esparsos, como por exemplo, a outorga de títulos de utilidade pública regulada pela Lei nº 91, de 1935 e de benefícios fiscais disciplinados em leis editadas pelos poderes legislativos da União, dos Estados e dos Municípios ou ainda, a Lei nº

4.320/64, que disciplina a concessão de auxílios e subvenções às entidades privadas sem fins lucrativos, conforme será analisado em capítulo destinado aos instrumentos jurídico do fomento.

Entretanto, essa espécie de função administrativa, pelo contexto jurídico, político econômico e social, acabou ofuscada pelas demais funções administrativas, de prestador de serviços públicos, de polícia e do ordenamento econômico social, ocupando-se a doutrina nacional com estas últimas de forma predominante.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e o processo de redemocratização do País, observa-se o crescimento dos modelos de colaboração entre o Poder Público e os administrados para a consecução dos interesses considerados relevantes para a coletividade.

Nesse cenário de ampliação das relações jurídicas mantidas entre o ente estatal e o particular, ocupa posição de destaque, dada a sua importância, aquelas travadas, no âmbito do domínio social, entre a Administração Pública e as entidades que integram o denominado *Terceiro Setor*, que visam à consecução, em modelos de parceria, dos interesses públicos na área dos direitos sociais.

É, justamente, nesse contexto, com o inegável desenvolvimento, a partir da década de 90, das referidas *entidades paraestatais*⁷⁵, fruto da realidade sócio-econômica do País, do crescente aumento das demandas sociais e da impossibilidade do Estado de atendê-las integralmente, que se identifica a "redescoberta" da atividade administrativa de fomento⁷⁶, predominantemente no domínio social, e a sua importância como instrumento eficaz para a realização dos já mencionados interesses de relevância social.

Cabe, pois, trazer a lume o pensamento de doutrinadores pátrios que se debruçaram sobre este instituto.

⁷⁵ A expressão será utilizada ao longo do presente trabalho para designar as pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos integrantes do denominado Terceiro Setor que, embora não integrem a Administração Pública Direta ou Indireta, tenham por objetivo social a consecução de interesses públicos, considerados de relevância para a coletividade.

⁷⁶ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro Setor*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

2.3.2 O pensamento de Sílvio Luís Ferreira da Rocha

Sílvio Luís Ferreira da Rocha observou com precisão a redescoberta da atividade administrativa de fomento no Brasil com a Reforma do Estado implementada na Década de 90.

Um dos trabalhos pioneiros sobre o tema relativo à Administração Fomentadora, preocupado com a inadequada e imprópria invocação desta como fundamento para a legitimar a transferência de bens e serviços de titularidade do Estado a organizações de direito privado sem fins lucrativos, por intermédio de um processo denominado de “publicização”, deixou o eminente professor consignado: *“O Estado não poderá, a nosso ver, substituir completamente a prestação de serviços por atividade de fomento, por isto implicar uma renúncia às funções que lhe foram acometidas pelo Texto Constitucional”*.⁷⁷

A advertência é de singular procedência, na medida em que a Reforma do Estado, iniciada no Governo Collor e levada adiante no Governo Fernando Henrique, foi marcada por fortes traços do Neoliberalismo, que recorre à desestatização, à privatização e à desregulamentação para reduzir sensivelmente a participação do Estado na atividade econômica e, sobretudo, na prestação de serviços públicos.

Deveras, o denominado Plano Diretor da Reforma do Estado, aloca as funções estatais (de governo, administrativa, legislativa e judiciária) em 04 grupos a partir de critérios retirados da Ciência da Administração, e não da Ciência do Direito⁷⁸:

- a) **núcleo estratégico** - *correspondente às funções dos Poderes Legislativo, Judiciário, Executivo e do Ministério Público. É no núcleo estratégico que as leis e as políticas públicas são definidas;*
- b) **atividades exclusivas** - *correspondem ao grupo de atividades no qual são prestados serviços exclusivos do Estado, que só o Estado pode realizar, como o poder de regulamentar, fiscalizar, fomentar;*
- c) **serviços não-exclusivos** – *correspondem ao grupo de atividades que o Estado exerce simultaneamente com outras organizações públicas não estatais e*

⁷⁷ Ibidem. p.32.

⁷⁸ Ibidem. p.33-4.

privadas, dada a relevância dessas atividades, via de regra relacionadas a direitos humanos fundamentais, como educação e saúde;

d) grupo de produção de bens e serviços para o mercado – *corresponde à área de atuação das empresas estatais do segmento produtivo ou do mercado financeiro. É caracterizado pelo desempenho de atividades econômicas pelo Estado que podem ser exercidas normalmente pela iniciativa privada.*

A proposta do referido Plano contempla ao lado da propriedade estatal e da propriedade privada, a denominada **propriedade pública não-estatal de bens e serviços**, a ser titularizada pelas organizações sem fins lucrativos. Ao setor de serviços não exclusivos de atuação do Estado deve corresponder a propriedade pública não-estatal; e, por essa razão, bens e serviços de titularidade do Estado são transferidos a organizações sem fins lucrativos e de direito privado, por intermédio do já citado processo de “publicização”⁷⁹.

No plano normativo, constatam-se os esforços para a implementação desse programa, tendo como exemplo a Emenda Constitucional nº 19/98 e a Lei nº 9.637/98, que criou e disciplinou as organizações sociais – OS, esta última objeto da ADI nº 1923, que, atualmente, aguarda julgamento na E. Corte Suprema.

Daí porque, de igual modo, afigura-se pertinente a sua observação no sentido de que a atividade de fomento, como espécie de atividade administrativa, deve se submeter ao regime jurídico administrativo, que no Brasil decorre diretamente da Constituição Federal, devendo ser submetida aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, além da motivação, da igualdade e da finalidade, dentre outros.

Com efeito, na medida em que no País a legislação que rege a atividade administrativa de fomento, mesmo com os novos diplomas legais acerca da matéria, ainda é deficiente, contendo lacunas, omissões e até vícios de inconstitucionalidade que serão estudadas adiante, colaborando para o exercício dessa função em descompasso com os referidos princípios, como, por exemplo, a ausência de previsão legal no tocante à exigência de licitação para a escolha das entidades a

⁷⁹ Ibidem. p.34.

serem fomentadas pelo Estado, é que se deve adotar uma postura que não se descure das normas constitucionais e da realidade sócio-econômica do Brasil.

É dizer, a atividade administrativa de fomento, ainda que autorizada pela Carta Magna, deve ser exercida nos limites impostos pela Lei Maior e pela legislação infraconstitucional, desde que esta última seja compatível com aquela.

De modo que, não pode o Estado Brasileiro, conforme será examinado no capítulo seguinte, a pretexto de exercer a atividade administrativa de fomento, ter a pretensão de transferir o seu dever constitucional de garantir a efetivação dos direitos sociais albergados na Carta Magna, mediante a transferência da prestação de serviços públicos, executada sob regime de Direito Público, para entidades privadas, com a respectiva alteração do regime jurídico aplicável, como se pretende com a Lei das Organizações Sociais.

Para ser mais claro: do exame dos dispositivos constitucionais que atribuem à sociedade civil a participação e a colaboração com o Estado para o alcance e efetivação de direitos sociais considerados de relevante interesse público, vale dizer, que admitem a incidência da atividade administrativa de fomento, não há autorização para a substituição do Poder Público pela iniciativa privada nessas áreas, mas apenas uma atuação complementar desta última.

Daí, as conclusões do professor da PUC/SP, invocando as lições de Escola e Dromi acerca do conceito da atividade de fomento, no sentido de que:

- a) a atividade administrativa de fomento é uma atividade teleológica, com vistas à satisfação das necessidades coletivas, sem o uso da coação e sem a prestação de serviços públicos, protegendo ou promovendo as atividades dos particulares;
- b) visa a promover ou a estimular atividades dos particulares que tendem a favorecer o bem-estar geral. Se a finalidade do bem-estar geral não é detectável com clareza a atividade de fomento apresenta-se como ilegítima, injustificável e discriminatória;
- c) distingue-se da prestação de serviços públicos, haja vista que a satisfação das necessidades coletivas se dá de modo indireto e mediato, ou seja, os fins não são alcançados por meio de um agir próprio dos órgãos administrativos, mas por intermédio do agir dos particulares que assim são incentivados pelo Poder Público. Diferencia-se do poder de polícia pela ausência de coação, uma vez que os particulares desenvolvem dita atividades por decisão própria;

- d) como espécie da atividade administrativa, está subordinada ao regime jurídico administrativo e aos princípios que o informam, tais como os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, além da motivação, da igualdade e da finalidade, dentre outros;
- e) o Estado não poderá substituir completamente a prestação de serviços públicos por atividade de fomento, por isto implicar uma renúncia às funções que lhe foram cometidas pelo Texto Constitucional.

2.3.3 O pensamento de Celso Antônio Bandeira de Mello

Celso Antônio Bandeira de Mello⁸⁰, em seu prestigiado Curso de Direito Administrativo, ensina que a intervenção do Estado no domínio social, *“tanto se faz pela prestação dos serviços públicos desta natureza (educação, saúde, previdência e assistência social) como pelo fomento da atividade privada mediante trespasse a particulares de recursos a serem aplicados em fins sociais”*.

Antes, porém, adverte que a Carta Magna, ao disciplinar a ordem social, fixa como objetivo primordial a realização da Justiça social, o que autoriza a afirmar que a prioridade *“não é a satisfação dos interesses do capital, mas os interesses do trabalho”*, apontando, para tanto, inúmeros dispositivos constitucionais nesse sentido, a exemplo do artigo 173 da Lei Maior, que adota como um dos fundamentos da ordem econômica, a valorização do trabalho.

Daí concluir que

a caracterização da ordem econômica e da ordem social nos termos indicados representa simples expressão de alguns dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil que, nesta qualidade, foram apresentados já no pórtico da Constituição; a saber: ‘construir uma sociedade justa e solidária, ademais de livre (inciso I), ‘erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais’ (inciso III), objetivos estes últimos, aliás, repetidos também no precitado art. 170, inciso VII, ao ser indicada a ‘redução das desigualdades regionais e sociais’ entre os princípios da ordem econômica.

⁸⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 25ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p.800-4.

Desse modo, afasta qualquer tentativa de se acolher postura neoliberal ou de absentéismo estatal, ante a função do Estado de protagonista necessário da implementação desses bens jurídicos, nos termos da Constituição da República, reputando inconstitucional *“qualquer política estatal enfatizadora dos benefícios ao capital, qual a do favorecimento aos juros ou mesmo ao do rendimento do capital em detrimento da satisfação dos interesses do trabalho”*.

Retomando a questão relativa à intervenção do Estado no domínio social, anota o dever do estado na prestação de serviços de saúde (arts. 196-198); previdência social (art. 201), educação (arts. 205, 208, 211 e 213) e assistência social (arts. 203 e 204). No que toca à atividade de fomento, acolhe a definição do professor Sílvio Luís Ferreira da Rocha, destacando as contribuições, os auxílios e as subvenções como atividade de fomento direta, além das formas de fomento surgidas com a “Reforma Administrativa”, as quais são objeto de estudo em apartado.

2.3.4 O pensamento de Diogo de Figueiredo Moreira Neto

Diogo de Figueiredo Moreira Neto dedicou um capítulo para tratar do tema fomento público em sua obra Curso de Direito Administrativo.

Para o referido autor, o

Estado contemporâneo não se esgota como garantidor da convivência harmoniosa, como prestador de serviços públicos e como preservador de valores econômicos e culturais. Cabe-lhe, ainda, além dessas funções, já estudadas, estimular a sociedade a desenvolver-se, o que vale dizer, auxiliar cada indivíduo e cada uma de suas multiformes expressões gregárias a utilizar plenamente suas potencialidades, em todas as manifestações da vida humana, proporcionando-lhes o acesso a melhores condições e a todos os instrumentos disponíveis para o progresso.

Entende o eminente professor de Direito Administrativo, que a Constituição da República adotou essa diretriz em inúmeros dispositivos constitucionais, embora ainda pouco estudados de forma sistemática em prol da real cidadania.

Aponta, dentre eles, os princípios fundamentais que

declara o Brasil como um Estado Democrático de Direito, e o erige em instrumento para a construção de uma sociedade independente, livre, justa e solidária, que promova o desenvolvimento nacional, não para a exaltação do próprio Estado, mas para o bem de todos (arts. 1º, 2º e 3º).

Observa, então, o papel dos legisladores infraconstitucionais dos três níveis federativos no sentido de implementar instrumentos adequados à consecução desses objetivos. Nessa direção define a FUNÇÃO ADMINISTRATIVA DE FOMENTO PÚBLICO como “*o estímulo, ministrado direta, imediata e concretamente pela Administração às iniciativas da sociedade, de reconhecido interesse público, oferecido na forma da lei*”.

Destaca que “*a diferença principal entre esta função administrativa e as demais, de polícia, dos serviços públicos, do ordenamento econômico e do ordenamento social, está na **ausência de compulsoriedade** na ação do Estado*”.

São suas as palavras:

Com efeito, o fomento público não é uma função estatal imposta à sociedade, de modo que, ao dispensá-lo à sociedade ou a segmentos dela, o Estado a ninguém obriga, indivíduo, associação ou empresa, a valer-se dos instrumentos jurídicos de incentivo. Em suma, relaciona-se com o Estado, nessas condições, quem o desejar, pois se está no campo da administração consensual, que se distingue da imperativa e de certa forma pode superá-la em eficiência, dependendo do objetivo que se proponha alcançar.

Duas importantes notas são apontadas pelo eminente administrativista. A primeira diz respeito à redescoberta pela doutrina contemporânea da

natureza binada da sanção e, com ela, a fecundidade do conceito de premiação pelo adimplemento de uma norma jurídica, como alternativa construtiva à alternativa da punição pelo inadimplemento, abrindo, desse modo, um imenso campo de aplicação às sanções premiais no Direito Administrativo, particularmente nas atividades, aqui sob exame, de fomento público.

A segunda refere-se aos princípios do fomento público como

comando primário da sociedade dirigida ao Estado, organizado por ela para ser o seu instrumento de poder, de modo que, ainda que os poderes públicos fracionários venham a se omitir na instituição legal de estímulos e de incentivos, se lhes está vedado, por comissão ou omissão, prejudicar, de qualquer forma, quaisquer daquelas atividades, constitucionalmente especificadas para serem objeto prioritário de fomento público.

Daí definir o fomento público como

a função administrativa através da qual o Estado ou seus delegados estimulam ou incentivam, direta, imediata e concretamente, a iniciativa dos administrados ou de outras entidades, públicas e privadas, para que estas desempenhem ou estimulem, por seu turno, as atividades que a lei haja considerado de interesse público para o desenvolvimento integral e harmonioso da sociedade.

Note-se que o autor, na sua conceituação de fomento, admite a incidência da atividade fomentadora destinada a outro ente público, assim como o faz Garrido Fala.

Sistematizou o autor a matéria, para tanto, em quatro blocos e respectivas subdivisões, a saber:

- a) **Planejamento Estatal** – subdividido em: Desenvolvimento Regional e Atividade Suplementar do Estado;
- b) **Fomento Social (o Homem)** – subdividido em: Educação, pesquisa e informação, Trabalho, Cultura, lazer e desportos, Turismo, Ambiente e Rural e reforma agrária;
- c) **Fomento Económico (a Empresa)** – subdividido em: Empresarial, Cooperativo, Atividades económicas primárias, Científico e tecnológico e Financeiro e crédito e;
- d) **Fomento Institucional (os Entes Intermédios)** – subdividido em: setor público não-estatal e Administração associada.

2.3.5 O pensamento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro

A ilustre professora da Faculdade de Direito do Largo São Francisco, em seu livro “Parcerias na Administração Pública”⁸¹, examina as paulatinas alterações do Direito Administrativo no decurso do tempo, com destaque, principalmente, para uma mudança de ideologia, ou seja, a forma de conceber o Estado e a Administração Pública.

São suas as palavras:

Fala-se, em toda parte, em reforma do Estado, em reforma da Constituição, em reforma da Administração Pública. E isto tudo traz princípios novos, institutos novos e, especialmente, traz nova terminologia; muitas vezes são apenas vocábulos novos que surgem para designar fórmulas antigas que voltam impregnadas de nova ideologia. Fala-se em transparência na Administração Pública para designar o velho princípio da publicidade e afastar a atuação sigilosa. Fala-se em privatização para designar a transferência de ações de empresas estatais para o setor privado. Fala-se em parceria entre o poder público e iniciativa privada para designar fórmulas antigas, como a concessão e a permissão de serviços públicos. [...] Ora são institutos velhos que renascem com nova força e sob novo impulso, como a concessão de serviço público; ora são institutos velhos que aparecem com nova roupagem.

Para tanto, retrata a evolução do Estado Liberal, passando pelo Estado Social, até se alcançar o Estado Democrático de Direito, no qual se insere a idéia de Estado sob o prisma do princípio da subsidiariedade, e suas respectivas conseqüências.

De acordo com a autora, “*com o crescimento dos chamados direitos sociais e econômicos, postos perante o Estado, este ampliou desmesuradamente o rol de suas atribuições, adotando diferentes atitudes*”, dentre elas, o

fomento como atividade administrativa de incentivo à iniciativa privada de interesse público. O Estado fomenta a iniciativa privada por diferentes meios, como os **honoríficos** (prêmios, recompensas, títulos e menções honrosas), os **jurídicos** (outorga de privilégios próprios do Poder Público, que

⁸¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas*. 5ªed. São Paulo: Atlas, 2006. p.19-21.

outras entidades não têm) e os **econômicos** (auxílios, subvenções, financiamentos, isenções fiscais, desapropriações por interesse social etc)⁸².

Cita, no tocante ao direito brasileiro, as diversas formas de parceria em que se identifica nitidamente a atividade fomento. No âmbito social destaca os ajustes com entidades do Terceiro Setor (convênios, termos de parceria, contratos de gestão) e no âmbito econômico ressalta a parceria público-privada⁸³.

A atividade administrativa de fomento está relacionada ao princípio da subsidiariedade e à idéia de Estado Subsidiário. Este último não se confunde com o Estado Mínimo;

neste o Estado só exercia atividades essenciais, deixando tudo o mais para a iniciativa privada, dentro da idéia de liberdade individual que era inerente ao período do Estado Liberal; naquele o Estado exerce as atividades essenciais, típicas do Poder Público, e também as atividades sociais e econômicas que o particular não consiga desempenhar a contento no regime da livre iniciativa e livre competição; além disso, com relação a estas últimas, o Estado deve incentivar a iniciativa privada, auxiliando-a pela atividade de fomento, já referida⁸⁴.

Adota o fomento como uma das espécies de parceria, vocábulo utilizado pela eminente professora na referida obra, para designar

todas as formas de sociedade em que, sem formar uma nova pessoa jurídica, são organizadas entre os setores público e privado, para a consecução de fins de interesse público. Nela existe a colaboração entre o poder público e a iniciativa privada nos âmbitos econômico e social, para satisfação de interesses públicos, ainda que, do lado do particular, se objetive lucro.

Daí porque, ao lado do fomento, arrola ainda a delegação da execução de serviços públicos a particulares e a cooperação do particular na execução de atividades próprias da Administração Pública, pelo instrumento da terceirização.

⁸² Ibidem. p.28.

⁸³ Ibidem. p.28-9.

⁸⁴ Ibidem. p.38.

2.3.6 O pensamento de José Roberto Pimenta Oliveira

José Roberto Pimenta Oliveira⁸⁵, em sua obra “Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro” dedica um capítulo para examinar a razoabilidade e a atividade promocional ou de fomento.

Entende o autor que

para cumprir os objetivos constitucionais inerentes à estruturação do Estado Social e Democrático de Direito, desenhado pela Constituição, não há como a função administrativa restringir-se, na atualidade, ao campo ordenador e sancionatório. Postulou-se da Administração uma crescente e cada vez mais complexa intervenção estatal no domínio social e econômico, formalizada, pela ordem jurídica, com a positivação de dever de prestar serviços públicos, nos diversos campos em que o interesse da coletividade demandava uma presença ativa da atividade administrativa, considerados como atividades materiais vinculadas à existência da própria sociedade, passíveis de fruição direta pelos administrados, fornecidos pela Administração, sob regime de direito público.

No entanto, observa o eminente professor que

dada a amplitude das finalidades de interesse público então impostas como de realização irrenunciável e a escassez dos recursos humanos, materiais e institucionais da Administração, esta, ao lado de sua atividade prestacional direta, observou que, sem a utilização de seu poder de império e de seu aparelho administrativo, poderia conduzir diretamente a atividade dos particulares a apóia-la nesse mister, através da criação de incentivos e estímulos que permitissem a canalização dos esforços privados para a consecução dos objetivos públicos visados pela intervenção estatal. Ganha, então, terreno o fomento público.

Após acolher a definição de Fernando Garrido Falla acerca do fomento, citando, ainda, as lições de Juan Alfonso Santamaría Pastor, Bartolomé A. Fiorini, e no direito brasileiro, de Sílvio Luis Ferreira da Rocha, Célia Cunha Mello e Diogo de Figueiredo Moreira Neto, observa que

⁸⁵ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p.513-39.

as relações jurídico-administrativas surgidas sob a égide da técnica promocional são estruturadas a partir da adesão dos administrados à constituição dos referidos vínculos, teleologicamente orientados à satisfação indireta de interesses públicos específicos. Esta dimensão dota o fomento de singularidade, em face da atividade ordenadora e prestacional. Assim, a distinção não está no elemento finalístico comum a toda função administrativa, mas no *modus operandi*, ou seja, na técnica jurídica operativa de estruturação ou criação do vínculo jurídico-administrativo entre particular fomentado e Administração fomentadora, em vista do interesse público colimado pela lei.

Registra que a disciplina veiculada pelas medidas fomentadoras consignam elementos normativos diferenciais que permitem ou viabilizam a conjugação da vontade dos particulares aos desideratos públicos, sendo o marco normativo uma condição necessária, porém não suficiente para a implementação do fomento, uma vez que, em face da ausência de compulsoriedade, depende da adesão do administrado.

No que toca à variedade tipológica dos instrumentos de fomento administrativo, descreve a classificação doutrinária: sob o prisma da forma de atuação sobre a vontade dos administrados: fomentos positivos e negativos; sob a ótica das formas de vantagens outorgadas: fomentos honoríficos, psicológicos, jurídicos e econômicos.

No entanto, acolhe as ponderações de Garrido Falla no sentido de que os meios jurídicos não podem ser considerados técnicas fomentadoras em face do *modus operandi*, e que os meios psicológicos não constituem típica manifestação de fomento, embora o objeto de divulgação possa integrar-se à atividade fomentadora.

2.3.7 O pensamento de Lucas Rocha Furtado

Lucas Rocha Furtado⁸⁶ observa que

o exame do processo de formação das democracias modernas deve considerar a existência de duas vertentes: uma relativa à formação do modelo econômico e outra relativa à incorporação dos direitos fundamentais nos textos constitucionais. O modelo econômico se fundamenta nos princípios da livre iniciativa e da

⁸⁶ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

livre concorrência; o modelo social e democrático, na realização de princípios relacionados à função social da propriedade, à defesa do consumidor, à defesa do meio ambiente, à redução das desigualdades regionais e sociais, dentre outros. Diante dessas duas vertentes, em função do modelo constitucional vigente no Brasil, podemos chegar a duas conclusões: 1. Os agentes privados não são capazes de alcançar, por seus próprios meios, os objetivos propugnados pelo modelo democrático e social; 2. Somente com a efetiva participação do Estado, atuando em parceria com os agentes privados, é possível conceber políticas que busquem realizar os objetivos e princípios do Estado democrático e social definidos pela Constituição Federal.

Anota que

com a constatação de que o Estado não é mera estrutura de dominação política, mas instrumento para a realização das necessidades da população, especialmente as relativas aos direitos fundamentais, a ele são atribuídos vários objetivos, muitos dos quais coincidentes com os dos agentes privados.

Ressalta, então, que as atividades de polícia e de serviço público não são adequadas e nem suficientes para o desempenho da atividade de promoção e orientação dos agentes privados para que estes desenvolvam suas atividades de maneira a que seus benefícios sejam maximizados e aproveitados por toda a sociedade, exigindo o desempenho da atividade fomentadora.

Invoca a definição da atividade administrativa de fomento contida no Dicionário de Termos relacionados ao Terceiro Setor⁸⁷ como

atuação do Estado incentivando entidades privadas a prestar serviços de relevância social em parceria com ele. A atividade de fomento pode se dar de várias formas, como a concessão de títulos honoríficos (utilidade pública), concessão de vantagens tributárias (imunidades e isenções) e transferência de recursos, seja mediante autorização em lei (geralmente a lei do orçamento) ou convênios e termos de cooperação em geral. Aos poucos o fomento público começa a ocupar maior espaço e importância junto ao Estado, mudando sua forma de atuação junto à sociedade. O Estado percebe muitas vezes a conveniência em incentivar entidades do Terceiro Setor para que exerçam suas atividades e produzam serviços que

⁸⁷ CAMPOS, Luiz Cláudio Marques. "Dicionário de termos relacionados ao Terceiro Setor". *Integração: Revista Eletrônica do Terceiro Setor*. Ano 5. nº.12. São Paulo, FGV, mar. 2002. Disponível em: <<http://integração.fgvsp.br/ano5/12/administrando.htm>>.

revertam em diversos benefícios à sociedade em geral, reconhecendo, ao mesmo tempo, sua incapacidade para suprir de forma satisfatória as demandas sociais e a inadequação na prestação isolada e monopolizada de serviços públicos. O Estado estimula o particular a se associar e atingir o bem comum, fornecendo meios para tanto. Como ponto positivo, a atividade de fomento permite a busca e realização do interesse público sem aumento do aparelho estatal, bem como o incentivo aos particulares na criação e desenvolvimento de uma cultura associativista, o que, sem dúvida, constitui fator importante no desenvolvimento de uma cidadania mais consciente e atuante.

O autor também distingue a atividade administrativa de fomento das atividades administrativas de polícia e prestacional. Diz ele:

A atividade de fomento não se confunde com a de prestação de serviços públicos. Esta se desenvolve quando a Administração Pública põe à disposição da população utilidades públicas. Se dividirmos as atividades em públicas e privadas, constatamos que a prestação de serviço público consiste em uma atividade pública por meio da qual a Administração Pública põe utilidades à disposição da coletividade, mas sem interferir no funcionamento das atividades privadas. Por meio da atividade de fomento, ao contrário, o Estado busca interferir nas atividades desenvolvidas pelos particulares por meio de estímulos ou de vantagens concedidas.

Quando comparada com a polícia administrativa, o fomento apresenta aspectos em comum, haja vista ambos serem atividades públicas que buscam interferir no desempenho das atividades desenvolvidas pelos agentes privados. Distinguem-se, todavia, na medida em que a atividade de polícia interfere na esfera privada por meio da imposição de limitações, vedações ou condicionamentos ao exercício de direito e de atividades; ao passo que, no desempenho da atividade de fomento, a Administração Pública se utiliza de técnicas de estímulo e de promoção das atividades privadas. A atividade de polícia, ademais, se vale da coação como instrumento básico para a realização dos seus propósitos, o que pressupõe a estrita observância do princípio da legalidade; enquanto os instrumentos de fomento não são impostos, mas simplesmente postos à disposição dos particulares, que podem querer ou não utilizar a ajuda ou os incentivos fornecidos pela Administração Pública.

2.3.8 O pensamento de Célia Cunha Mello

Célia Cunha⁸⁸, na obra “O Fomento da Administração Pública”, com excelente estudo da doutrina estrangeira e nacional sobre o tema, extrai o seguinte conceito do termo fomento: “*função administrativa, voltada à proteção e/ou promoção de seu objeto, atuando com ausência de compulsoriedade para satisfazer indiretamente necessidades públicas*”.

Entende a autora que para a satisfação indireta de necessidades públicas, a Administração Fomentadora poderá conceder vantagens ou incentivos tanto para os particulares como para outros entes públicos, a fim de proteger ou promover o objeto fomentado, alinhando-se, nesse sentido, com Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Garrido Falla.

Traça as seguintes notas distintivas entre a atuação estatal fomentadora e a de polícia:

- a) a atuação estatal de polícia “previne e reprime” – com a finalidade de manter e de restabelecer a ordem e a segurança pública, empregando meios coativos, sempre que necessário -, ao passo que o fomento “promove e protege” – sem fazer uso da coação, utilizando meios persuasivos e promocionais;
- b) o poder de polícia caracteriza-se pela restrição coercitiva da liberdade e da propriedade individuais; o fomento público, ao contrário, deixa os indivíduos livres para aderir ou não aos propósitos do Estado, independentemente de qualquer ação coercitiva. No exercício do poder de polícia, o Estado limita o exercício de direitos individuais em benefício do interesse público, ao contrário do que ocorre quando o Estado recorre a medidas de fomento, posto que atua, ao menos formalmente, sem que apareça o menor indício de supremacia estatal;
- c) As medidas de polícia, diante de expresse permissivo legal ou em casos de manifesta urgência, são dotadas de auto-executoriedade enquanto a atividade administrativa de fomento não dispõe de medidas auto-executórias, uma vez que a relação jurídica de fomento se perfaz com a adesão voluntária do interessado aos propósitos da Administração Pública;

⁸⁸ MELLO, Célia Cunha. *O fomento da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

d) Por fim, registra que a atividade de polícia se apresenta como “forma unilateral” de intervenção estatal e a de fomento como “forma bilateral”, pois exige a manifestação de vontade do agente fomentado.

No que diz respeito à diferença entre a atividade fomentadora e o serviço público, anota a autora que a Administração Pública presta um serviço público quando realiza diretamente e com seus próprios meios o fim perseguido, ao passo que, ao empregar medidas de fomento, se limita a estimular outrem a prestar, por sua própria vontade, uma atividade determinada, cumprindo indiretamente o fim que a administração persegue. O fenômeno distintivo reside na titularidade, posto que, em se tratando de serviço público, a lei confere ao ente público competência para prestá-lo, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão (CF, art. 175);

Por fim, cabe registrar o seu posicionamento no sentido de que regime jurídico a ser aplicado a cada uma das funções – polícia, serviço público e fomento, deve ser identificado a partir do “*modus operandi*”, e não da finalidade, que determina a forma de atividade estatal. Assim, se o Poder Público empregar técnicas operativas de fomento visando manter a ordem pública, ainda que a finalidade seja de polícia, aplicar-se-ão as regras que instruem a atividade de fomento.

2.3.9 O pensamento de Edimur Ferreira Faria

Edimur Ferreira Faria⁸⁹ trata do tema fomento público no capítulo dedicado ao exame das “restrições à propriedade e ao domínio econômico”.

De acordo com o referido autor, “*o fomento público materializa-se através de vários comportamentos estatais voltados para a promoção social no sentido lato do termo*”.

Destaca, para tanto, os seguintes meios adotados: a) planejamento para o desenvolvimento – nacional, regional e setorial, citando como exemplos a SUDENE, SUDAM, CODEVASF; b) incentivos fiscais; c) política de crédito.

⁸⁹ FARIA, Edimur Ferreira de. *Curso de Direito Administrativo Positivo*. 6ªed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

Embora anote que o fomento público não tem sido considerado como meio de intervenção estatal no domínio econômico, por não ter ele a natureza coativa, admite adotá-lo como tal, uma vez que, mediante assentimento do particular, suas medidas concorrem, inegavelmente, para o desenvolvimento socioeconômico.

2.3.10 O pensamento de Marçal Justen Filho

O professor Marçal Justen Filho aponta três tipos de função administrativa. São elas: função conformadora ou ordenadora, função prestacional e função regulatória. As duas primeiras traduzem-se, de modo especial, nos institutos do poder de polícia e do serviço público, respectivamente.

No que toca à função administrativa regulatória, observa que esta

é integrada pelos poderes para disciplinar a conduta individual e coletiva, visando especialmente a promover a modificação do comportamento das pessoas, por meio de incentivos ou desincentivos. O vocábulo “regulatória” vem sendo aplicado, de modo especial, para referir a atuação estatal mais recente, em que o atendimento diretamente pelo Estado das necessidades coletivas (função administrativa prestacional) é substituído pela atuação da iniciativa privada. A regulação consiste no conjunto de providências por meio das quais o Estado tenta influenciar a sociedade civil à assunção de encargos de interesse coletivo e à adoção de condutas reputadas conformes a certos valores.

Observa ainda que a regulação econômico-social, como opção do Estado pela intervenção indireta, puramente normativa, não se confunde com o dirigismo econômico estatal, que consiste na supressão da autonomia empresarial privada, assumindo o Estado competências amplas e ilimitadas no setor econômico. Com apoio nas lições de Norberto Bobbio, também faz alusão à distinção entre a função repressiva e a função promocional do direito e o surgimento das chamadas sanções positivas ou premiaias, cujo esquema normativo *“representou uma alteração significativa para o direito administrativo. Assim, por exemplo, admite-se que o sujeito seja autorizado a edificar além dos limites normais se praticar determinada conduta socialmente desejável”*.

2.3.11 O pensamento de Silvia Faber Torres

Por fim, cabe trazer à lume, o pensamento de Silvia Faber Torres, que se propôs a examinar o princípio da subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo.

De acordo a autora, o fomento público é das funções do Estado, aquela mais afeta ao princípio da subsidiariedade. Destaca que a

doutrina subsidiária não afasta a intervenção administrativa mas impõe sua realização, preferentemente, sob a modalidade de fomento, conferindo, portanto, total prioridade a essa função como alento ao desenvolvimento do indivíduo e da sociedade⁹⁰.

O Estado já não monopoliza o processo de realização das necessidades de interesse geral, mas o dirige e, sobretudo o incita, imprimindo, com essa missão, mobilidade à sociedade, à liberdade social e à iniciativa privada, sem absorvê-los, por um lado, e sem abdicar de suas competências, por outro⁹¹.

Por meio da ação persuasiva e instigadora estatal a Administração persegue finalidades públicas se emprego da coação e sem realização de prestações públicas, promovendo a atividade dos administrados que satisfazem necessidades públicas ou consideradas de interesse geral. Está em consonância com a administração consensual, por não exigir a compulsoriedade e subsidiária por não substituir os administrados nas responsabilidades que lhe são próprias⁹².

Relativamente aos meios de fomento, cita os meios financeiros, honoríficos e psicológicos, embora reconheça a diversidade de formas que se pode revestir tal atividade, tendo a flexibilidade como a sua característica precípua, cabendo ao legislador aquele mais idôneo para realizar-se a atividade em uma dada circunstância.

Com Diogo de Figueiredo Moreira Neto, reputa o fomento público como “*a atividade nobre do Estado de amanhã, hoje ainda incipiente confundida com o paternalismo, o assistencialismo e o clientelismo: os três cavalheiros do apocalipse fiscal*”.

⁹⁰ TORRES, Silvia Faber. *O princípio da subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo*. São Paulo e Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001. p.164.

⁹¹ Ibidem. p.165.

⁹² Ibidem. p.166.

Conclui-se, neste tópico, que a doutrina nacional, de um modo geral, não diverge da sistematização do professor Jordana de Pozas quanto à atividade administrativa de fomento, ainda que a tônica dada por cada cientista do Direito pátrio tenha sido distinta.

2.3.12 Síntese

A par do exame dos doutrinadores estrangeiros e pátrios que se debruçaram sobre o tema da atividade administrativa de fomento, podem ser assentados os seguintes pontos convergentes e divergentes.

No que diz respeito aos primeiros, pode-se assentar as seguintes características do instituto:

- a atividade administrativa de fomento é uma atividade teleológica, com vistas à satisfação das necessidades coletivas, sem o uso da coação e sem a prestação de serviços públicos, protegendo ou promovendo as atividades dos particulares;
- distingue-se da prestação de serviços públicos, haja vista que a satisfação das necessidades coletivas se dá de modo indireto e mediato, ou seja, os fins não são alcançados por meio de um agir próprio dos órgãos administrativos, mas por intermédio do agir dos particulares que assim são incentivados pelo Poder Público;
- Diferencia-se do poder de polícia pela ausência de coação, uma vez que os particulares desenvolvem dita atividades por decisão própria. A atuação estatal de polícia “previne e reprime” – com a finalidade de manter e de restabelecer a ordem e a segurança pública, empregando meios coativos, sempre que necessário -, ao passo que o fomento “promove e protege” – sem fazer uso da coação, utilizando meios persuasivos e promocionais;

Relativamente aos pontos divergentes, identificam-se ao menos dois aspectos que merecem destaque. São eles: os destinatários da atividade fomentadora e a sua classificação. Confira-se:

- Jordana de Pozas e Héctor Jorge Escola não admitem uma atividade administrativa de fomento voltada a outros órgãos ou entes administrativos, sob o fundamento de que, estando delimitada a atividade destes por normas de competência, cujo exercício e observância constituem não apenas uma atribuição, mas também um dever, não se poderia admitir, doutrinariamente, o fomento. Tratar-se-ia de uma co-participação interadministrativa para a obtenção de finalidades comuns. Por seu turno, em sentido oposto, na doutrina espanhola, Roberto Dromi e Garrido Falla, e na doutrina pátria, Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Célia Cunha Mello, admitem a possibilidade de tal atividade ter como destinatário outro órgão ou ente estatal, ou seja, admitem a ação fomentadora de um ente público voltada para outros órgãos ou entes públicos.
- Também se identifica divergência doutrinária no tocante às classes da atividade de fomento, a partir dos critérios eleitos por Jordana de Pozas, quais sejam: atuação sobre a vontade do particular: **fomentos positivos e negativos** e; vantagens outorgadas aos particulares: **fomentos honoríficos, econômicos e jurídicos**. Garrido Falla, por exemplo, tece críticas no tocante ao fomento jurídico, no que é acompanhado por José Roberto Pimenta Oliveira. Ambos compartilham ainda o entendimento de que o fomento psicológico proposto por Pellisé não constituem típica manifestação desta espécie de atividade administrativa.

Após essa primeira aproximação com o instituto objeto do presente estudo, procurar-se-á no capítulo subsequente, com base no exame das normas constitucionais, identificar o perfil dessa atividade na Carta Magna e o regime jurídico a ela aplicado, oportunidade na qual estaremos aptos para propor o nosso conceito sobre o fomento público. Para tanto, necessário se fará apartar o espaço reservado ao serviço público, de titularidade do Estado e aquele reservado à atividade econômica, em regra, assegurada aos particulares, à luz da Lei Maior.

CAPÍTULO III - O PERFIL CONSTITUCIONAL DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DE FOMENTO NO DOMÍNIO SOCIAL À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

3.1 DO ESTADO BRASILEIRO NA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL

Antes de se examinar o perfil constitucional da atividade de fomento no domínio social à luz da Constituição da República, cabe repisar agora com maior atenção o modelo do Estado Brasileiro instituído a partir de 1988, com a inauguração da nova ordem constitucional.

Logo no preâmbulo da Carta Magna, o intérprete encontra as seguintes diretrizes:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

O primeiro dispositivo da Constituição, por seu turno, dispõe que “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em **Estado Democrático de Direito** [...]”.

Retomando as lições do professor José Afonso:

O Estado Democrático de Direito reúne os princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito, não como simples reunião formal dos respectivos elementos, porque, em verdade, revela um conceito novo que os supera, na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do status quo.⁹³

⁹³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 14ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

Com efeito, conforme nos ensina Lúcia Valle Figueiredo⁹⁴, “o Estado de Direito não precisa, ou não lhe é essencial a organização democrática”.

Na mesma esteira, preciso o registro do professor Maurício Zockun⁹⁵:

Essa locução – Estado Democrático de Direito – pode (e deve) ser desmembrada pelo intérprete em outras duas: Estado Democrático e Estado de Direito. E isso porque o objeto jurídico adjudicado nessas duas expressões – construído a partir do conjunto de disposições normativas veiculadas no Texto Constitucional – delimita distintos plexos de prerrogativas para satisfação do interesse público.

Há que se identificar, então, o plexo de normas que configura o Estado de Direito, assim como aquele que caracteriza o Estado Democrático.

3.2 DO ESTADO DE DIREITO

No que toca ao Estado de Direito, Carlos Ari Sundfeld⁹⁶ o define

como o criado e regulado por uma Constituição (isto é, por norma jurídica superior às demais), onde o exercício do poder político seja dividido entre órgãos independentes e harmônicos, que controlam uns aos outros, de modo que a lei produzida por um deles tenha de ser necessariamente observada pelos demais e que os cidadãos, sendo titulares de direitos, possam opô-los ao próprio Estado.

Não se pode confundi-lo com um mero Estado de Legalidade. Conforme as lições do saudoso mestre Geraldo Ataliba⁹⁷ só é possível reconhecer Estado de Direito onde: a) o estado se submeta à jurisdição; b) a jurisdição deva aplicar a lei preexistente; c) a jurisdição seja exercida por uma magistratura imparcial (obviamente independente) cercada de todas as garantias; d) o estado a ela se

⁹⁴ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. “O devido processo legal e a responsabilidade do Estado por dano decorrente do planejamento”. *Revista Diálogo Jurídico*. nº.13. Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, abril-maio 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 12/08/2008.

⁹⁵ ZOCKUN, Maurício. *Regime Jurídico da Obrigação Tributária Acessória*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p.46.

⁹⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p.38-9.

⁹⁷ ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985. p.94.

submeta como qualquer *pars*, chamada a juízo em igualdade de condições com a outra *pars*.

Exige-se, assim, a submissão do Estado e do administrado à ordem jurídica, inerente ao princípio do *rule of law*, e a tripartição do poder, com a independência do Judiciário para dirimir, de modo imparcial, os conflitos travados entre este e o ente estatal⁹⁸.

Retoma-se, no ponto, o ensinamento de Lucia Valle Figueiredo:

Qualquer Estado poderá ser Estado de Direito? Ou à noção de Estado de Direito, deverá corresponder pressupostos mínimos? Se não entendermos que ao Estado de Direito seja necessária a “rule of law”, tal seja a existência de lei à qual o poder estatal se submeta, sequer poderíamos cogitar estarmos em face de Estado submisso a ordenamento jurídico.

Todavia, a sujeição à lei é insuficiente para caracterizar o Estado de Direito; há necessidade da existência de determinadas outras características absolutamente essenciais, tais sejam, a separação de poderes para a existência dos “freios e contrapesos”, do “juiz natural”, ou, em outras palavras, de juiz não de exceção ou “post facto”, e, além disso e certamente, de juiz imparcial, dotado de prerrogativas para o exercício da magistratura independente.

Enfim, não poderá a lei ser aparentemente respeitada e os conflitos entre administração e administrados não serem dirimidos imparcialmente, sem que a administração em juízo seja uma parte igual às outras.

Sem tais requisitos fundamentais não estaremos em face de **ESTADO DE DIREITO**, porém ainda estaremos, na verdade em arremedo, em aparência de legalidade. Se não fora assim, quaisquer regimes de exceção, como, por exemplo, o regime nazista estaria amplamente justificado.

⁹⁸ Conforme observa o professor José Afonso da Silva: “Na origem, como é sabido, o Estado de Direito era um conceito tipicamente liberal; daí falar-se em Estado Liberal de Direito, cujas características básicas foram: a) submissão ao império da lei, que era a nota primária de seu conceito, sendo a lei considerada como ato emanado formalmente do Poder Legislativo, composto de representantes do povo, mas do povo-cidadão; b) divisão de poderes, que separe de forma independente e harmônica os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, como técnica que assegure a produção das leis ao primeiro e a independência e imparcialidade do último em face dos demais e das pressões dos poderosos particulares; c) enunciado e garantia dos direitos individuais. Essas exigências continuam a ser postulados básicos do Estado de Direito, que configura uma grande conquista da civilização liberal.” SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 21ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p.117.

A análise das normas constitucionais em vigor permite identificar, entre nós, a consagração de um Estado de Direito⁹⁹. Senão vejamos: O artigo 2º da Lei Maior estabelece a separação dos Poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e harmônicos entre si. O artigo 5º assegura no rol de garantias individuais, dentre outros, a observância aos princípios da legalidade e da inafastabilidade da apreciação do Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito. Por fim, o artigo 60 prestigia a supremacia da norma constitucional ao prever procedimentos mais rigorosos para a alteração do texto constitucional, além de proibir no § 4º proposta de emenda tendente a abolir a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais.

3.3 DO ESTADO DEMOCRÁTICO

Relativamente ao Estado Democrático, tem-se como nota essencial desse modelo, a participação do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo.

A forma como o povo participa do poder pode ser classificada como democracia direta, indireta e semidireta¹⁰⁰:

Democracia direta é aquela que o povo exerce, por si, os poderes governamentais, fazem leis, administrando e julgando; constitui reminiscência histórica. Democracia indireta, chamada democracia representativa, é aquela no qual o povo, fonte primária do poder não podendo dirigir os negócios do Estado diretamente, em face da extensão territorial, da densidade demográfica e da complexidade dos problemas sociais, outorga as funções de governo aos seus representantes, que elege periodicamente. Democracia semidireta é, na verdade, democracia representativa com alguns institutos de participação direta do povo nas funções de governo, institutos que integram a democracia participativa.

⁹⁹ Não se pretende aqui esgotar o exame de todos os dispositivos constitucionais que revelam a consagração do Estado Brasileiro como Estado de Direito, senão o de indicar as vigas mestras desse modelo estatal.

¹⁰⁰ SILVA, José Afonso da. Op. cit., 2002. p.140.

O parágrafo único do artigo 1º da Constituição da República estabelece que “*Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição*”. Ao examinar o referido dispositivo constitucional, o eminente professor Marcos de Lima Porta¹⁰¹ tece as seguintes considerações:

O povo brasileiro, pela Constituição Federal é o detentor do poder do Estado brasileiro; todavia, o governo deste Estado brasileiro será exercido em nome do povo pelos representantes por ele eleitos, dentre os cidadãos que o compõe. O governo, pois, é de todos e para todos, mas exercido em nome do povo pelos seus representantes (art. 1º, par. ún.).

E, mais adiante, conclui o autor¹⁰²:

O art. 1º, da CF, mais uma vez invocado, enuncia que o Brasil é uma República Federativa que se constitui em Estado Democrático de Direito. A democracia – que nada mais é do que uma condição de realização governamental; no caso do Brasil, o poder soberano brota do povo; este detém o poder soberano – obriga na condução dos rumos do País que se observe a vontade soberana do povo; esta circunstância, pois, quando efetivamente cumprida, legitima e torna eficaz o regime republicano pátrio. Todavia, para que isto possa ocorrer, isto é, o regime republicano pátrio seja eficaz (agir de acordo com a vontade soberana do povo), devem ser preservadas as qualidades ou condições ou ainda, condicionantes do próprio regime republicano; estes se efetivam através dos instrumentos legítimos do mandato e a representação, periodicidade, eletividade e responsabilidade.

Identifica-se a existência da democracia indireta ou representativa nas normas constitucionais previstas nos artigos 14 a 17, cabendo destacar o sufrágio universal e o mandato político representativo.

Aponta-se ainda como formas semidiretas de participação popular a iniciativa popular; o referendo e a ação popular, a teor do previsto nos artigos 14, incisos II e III, 49, inciso XV, 61 § 2º e 5º LXXIII.

¹⁰¹ PORTA, Marcos de Lima. “A Noção Jurídica da República”. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. vol.32. São Paulo, 2000. p.146.

¹⁰² *Ibidem*. p.147.

Não se pode deixar de mencionar também a participação popular em órgãos colegiados incumbidos de formulação de políticas públicas no âmbito da Seguridade Social, assim como os dispositivos constitucionais que facultam e/ou impõem a participação da sociedade civil na consecução dos objetivos do Estado Brasileiro.

Nesse contexto da participação popular, convém, por fim, ressaltar que essa diretriz tem sido acolhida pela legislação infraconstitucional, a exemplo da consagração do princípio da transparência na Lei de Responsabilidade Fiscal. Sobre o tema, o professor Marcelo Figueiredo¹⁰³, após relembrar as memoráveis lições do saudoso mestre Geraldo Ataliba acerca da responsabilidade como uma das notas essenciais do regime republicano, assim assevera:

Ao lado do **planejamento responsável**, a lei alude a **transparência**, também conceito novo, que vêm dar maior elasticidade ao princípio da publicidade, garantia constitucional. Do modo em que inserida na lei, a **transparência** surge não somente como imperativo, como também com o objetivo de informar a decisão do Administrador. [...]

O princípio da transparência concretiza o princípio da cidadania (artigo 1º, inciso I da CF) e oferece meios para que os cidadãos brasileiros possam, não somente compreender a gestão dos recursos públicos, como efetivamente **participar** desse processo administrativo. Não se conceberia que a transparência pudesse apenas ser uma obrigação formal da administração, um requisito a ser cumprido para dar eficácia à boa gestão fiscal. É mais do que isso.

Acreditamos que seja ademais de um requisito legal, uma necessidade para dar legitimidade às decisões do administrador, fundamentando suas opções técnicas e políticas em matéria de planejamento fiscal.

De nada valeria todo o esforço de incentivo à participação se não pudesse a população e as entidades interessadas efetivamente opinar e, sobretudo, influenciar a decisão administrativa. A "apreciação" exige conhecimento, explicação minuciosa das peças orçamentárias, preparação de quem vai examinar e esclarecimento de quem exhibe a conta, enfim, transparência e participação para efetivar a cidadania.

Nesse sentido, o mandatário divide a responsabilidade com a sociedade. Decide segundo as possibilidades, com o respaldo de pressões legítimas. É, no fundo, a idéia do orçamento participativo que já é realidade em vários Municípios do país. A medida é um reforço importante nos denominados mecanismos de democracia direta, pois permite à população uma

¹⁰³ FIGUEIREDO, Marcelo. "A Lei de Responsabilidade Fiscal - notas essenciais e alguns aspectos da improbidade administrativa". *Revista Diálogo Jurídico*. nº.9. Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, dez. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 14/07/2008.

participação efetiva nos destinos de sua vida, de sua cidade, de seu país.

Conclui-se, pois, que a Lei Maior acolhe o modelo de Estado Democrático, o qual já tem rendido bons frutos no âmbito da legislação infraconstitucional, a exemplo da citada Lei de Responsabilidade Fiscal.

3.4 DO ESTADO SOCIAL

Por fim, o Estado Brasileiro, além de Democrático e de Direito, deve ser um Estado Social – ao menos almeja ser, em face do teor das normas constitucionais que impõem ao Estado o dever de assegurar o bem estar e a Justiça Social, por meio da intervenção no domínio econômico e social.

Como bem pontua a professora Weida Zancaner¹⁰⁴:

O Brasil é um Estado Social e Democrático de Direito, muito embora esteja consignado no artigo 1º da Lei Maior tão só que a "República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel, dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito".

O Brasil, por determinação constitucional, deve se constituir em Estado Social e Democrático de Direito, em razão do que dispõem entre outras, as normas contidas nos artigos 1º, III, 3º, I e III e IV, 5º LV, LXIX, LXXIII, LXXIV, LXXVI, 6º, 7º, I, II, III, IV, VI, X, XI, XII; 23, 170, II, III, VII e VIII.

O Estado Social é aquele que além dos direitos individuais assegura os direitos sociais, sendo obrigado a ações positivas para realizar o desenvolvimento e a justiça social, como bem observa Carlos Ari Sundfeld.

Deveras, conforme já se deixou antes registrado, com a promulgação da Constituição da República de 1988, entende-se que restou acolhido o modelo do Estado Social e Democrático de Direito¹⁰⁵, que almeja implementar o campo de

¹⁰⁴ ZANCANER, Weida. "Razoabilidade e moralidade: princípios concretizadores do perfil constitucional do Estado Social e Democrático de Direito". *Revista Diálogo Jurídico*. nº.9. Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, dez. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 11/08/2008.

¹⁰⁵ Conforme bem sintetiza Luis Eduardo Patrone Regules, são elementos característicos e decorrentes do Estado Social e Democrático de Direito, comuns ao nosso sistema constitucional: a) a supremacia da Constituição e a superioridade das leis; b) a independência dos órgãos do Estado a fim de assegurar o controle do poder (Estado de Direito); c) o exercício do poder assegurado aos seus destinatários (Estado Democrático); d) a promoção do intervencionismo em prol da

atuação do Estado e da sociedade civil, sem se descuidar do dever daquele e desta de assegurar a Justiça Social no país.

Com isso, não se está aqui, é bom repisar, pregando a adoção do neoliberalismo, na concepção de Estado mínimo, ou seja, a atuação mínima do ente estatal nos domínios econômico e social, mediante a desestatização, a privatização e a desregulamentação para reduzir sensivelmente a participação do Estado na atividade econômica e, sobretudo, na prestação de serviços públicos.

Entre nós, em virtude do referido modelo adotado, qualquer pretensão de se acolher tal postura de absentismo estatal, conforme nos ensina o grande mestre Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁰⁶, se afigura manifestamente contrária à nossa Carta Maior.

Defende-se no presente trabalho, como já dito linhas atrás, o Estado Social e Democrático de Direito. Entende-se possível a adoção de modelo estatal que privilegie a sociedade civil, atuando como parceiro desta e, ao mesmo tempo, assegure, por meio da intervenção nos domínios econômico e social, a realização da Justiça Social.

De acordo com o acima exposto, concluímos que a adoção de um Estado calcado no princípio da subsidiariedade, no nosso sentir, não exige e nem significa a implantação de um Estado mínimo ou neoliberal. É dizer, o conteúdo e o alcance de tal princípio devem ser delimitados à luz da nossa Constituição da República e do modelo de Estado Social e Democrático de Direito adotado, observando-se, para tanto, os limites inerentes à intervenção estatal na ordem econômica e social.

Nessa direção, para que se possa traçar o perfil constitucional da atividade administrativa promocional no domínio social, há que assentar, inicialmente, à luz da Lei Maior, algumas premissas no que diz respeito ao espaço reservado ao serviço público a cargo da Administração Pública e sob regime de Direito Público e à atividade econômica, assegurado, em regra, aos particulares, sob regime de Direito Privado ou predominante de Direito Privado.

concretização de condições sociais dignas para todos os cidadãos (Estado Social); d1) o dever do Estado em promover os objetivos sociais delineados no direito posto; d2) a outorga do direito de exigir a consecução destes objetivos fundamentais pelos indivíduos; e) a garantia dos direitos individuais (Estado de Direito) e dos direitos sociais e coletivos (Estado Social). REGULES, Luis Eduardo Patrone. *Terceiro Setor - Regime Jurídico das OSCIPs*. São Paulo: Método, 2006. p.30.

¹⁰⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 25ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p.800-4.

Isso porque, somente após a demarcação da área reservada aos particulares para o desenvolvimento da atividade econômica, é que se poderá identificar o campo de incidência da atividade administrativa promocional no domínio social, desde que atendam indiretamente o interesse público.

Veja-se que tal análise se mostra essencial para a melhor compreensão do tema objeto de estudo, haja a vista a necessidade de identificar também a natureza jurídica dessas atividades desenvolvidas pelas entidades paraestatais, mediante o fomento do Estado, para a consecução dos interesses considerados relevantes para a sociedade. É dizer: prestam serviços públicos ou desenvolvem atividades econômicas em sentido estrito ou lato sensu¹⁰⁷?

Com efeito, na medida em que as tarefas desenvolvidas por tais entidades centram-se naquelas *não-exclusivas* do Estado, ou seja, que podem ser prestadas tanto pelo Poder Público por meio de serviços públicos, sob o regime jurídico de Direito Público, como pelos particulares, por meio de atividade econômica, com ou sem fins lucrativos, respectivamente, mediante o regime de Direito Privado ou de um regime híbrido, com a predominância do Direito Privado, quando estas últimas sejam destinatárias da atividade de fomento estatal, a indagação se afigura, de igual modo, pertinente.

É o que se passa a enfrentar.

3.5 ATIVIDADE ECONÔMICA X SERVIÇO PÚBLICO

A elaboração de grupo de objetos em uma determinada classe é ato que necessita a escolha de critérios por aquele que irá realizar uma classificação. Nessa direção, o professor Roque Antonio Carrazza anota que “*classificar é o procedimento lógico de dividir um conjunto de seres (de objetos, de coisas) em categorias, segundo critérios preestabelecidos*”¹⁰⁸.

¹⁰⁷ A propósito, oportuno registrar o posicionamento do eminente professor Eros Grau, para quem a atividade econômica em sentido amplo é gênero, das quais são espécies: o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 12ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p.103-4.

¹⁰⁸ CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. São Paulo: Malheiros Editores, 1999. p.346.

Tal procedimento é adotado pelo homem com o intuito de reduzir as dificuldades de compreensão acerca dos objetos que estão sob o seu exame, agrupando-os a partir de critérios previamente fixados¹⁰⁹.

Assim, não existem classificações certas ou erradas, mas sim classificações mais úteis e menos úteis aos fins a que se destinam. Especificamente no que diz respeito à classificação jurídica, esta deve ser feita com apoio em dados jurídicos. Eis a lição do eminente professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo acima citado:

Uma classificação jurídica, no entanto, deverá necessariamente levar em conta o dado jurídico por excelência: a norma jurídica. Reforçando a inserção, a norma jurídica é o ponto de partida indispensável de qualquer classificação que pretenda ser jurídica.¹¹⁰

Por outro lado, conforme nos ensina o professor José Artur Lima Gonçalves¹¹¹, o intérprete, com o intuito de facilitar a compreensão do objeto, elabora um sistema, entendido como um conjunto harmônico de elementos organizados a partir de um critério unificador.

Os sistemas possuem um repertório, composto pelos elementos que o integram (no caso do ordenamento jurídico – as normas jurídicas válidas) e uma estrutura, representada pela forma de organização e relacionamento de seus elementos (no sistema jurídico organizada pelo critério de escalonamento hierárquico das normas).

Desse modo, a classificação jurídica deve levar em consideração não somente os dados jurídicos – *in casu* as normas constitucionais, mas o exame do sistema ou dos subsistemas nos quais estes dados encontram-se inseridos.

¹⁰⁹ Conforme as lições de Roque Antonio Carrazza: “As classificações só são possíveis porque o agente classificador leva em conta o que as coisas a serem classificadas têm de semelhante, desconsiderando o que têm de dissímil. Deveras, como não há, no Universo, duas realidades rigorosamente iguais, as classificações só são possíveis porque o homem, fazendo, com sua inteligência, abstrações, equipara coisas que, em rigor, não são idênticas. Isto nos leva a concluir que as classificações não estão no mundo fenomênico (no mundo real), mas na mente do homem (agente classificador). Naturalmente, as coisas não se apresentam classificadas no mundo em que vivemos; elas são classificadas pelo homem, de acordo com critérios por ele eleitos. Neste ponto, pelo menos, tinha razão Kant, quando afirmava que o homem é o centro do Universo.” Ibidem. p.346.

¹¹⁰ Ibidem. p.347.

¹¹¹ GONÇALVES, José Artur Lima. “A Imunidade Tributária do Livro”. In: MACHADO, Hugo de Brito (coord.). *Imunidade Tributária do Livro Eletrônico*. 2ªed. São Paulo: Atlas, 2003. p.139-63.

Com isto, quer-se apenas deixar registrado que, embora a ordem econômica e social sejam subsistemas constitucionais inseridos nos Títulos VII e VIII da Constituição da República, a interpretação desses dados jurídicos para o fim de identificar o plexo de normas que possam revelar distintas classes – atividade econômica e serviço público (ou ainda uma terceira classe), não pode se apartar das demais normas e princípios albergados no Sistema Constitucional. É dizer, há que se ter em mente a necessidade de uma interpretação sistemática e harmônica do Texto Constitucional.

Nas sábias palavras deixadas por Geraldo Ataliba¹¹²:

A compreensão de toda e qualquer instituição de direito público, positivamente adotada por um povo, depende da prévia percepção dos princípios fundamentais postos na sua base por esse mesmo povo, na sua manifestação política plena: a Constituição. Sendo o Direito um sistema, torna-se mais fácil apreender o conteúdo, sentido e alcance de seus institutos e normas, em função das exigências postuladas por esses princípios. Olvidar o cunho sistemático do Direito é admitir que suas formas de expressão mais salientes, as normas, formam um amontoado caótico, sem nexos, nem harmonia, em que cada preceito ou instituto pode ser arbitrária e aleatoriamente entendido e aplicado, grosseiramente indiferente aos valores jurídicos. O resultado da prevalência dessa concepção será a desordem, a insegurança, a imprevisibilidade, a liberação do arbítrio, o estímulo à prepotência. Será a negação do direito, no que ele tem de mais essencial, que é sua “significação normativa”, tal como exposta por Tércio Sampaio Ferraz Jr., no seu Conceito de Sistema no Direito (Ed. RT, p. 173).

Pois bem, examinando-se a Constituição da República, em especial nos títulos que tratam da ordem econômica e social, identifica-se, de fato, duas classes distintas de normas e princípios – a primeira aplicável ao serviço público, por meio de regime de Direito Público ou predominante de Direito Público, e a segunda destinada a reger a atividade econômica desenvolvida pelos particulares, mediante regime de Direito Privado e, excepcionalmente, pelo Estado, em regime de concorrência com estes, por meio de regime predominantemente de Direito Privado – que serão objeto de análise nos tópicos seguintes.

¹¹² ATALIBA, Geraldo. Op. cit., 1985. p.XI.

Deveras, acolhe-se aqui, integralmente, as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello¹¹³ no sentido de que:

a Constituição estabeleceu uma grande divisão: de um lado, atividades que são da alçada dos particulares – as econômicas; e, de outro, as atividades que são da alçada do Estado, logo, implicitamente qualificadas como juridicamente não-econômicas – os serviços públicos. De par com elas, contemplou, ainda, atividades que pode ser da alçada de uns ou de outro.

A distinção e a delimitação entre o campo reservado aos serviços públicos de titularidade do Estado e aqueles destinados aos serviços privados ou atividades econômicas a cargo dos particulares e, excepcionalmente, do ente estatal, a partir de critérios extraídos da Constituição da República, são de suma importância, na medida em que cada qual, como já dito, está submetido a distinto regime jurídico.

A propósito, este também é o entendimento do eminente professor Clovis Beznos¹¹⁴. Confira-se:

A Constituição Federal, ao tratar da “Ordem Econômica e Financeira”, nitidamente aparta duas atividades, radicalmente diferenciadas, seja quanto ao regime que se lhes é atribuído, seja quanto à titularidade das mesmas.

Assim é que o parágrafo único do artigo 170, da Carta Magna estabelece textualmente que a atividade econômica é de livre exercício a todos, sem a dependência, salvo nos casos previstos em lei, de autorização de órgãos públicos, verbis:

“É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

A Constituição Federal, com efeito, reservou o exercício da atividade econômica aos particulares, e quanto a isso não podem incidir dúvidas, porque o artigo 173, da mesma Carta, estabelece:

“Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será

¹¹³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., 2008. p.756.

¹¹⁴ BEZNOS, Clovis. “Transporte coletivo de passageiros e tráfego: o caso dos perueiros”. *Revista Diálogo Jurídico*. nº.6. Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, set. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 18/12/2008.

permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.”

Entretanto, na mesma medida em que esse tipo de atividade – a atividade econômica – foi reservada aos particulares, por seu turno, o outro tipo de atividade – a atividade dos serviços públicos – inexoravelmente foi conforme a Lei Magna, atribuída ao Poder Público, que detém a titularidade da mesma.

De fato, estabelece o artigo 175, da Constituição Federal, verbis:

“Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime da concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Mas o que se compreende por serviço público e por atividade econômica e quais, então, são os espaços reservados a cada um deles pelo Texto Constitucional? Começa-se pelo serviço público.

3.6 SERVIÇO PÚBLICO

3.6.1 Noção histórica

A Escola do Serviço Público tem seu berço na França, com Léon Duguit, seguido por Jéze, Bonnard, Rolland, entre outros¹¹⁵. À época do seu surgimento, propôs-se a mudança do eixo metodológico do Direito Público em geral, em especial do Direito Administrativo, centrado na idéia de “poder” estatal (*puissance publique*), defendido pela escola de Tolouse¹¹⁶, pela idéia de “serviços aos administrados”.

¹¹⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 21ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p.642-3.

¹¹⁶ Consoante anota Monica Spezia Justen, o pensamento de Hauriou, embora caracterizado “por uma tendência a variações cíclicas e alternadas, ora tendendo a privilegiar a noção de serviço público, ora preferindo apoiar-se na noção de *puissance publique*. [...] Ainda assim, Hauriou passou para a história do direito administrativo francês como o representante da escola de Toulouse, identificada, em última análise, como a escola da *puissance publique*”. JUSTEN, Mônica Spezia. *A noção de serviço público no Direito Europeu*. São Paulo: Dialética, 2003. p.40, 43.

Para a referida “Escola de Bordeaux”, o Direito Administrativo consistia em um conjunto de princípios e normas referentes ao serviço público. Afasta-se a idéia de soberania e de Poder Público como origem do Direito e passa a considerar o serviço público como o limite e o fundamento do poder governamental¹¹⁷.

De acordo com Duguit¹¹⁸, o Estado “*é uma cooperação de serviços públicos organizados e controlados pelos governantes*”. Daí entender o serviço público como

toda atividade cuja realização deve ser assegurada, regulada e controlada pelos governantes, porque a consecução dessa atividade é indispensável à concretização e ao desenvolvimento da interdependência social, e é de tal natureza que só pode ser realizada completamente pela intervenção da força governante.

Vê-se, pois, um forte matiz sociológico na definição de Duguit, haja vista que para o ilustre publicista o serviço público não se cria, se constata, a partir da realidade social – “[...] *indispensável à concretização e ao desenvolvimento da interdependência social* [...]”.

Como bem observa Mônica Spezia Justen¹¹⁹:

Duguit aderiu ao método do positivismo sociológico, segundo o qual o direito aplicável seria aquele socialmente aceito e integrado ao comportamento social. Essa racionalidade social (e histórica) seria, quando decifrada pela sociedade e em especial pelos juristas, a fonte de um direito objetivo capaz de orientar a atividade legislativa no sentido da realização da solidariedade social. [...] Ao seu ver, a história revelava uma busca progressiva da solidariedade social. Ou seja, as regras criadas pelo direito objetivo seriam a resposta à demanda de ordem social, e realização da solidariedade social, já que tenderiam a satisfazer os interesses de um dada sociedade.

¹¹⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., 2006. p.642-3.

¹¹⁸ DUGUIT, Leon. “Traité de Droit Constitutionnel”. Segundo tomo, p.59. Apud: PEREIRA, Marcelo. “A escola do serviço público”. *Revista Diálogo Jurídico*. nº.11. Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, fev. 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 10/10/2007.

¹¹⁹ JUSTEN. Mônica Spezia. Op. cit., 2003. p.30-1.

Jéze¹²⁰, embora tenha se filiado à corrente de Duguit, o fez sob um enfoque do positivismo jurídico e de modo mais restrito. Conforme bem observa Marcelo Pereira¹²¹ em artigo que examinou a Escola do Serviço Público:

Entendia o jurista que a Administração Pública tem por missão satisfazer necessidades de interesse geral. Partindo dessa colocação, sustentava Jéze que a idéia de serviço público se acha intimamente vinculada com o procedimento de Direito Público. “Dizer que, em determinada hipótese, existe serviço público, equivale a afirmar que os agentes públicos, para darem satisfação regular e contínua a certa categoria de necessidades de interesse geral, podem aplicar os procedimentos de direito público, quer dizer, um regime jurídico especial”. Portando, segundo ele, toda vez que se está na presença de um serviço público, se verifica a existência de um regime jurídico de Direito Público.

Conseqüentemente, esse regime jurídico implica na idéia de que o interesse público prevalece sobre o interesse particular, já que “o procedimento de direito público tem seu fundamento na idéia de desigualdade dos interesses em conflito: o interesse público deve prevalecer sobre o interesse privado”. Preconizava o autor que o serviço público é um procedimento técnico com o qual se satisfazem as necessidades de interesse geral. E mais adiante em sua tese, afirmando que em todo ordenamento jurídico existe o Direito Administrativo, dizendo que “todo país civilizado tem serviços públicos, e para o regular funcionamento destes serviços existem necessariamente regras jurídicas especiais. Pode-se, pois, afirmar que em todo país onde se tenha alcançado a noção de serviço público...quer dizer, em todo país civilizado, existe direito administrativo.

Apesar das críticas que foram tecidas à Escola do Serviço Público, por abranger distintas atividades estatais e institutos do Direito Administrativo todos sob uma mesma rubrica, inegável a sua contribuição no estágio inicial, à época em que só o Estado prestava serviço público, tanto porque desloca o eixo metodológico, ressaltando, com isso, a idéia de “dever” e de “função” em substituição à idéia de “poder”, como por servir de critério para a repartição de competência, ante a dualidade de jurisdição¹²² naquele País e a necessidade de apartar as matérias submetidas ao contencioso administrativo daquelas sujeitas à jurisdição comum.

¹²⁰ JÈZE, Gaston. “Principios Generales del Derecho Administrativo”. Tomo II, p.4. Apud: PEREIRA, Marcelo. Op. cit., fev. 2002.

¹²¹ PEREIRA, Marcelo. Op. cit., fev. 2002.

¹²² Conforme ressalta Bernard Stirn, Conselheiro de Estado e Professor do Instituto de Estudos Políticos de Paris, em artigo intitulado A Jurisdição Administrativa: “*Caracterizado pela dualidade de jurisdição e pela dupla missão, consultiva e contenciosa, do juiz administrativo, o sistema francês é o*

No ponto, convém registrar, por pertinente, que até então, se adotava, para fins de repartição de competência, o critério da distinção entre **atos de império** (praticados no gozo de privilégios e prerrogativas de autoridade) e **atos de gestão** (praticados sem o uso dos poderes comandantes), com a exclusão da responsabilidade do Estado pela prática dos primeiros, o que gerava grande dificuldade ante a sua insuficiência e imprecisão¹²³.

Entretanto, com o processo de evolução social, política, econômica e jurídica da sociedade e do Estado, refletindo alterações no campo do serviço público, passou-se a admitir a possibilidade da Administração Pública de explorar serviços de caráter industrial e comercial, em condições idênticas às de um particular, mediante regime de direito privado.

Além disso, o Estado admitiu que certas atividades de empresas particulares tinham o caráter de serviço público em face da sua natureza e abrangência e, também, a partir dos anos trinta, a gestão de serviços públicos por particulares, por intermédio da concessão de serviços públicos¹²⁴.

*de vários outros países da União Européia que possuem um Conselho de Estado próximo ao nosso: a Bélgica, a Itália, a Grécia e os Países Baixos. Em todos os continentes, vários outros países inspiraram-se nele, especialmente a Turquia, a Tunísia, o Líbano, o Senegal, a Colômbia e a Tailândia. Na Alemanha, assim como na Áustria e no Luxemburgo, a dualidade de jurisdição existe sem que a jurisdição administrativa tenha, ao mesmo tempo, atribuições consultivas. Com uma câmara administrativa dentro de seu Supremo Tribunal, a Espanha aproxima-se dessa organização, pelo menos no nível superior. O modelo anglo-saxão, por sua vez, simbolizado pelo Reino Unido e os Estados Unidos, marcado pela unidade de jurisdição, é o de muitos outros países como a China, o Japão, a Índia e Israel. Nenhum sistema possui em si mesmo uma preferência natural em relação aos outros. Cada país escolhe o seu, de acordo com suas tradições jurídicas e administrativas. Três observações gerais podem ser feitas a respeito de sua coexistência. Desde já, primeiramente, se for acompanhada de precauções de organização, a dupla missão, consultiva e contenciosa, é perfeitamente compatível com as exigências de imparcialidade. Muitas vezes, em segundo lugar, a escolha de uma jurisdição administrativa demonstra, num determinado momento da história de um país, a vontade de melhor controlar o aparelho do Estado e, com isso, fortalecer a democracia. São significativas disso a recente criação do Conselho de Estado do Senegal, as reformas em curso no Marrocos e na Argélia, assim como as interrogações por que passam vários países do Leste Europeu, incluindo a Rússia. Enfim, as diferenças de organização não impedem nem as convergências quanto ao fundamento do direito, nem, é evidente, os intercâmbios: uma das jurisdições européias com a qual o Conselho de Estado francês mantém as relações de trabalho mais estreitas é a Câmara dos Lordes, que é, através das Law Lords, a jurisdição suprema britânica.” STIRN, Bernard. *A jurisdição administrativa*. Disponível em: <<http://www.ambafrance.org.br/abr/imagesdelafrance/jurisdicao.htm>>. Acesso em: 07/05/2008.*

¹²³ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*. Coleção Temas de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p.27.

¹²⁴ JUSTEN, Mônica Spezia. Op. cit., 2003. p.48, 51.

Por outro lado, houve o reconhecimento dos “serviços públicos administrativos” propriamente ditos ou “verdadeiros serviços públicos”, tais como a educação, a saúde, os correios e as telecomunicações.

Com todas essas transformações, formou-se uma corrente doutrinária que sustentou a primeira crise da “noção do serviço público”, tendo como um de seus mais destacados opositores, Jean-Louis de Corail. No entanto, como anota Dinorá Grotti, vários autores contestaram tal entendimento, sob o fundamento da evolução conceitual dos elementos que integram a noção, a exemplo de Escola, Marienhoff e Carlos Roberto Martins Rodrigues¹²⁵. No mesmo sentido o entendimento da mencionada administrativista, para quem “*a chamada crise refletia apenas a inadequação de uma teoria específica à extensão das prestações estatais, realizadas sob modos muito variados.*”¹²⁶

Ao longo do tempo, para a construção da noção de serviço público, foi, então, se consagrando a utilização dos **critérios subjetivo** (acepção orgânica), **material** (natureza da prestação/atividade revestida de interesse coletivo) e **formal** (regime jurídico).

Atualmente, em razão das profundas modificações na Europa, com o advento da Comunidade Européia, informada pelos princípios do liberalismo econômico e pela progressiva abertura dos mercados, fala-se em nova crise da noção de “serviço público”.

No entanto, compartilha-se, nesse ponto, do entendimento de Carolina Zancaner Zockun, ao assentar que esta somente

se aplica ao direito comunitário, já que na União Européia a idéia de serviço público exclusivo do Estado tornou-se incompatível com os princípios da liberdade de iniciativa e livre concorrência, eleitos como pilares fundamentais para a supressão das fronteiras.

Daí a precisa conclusão de que “*a crise européia do serviço público não pode ser juridicamente colocada em discussão em nossa ordem positiva*”, ante o modelo de Estado Social de Direito adotado pela Constituição da República, forte

¹²⁵ Para uma exposição mais aprofundada sobre a primeira crise e a atual noção de serviço público, recomenda-se a leitura de: GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Op. cit., 2003.

¹²⁶ Ibidem. p.60.

nas lições dos professores Celso Antônio Bandeira de Mello e Maria Sylvia Zanella Di Pietro.¹²⁷

A partir dessas breves considerações acerca da noção histórica de “serviço público” e da sua evolução até os dias atuais, pode-se concluir que, embora não se considere, hoje, como fundamento único do direito administrativo como acreditava Duguit, representa ainda, sem sombra de dúvidas, como um dos fundamentos centrais desse ramo do Direito Público, especialmente naqueles países que acolheram o modelo de Estado Social e Democrático de Direito, como o Brasil, cuja prestação constitui seu encargo, nos termos da Constituição e da lei.

Deveras, não por outra razão, permanece essencial a adoção dos critérios subjetivo ou orgânico; material ou funcional e formal, ante a insuficiência de apenas um deles para a noção de serviço público. Nesse sentido, bem pontua a professora Dinorá Grotti¹²⁸:

A utilização isolada de qualquer dos critérios apresentados não oferece condições para solucionar o problema da noção de serviço público, porque, ressaltando apenas um requisito, vê-se tão somente parte da realidade. A qualidade do executor da atividade para singularizar qualquer serviço público é insuficiente e logo se advertiram para as limitações que o critério orgânico ou subjetivo sofria: nem todas as atividades desempenhadas pelo Poder Público são serviços públicos, nem deixa um serviço de ser público porque prestado por pessoa privada (como ocorre nas concessões, permissões). [...] Destaca-se, também que o substrato material pode se encontrar reproduzido inúmeras vezes sem que, entretanto, se possa falar em serviço público. [...] A adoção pura e simples desse elemento material na definição de serviço público, da mesma forma como ocorre como o substrato orgânico, mostrou-se insatisfatória. [...] Nem toda atividade realizada sob a égide de um regime jurídico especial de Direito Público constitui serviço público, pois é possível a subsunção de uma atividade aos princípios e regras que compõem o regime jurídico de Direito Público, sem que ela atue realmente na execução de serviços públicos. [...]

Da análise das objeções feitas aos três critérios citados – o que se baseia na presença do Estado, o que leva em conta a atividade desempenhada e o que fixa sua atenção no regime jurídico especial – chega-se à conclusão de que nenhum deles, por si só, oferece condições para fazer emergir uma satisfatória

¹²⁷ In: ZOCKUN, Carolina Zancaner. *Da intervenção do Estado no domínio social*. São Paulo, no prelo. p.176-7.

¹²⁸ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Op. cit., 2003. p.47-53.

noção de serviço público, dentro do contexto jurídico vigente. Por isso, os doutrinadores, em sua maioria, consideram imperiosa a união de dois ou três dos elementos enunciados na conceituação da atividade estatal analisada, como mais adiante será verificado.

A noção de serviço público na doutrina administrativista pátria não se apresenta uniforme, oscilando o conceito entre o sentido amplo e o restrito.

De acordo com José Cretella Júnior¹²⁹ serviço público é *“toda atividade que o Estado exerce, direta ou indiretamente, para a satisfação do interesse público, mediante procedimento de direito público”*.

Hely Lopes Meirelles¹³⁰ define serviço público como *“todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controle estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado”*.

José dos Santos Carvalho Filho¹³¹ conceitua-o como *“toda atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob regime de direito público, com vistas à satisfação de necessidades essenciais e secundárias da coletividade”*.

Para Lucia Valle Figueiredo¹³² serviço público é

toda atividade material fornecida pelo Estado, ou por quem esteja a agir no exercício da função administrativa se houver permissão constitucional e legal para isso, com o fim de implementação de deveres consagrados constitucionalmente relacionados à utilidade pública, que deve ser concretizada, sob regime prevalente do Direito Público.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹³³ entende como serviço público *“toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por*

¹²⁹ CRETILLA JUNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*. 17ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p.409.

¹³⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 32ªed. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Dêlcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p.329.

¹³¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 18ªed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2007. p.289.

¹³² FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 8ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p.81.

¹³³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 21ªed. São Paulo: Atlas, 2008. p.94.

meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público”.

Por fim, Celso Antônio Bandeira de Mello¹³⁴, com o objetivo de construir uma noção que permita apartá-la das demais atividades administrativas, adota conceito mais restrito para serviço público:

Toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais -, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.

Adota-se, no presente trabalho, o conceito proposto pela Professora de Direito Administrativo da PUC/SP, acima transcrito, por entender relevante para a noção do serviço público os aspectos subjetivo (o Estado é titular do serviço público, ainda que a prestação seja delegada ao particular), material ou funcional (atividade material de utilidade pública assim consagrada pelo ordenamento jurídico) e formal (regime jurídico prevalente do Direito Público¹³⁵).

A par da construção doutrinária da noção de serviço público, não se pode esquecer que tal espécie de atividade administrativa somente será assim considerada se qualificada, para tanto, pelo ordenamento jurídico.

Nas palavras de Dinorá Grotti¹³⁶:

Cada povo diz o que é serviço público em seu sistema jurídico. A qualificação de uma dada atividade como serviço público remete ao plano da concepção do Estado sobre seu papel. É o plano da escolha política, que pode estar fixada na Constituição do país, na lei, na jurisprudência e nos costumes vigentes em um dado tempo histórico.

¹³⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., 2006. p.642.

¹³⁵ No que toca aos princípios do serviço público que informam o regime jurídico prevalente de Direito Público, socorremo-nos das lições de Bandeira de Mello, o qual arrola os seguintes: a) dever inescusável do Estado de promover-lhe a prestação; b) princípio da supremacia do interesse público; c) princípio da adaptabilidade; d) princípio da universalidade; e) princípio da impessoalidade; f) princípio da continuidade; g) princípio da transparência; h) princípio da motivação; i) princípio da modicidade das tarifas e; j) princípio do controle. Ibidem. p.648-50.

¹³⁶ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Op. cit., 2003. p.87.

Nesse passo, cabe, pois, examinar qual a disciplina prevista na Constituição da República, no que tange aos serviços públicos.

3.6.2 O serviço público na Constituição da República

A interpretação sistemática das normas constitucionais revela importantes delineamentos acerca do serviço público no Brasil. É dizer, o Constituinte de 1988 traçou os contornos constitucionais do mencionado instituto¹³⁷, deixando demarcado o espaço reservado a tal espécie de atividade administrativa, assim como à atividade econômica dos particulares e à atividade administrativa de fomento, esta última objeto de análise no tópico seguinte.

Inicialmente, cabe anotar que a Constituição de 1988 ao dispor no *caput* do art. 175 que “*Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos*”, confere ao Estado a **titularidade do serviço público**.

Isto significa que embora o Estado possa delegar a prestação de serviços públicos a terceiros, mantém a sua titularidade. Nesse passo, não há confundir **titularidade do serviço público** com a **titularidade da prestação do serviço**. Eis a lição de Bandeira de Mello¹³⁸:

O fato de o Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) ser titular de serviços públicos, ou seja, de ser o sujeito que detém “senhoria” sobre eles (a qual, de resto, é, antes de tudo, um dever em relação aos serviços que a Constituição ou as leis puseram ou venham a por seu cargo) não significa que deva obrigatoriamente prestá-los por si ou por criatura sua quando detenha a titularidade exclusiva do serviço. Na esmagadora maioria dos casos estará apenas obrigado a disciplina-los e a promover-lhes a prestação. Assim tanto poderá prestá-lo por si mesmo como poderá promover-lhes a prestação conferindo a entidades estranhas ao seu aparelho administrativo (particulares e outras pessoas de direito público interno ou da administração indireta delas) titulação para que os desempenhem, isto é, para que os prestem segundo os termos e condições que fixe e, ainda assim, enquanto o interesse público aconselhar tal solução (sem prejuízo do

¹³⁷ No que tange, especificamente, à disciplina constitucional do serviço público, serão acolhidos aqui os precisos ensinamentos do eminente professor Celso Antônio Bandeira de Mello, que constam de seu “Curso de Direito Administrativo”, editado pela Malheiros.

¹³⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., 2006. p.651-2.

devido respeito aos interesses econômicos destes terceiros que sejam afetados com a retomada do serviço). Ou seja, poderá conferir “autorização”, “permissão” ou “concessão” de serviços públicos (que são expressões constitucionalmente utilizadas) para que sejam efetuados por tais pessoas. É óbvio que nos casos em que o Poder Público não detém a exclusividade do serviço, não caberá imaginar esta outorga, pois quem o desempenhe prescinde dela para o exercício da atividade em questão. Em princípio, poder-se-ia pensar que o titular exclusivo dos serviços seria o Estado. Nem sempre, porém, é assim, como de passagem já se anotou. Há certos serviços que serão públicos quando prestados pelo Estado, mas que concernem a atividades em relação às quais não pretendeu deter exclusividade.

Relativamente aos meios para a execução dos serviços públicos por terceiros, o Constituinte de 1988 não adotou uma terminologia uniforme. Isso porque no art. 175 faz alusão somente à permissão e à concessão como formas de outorga do direito à prestação da referida atividade por pessoas estranhas ao seu aparelho administrativo. No entanto, no art. 21, incisos XI e XII, arrola a “autorização” ao lado daquelas já citadas – permissão e concessão.

Assim, ante tal falta de uniformidade, três interpretações podem ser apontadas: a) o art. 175 deixou de mencionar o regime de autorização como forma de delegação de serviços públicos; b) o art. 21, incisos XI e XII, equivocadamente, introduziu regime de autorização para um serviço público, em conflito com a norma prevista no art. 175; ou c) o regime de autorização demonstra que alguns serviços arrolados no art. 21 (incisos XI e XII) e 223 poderão ser prestados em regime de direito privado, típico das atividades econômicas, constituindo atividade econômica em sentido estrito, enquanto os demais, sujeitos ao regime de concessão ou permissão, são serviços públicos¹³⁹.

Adotando-se uma interpretação sistemática do texto constitucional, tem-se que a regra contida no art. 175 cogita da normalidade da prestação dos serviços públicos por sujeitos titulados pelo Estado. O regime de autorização, então, ficaria reservado, nas hipóteses do art. 21, incisos XI e XII, para duas espécies distintas: a) quando embora haja serviço de telecomunicação, como o de radioamador ou de interligação de empresas por cabos de fibras óticas, não haja propriamente serviço público, mas serviço de interesse privado delas próprias. Nesse caso, o termo

¹³⁹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Op. cit., 2003. p.163-4.

“autorização” foi usado no sentido corrente do Direito Administrativo para exprimir ato de polícia administrativa; b) abranger casos em que efetivamente há serviço público, mas se trata de resolver emergencialmente uma dada situação, até a adoção das formas regulares de concessão ou permissão. Daí a sua utilização no art. 223 da Lei Maior¹⁴⁰.

Feitas essas ressalvas, registra-se, por enquanto, como base nos arts. 21, incisos XI e XII, 175 e 223 da CF/88, a **primeira conclusão**: a titularidade do serviço público pertence ao Estado, embora a sua execução possa ser realizada por pessoas estranhas ao seu aparelho administrativo (particulares, outras pessoas de direito público interno ou administração indireta delas), por meio de autorização, permissão ou concessão.

A par da possibilidade da **prestação** do serviço público por terceiros, por meio da “autorização, permissão” e “concessão”, no que diz respeito àqueles *exclusivos do Estado*, e no que se refere aos serviços ditos não-exclusivos do Poder Público, da liberdade de atuação destes no espaço reservado ao desenvolvimento da atividade econômica, a exemplo dos serviços de saúde, educação, previdência social e assistência social, é de relevo deixar assentada essa observação sobre a titularidade do serviço público, a qual será essencial no momento em que for definida a natureza jurídica das atividades desenvolvidas pelos entes integrantes do denominado 3º Setor.

Além de conferir titularidade do serviço público ao Estado, a Lei Maior, de antemão, já arrola algumas atividades qualificando-as como tal, atribuindo *competência privativa* ou *comum* às pessoas políticas para o desempenho desse encargo (prestar serviço público).

À União Federal compete, dentre outros: Serviço Postal e Correio Aéreo Nacional – art. 21, X; Serviço de Telecomunicação – art. 21, XI; Serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos - art. 21, XII; Serviços de navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária – art. 21, XII; Serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e

¹⁴⁰ Essa interpretação é dada por Celso Antônio Bandeira de Mello, na sua obra Curso de Direito Administrativo, e aqui adotada por ser capaz de assegurar maior eficácia aos dispositivos constitucionais em pauta. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., 2006. p.661.

fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território – art. 21, XII; Serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros – art. 21, XII; Exploração de portos marítimos, fluviais e lacustres – art. 21, XII; Seguridade Social – art. 194; Serviços de saúde – art. 196; Serviços de assistência social – art. 203 e Serviços de educação – art. 205 e 208.

Aos Estados-Membros competem os serviços de gás canalizado e aqueles não reservados aos Municípios e à União Federal – art. 25, §§ 1º e 2º.

Aos Municípios, por seu turno, competem os serviços públicos de interesse local e os serviços de transporte coletivo – art. 30, V, além dos serviços de atendimento à saúde da população, este com a cooperação técnica e financeira da União e dos Estados – art. 30, VII.

A Carta Magna outorga ainda competência comum à União Federal, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, dentre outras tarefas, para: cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico – art. 23, II, V e IX.

Registre-se, então, a **segunda conclusão**: a Constituição Federal já qualificou algumas atividades como serviço público de alçada da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, apartando-as em caráter privativo a cada um dos entes políticos ou em caráter comum a todos eles.

No ponto, cabe abrir um parêntesis, para anotar que a doutrina, de forma majoritária, entende não ser exaustivo o rol de serviços públicos contido na Lei Maior¹⁴¹.

¹⁴¹ Conforme observa Bandeira de Mello: “A enumeração dos serviços que o Texto Constitucional considera públicos não é exaustiva.” E mais adiante ensina: “É realmente o Estado, por meio do Poder Legislativo, que erige ou não em serviço público tal ou qual atividade, desde que respeite os limites constitucionais. Afora os serviços públicos mencionados na Carta Constitucional, outros podem ser assim qualificados, contanto que não sejam ultrapassadas as fronteiras constituídas pelas normas relativas à ordem econômica, as quais são garantidoras da livre iniciativa. É que a exploração da atividade econômica, o desempenho de ‘serviços’ pertinentes a esta esfera, assiste aos particulares e não ao Estado. Este apenas em caráter excepcional poderá desempenhar-se empresarialmente nesta órbita. Sem embargo, o fato é que o Texto Constitucional, compreensivelmente, não define o que sejam ‘atividades econômicas’. Em consequência, remanesce ao legislador ordinário um certo campo para qualificar determinadas atividades como ‘serviços públicos’, no que, indiretamente, gizará, por exclusão, a área configurada como das ‘atividades econômicas’. É lógico, entretanto, que, em despeito desta margem de liberdade, não há, para o legislador, liberdade absoluta. À falta de uma definição constitucional, há de se entender que o

Em outras palavras, entende-se que o legislador ordinário tem competência para qualificar determinado serviço como público, desde que respeitados os limites constitucionais para tanto. Nesse passo, Dinorá Mussetti Grotti¹⁴² traz duas correntes doutrinárias que procuraram estabelecer limites a essa liberdade do legislador – uma *formalista*, dentre os quais, destaca Celso Antônio Bandeira de Mello, Benedicto Porto Neto e Maria Sylvia Zanella Di Pietro e a outra *essencialista*, representada pelas idéias de Eros Roberto Grau, Juarez Freitas e Marçal Justen Filho e, ao final assevera:

Pode-se, pois, concluir que, à indagação formulada, todos os autores citados reconhecem poderes ao legislador ordinário para estruturar dado serviço como público, mas que não há liberdade total para essa determinação. Discordam, contudo, quanto à identificação dos limites a serem impostos ao legislador infraconstitucional para a caracterização de um serviço como público. Para os formalistas esses limites decorrem do regime normativo, enquanto que os essencialistas atribuem força a uma qualidade da própria atividade: sua natureza já indicaria que o serviço é público.

Prosseguindo-se no exame dos dispositivos constitucionais, depreende-se da leitura dos artigos 196, 197, 201 a 205, 208, 211, 213, que os serviços de saúde, educação, previdência social e assistência social encontram-se a cargo do Estado, vale dizer, tratam-se de serviços públicos de sua competência.

Não obstante isso, dado a sua relevância para a coletividade (por isso também denominados de serviços públicos sociais), a Constituição Federal admite o exercício de tais atividades pelos particulares, no âmbito da atividade econômica *stricto sensu e lato sensu*¹⁴³.

constituente se remeteu ao sentido comum da expressão, isto é, ao prevalente ao lume dos padrões de cultura de uma época, das convicções predominantes na Sociedade.” BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., 2006. p.657, 662.

¹⁴² GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Op. cit., 2003. p.103-5.

¹⁴³ Para os fins do presente trabalho, far-se-á a divisão da atividade econômica em sentido *stricto sensu*, desenvolvida com finalidade lucrativa pelos particulares, e em sentido *lato sensu*, destinada ao exercício de atividade econômica sem almejar o lucro. Assim, acolhe-se aqui, inicialmente, a divisão proposta por Bandeira de Mello: serviço público de um lado e atividade econômica de outro. No entanto, no que toca a esta última, entende-se relevante desmembrá-la em atividade econômica em sentido estrito, reservadas às pessoas jurídicas de direito privado com finalidade lucrativa e atividade econômica em sentido amplo, destinada às pessoas jurídicas de direito privado sem finalidade econômica.

Com efeito, no que toca à saúde, o art. 199 estabelece que “a assistência à saúde é livre à iniciativa privada” e o § 1º que as “instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos”.

Relativamente à educação, o art. 209, de igual modo, dispõe que o “ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições: I - cumprimento das normas gerais da educação nacional; II - autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.

No que se refere à previdência, contempla o art. 202 da Carta Magna, o regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, e quanto à assistência social, assegura no art. 204 a participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.

Aliás, por considerar de relevo a atuação dos particulares no campo da assistência social, assim como da educação, é que a Constituição contempla a imunidade tributária às instituições de educação e assistência social quanto aos impostos incidentes sobre a renda, serviços e patrimônio desses entes – art. 150, VI, “c” e quanto às contribuições de seguridade social para as entidades beneficentes de assistência social – art. 195, § 7º, todas nos termos da lei.

A **terceira conclusão** extraída do sistema constitucional pode ser assim assentada: De um lado a Constituição demarca os serviços públicos privativos do Estado, os quais podem ser prestados diretamente ou por concessão, permissão ou autorização. De outro lado, contempla serviços que o Estado tem o dever de prestar, sob o regime de Direito Público, embora, permita que tais atividades, dado a sua relevância social, sejam, concomitantemente, desenvolvidas pelos particulares. São eles: serviços de saúde, educação, previdência e assistência social. Quando prestados pelo Estado, sob regime de Direito Público, possuem a natureza jurídica de serviços públicos não-exclusivos e quando prestados pelos particulares no âmbito da livre iniciativa, sob regime de Direito Privado ou predominantemente de Direito

Privado (como se verá nos casos das entidades do Terceiro Setor) atividade econômica stricto ou lato sensu¹⁴⁴.

Exposta a disciplina constitucional do serviço público¹⁴⁵, passa-se a delimitação da atividade econômica.

3.7 A ATIVIDADE ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

No tópico anterior, tratou-se da disciplina constitucional do serviço público, de titularidade do Estado, nos termos do art. 175 da Constituição Federal. Procurar-se-á, no presente, perquirir a disciplina constitucional da atividade econômica¹⁴⁶.

¹⁴⁴ Essa a precisa lição de Bandeira de Mello, com exceção da subdivisão da espécie atividade econômica proposta na nota de rodapé 141: “Dentre o total de atividades ou serviços suscetíveis de serem desenvolvidos em uma sociedade, alguns são públicos e outros privados. Para separar uns dos outros, identificando aqueles que o Estado pode colocar debaixo do regime de direito público (serviços públicos), temos que nos valer de duas ordens de indicações contidas no Texto Constitucional. A primeira delas é a de que certas atividades, como já foi exposto (ns. 17 a 20) a própria Carta Constitucional definiu como serviço público: alguns deles em todo e qualquer caso e outros deles apenas quando prestados pelo Estado. Estes últimos, de conseguinte, *não serão serviços públicos quando desempenhados por particulares*, uma vez que a Carta Magna não *limitou* a prestação deles ao Estado ou a quem lhe faça as vezes. Segue-se que o Estado jamais poderia pretender outorgá-los em concessão a alguém, sob pena de ferir os direitos de prestá-los que assistem às demais pessoas que preenchem os requisitos legais necessários à comprovação de suas habilitações. A segunda ordem de indicações residente no Texto Constitucional é a que consta do art. 173. De acordo com ele, ressalvados os casos de monopólio estatal estabelecidos na própria Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só é admitida quando suscitada por imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo, como tais definidos em lei. Logo, é correto concluir que os serviços correspondentes à exploração de atividade econômica são serviços privados, atividades privadas, e não serviços públicos (excetuados o caso dos serviços de educação e saúde, que, como se acaba de ver, embora também assistam no campo da atividade econômica, serão serviços públicos quando prestados pelo Estado). Assim se verifica que os serviços correspondentes à exploração de atividade econômica não são serviços públicos porque não competem ao Poder Público, a não ser supletivamente, e mesmo assim basicamente sob a regência do Direito Privado, circunstâncias que os apartam irremissivelmente da categoria de serviços públicos. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., 2006. p.663-4.

¹⁴⁵ Em síntese, ainda de acordo com o eminente jurista, podem ser distinguidas as seguintes hipóteses: a) *Serviços de prestação obrigatória e exclusiva do Estado* (serviço postal e correio aéreo nacional – art. 21, X, CF/88); b) *Serviços que o Estado tem obrigação de prestar e obrigação de conceder* (serviços de radiofusão sonora (rádio) ou de sons e imagens (televisão) art. 223 da CF/88); c) *Serviços que o Estado tem obrigação de prestar, mas sem exclusividade* (educação; saúde; previdência social; assistência social e radiofusão sonora e de sons e imagens; d) *Serviços que o Estado não é obrigado a prestar, mas, não os prestandos, terá de promover-lhes a prestação mediante concessão ou permissão* (todos os demais serviços públicos, notadamente o artigo 21, XI, CF). Ibidem. p.659-60.

¹⁴⁶ Cabe ressaltar que, embora a identificação dos contornos constitucionais da atividade econômica exija a análise do capítulo da ordem econômica contido na Lei Maior, especificamente no que se refere aos meios de intervenção do Estado na referida ordem assim como na ordem social serão objeto de exame em apartado no tópico seguinte.

Inicialmente, cumpre asseverar que a noção de “atividade econômica” não é precisa, incluindo-se antes na categoria dos “conceitos indeterminados”, cujo conteúdo deve ser revelado à luz dos critérios e padrões vigentes em dada época e Sociedade conforme as precisas lições de Bandeira de Mello¹⁴⁷

A noção de “atividade econômica” certamente não é rigorosa; não se inclui entre os conceitos chamados teóricos, determinados. Antes, encarta-se entre os que são denominados conceitos práticos, fluidos, elásticos, imprecisos ou indeterminados. Sem embargo, como apropriadamente observam os especialistas no tema do Direito e Linguagem, embora tais conceitos comportem uma faixa de incerteza, é certo, entretanto, que existe uma zona de certeza positiva quanto à aplicabilidade deles e uma zona de certeza negativa quanto à não aplicabilidade deles. Vale dizer, em inúmeros casos ter-se-á certeza de que indubitavelmente se estará perante “atividade econômica”, tanto como, em inúmeros outros, indubitavelmente, não se estará perante “atividade econômica”. Em suma: o reconhecimento há de ser feito ao lume dos critérios e padrões vigentes em dada época e Sociedade, ou seja, em certo tempo e espaço, de acordo com a inteligência que nela se faz do que sejam a “esfera econômica” (âmbito da livre iniciativa) e a esfera das atividades existenciais à Sociedade em um momento dado e que, por isto mesmo, devem ser prestadas pelo próprio Estado ou criatura sua (“serviços públicos”).

Com efeito, a par da noção de “serviço público” (atividades existenciais à Sociedade) e de “atividade econômica” (âmbito da livre iniciativa), é indubitoso que em face da evolução da sociedade e do Estado, algumas atividades deixem de ter a natureza de serviço público, vale dizer, de ser “*indispensável à concretização e ao desenvolvimento da interdependência social*”, ao passo que outras atividades, antes consideradas “econômicas”, adquiriram esse “status”.

Aliás, no ponto, pertinentes as observações de Jordana de Pozas¹⁴⁸ no sentido de que as necessidades públicas variam muito em seu número e classe, embora um número reduzido seja universal e constante. Em um Estado totalitário todas as necessidades comuns a um grupo ou de caráter geral seriam públicas e, pelo contrário, em Estados que aceitam a ordem individualista somente seriam

¹⁴⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., 2006. p.664.

¹⁴⁸ POZAS, Jordana de. *Ensayo de una Teoría del Fomento en el Derecho Administrativo*. Disponível em: <http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/2/REP_048_040.pdf>. Acesso em: 02/06/2008.

públicas aquelas necessidades que as pessoas não pudessem satisfazer livremente por si só.

Daí advertir que o limite que separa o campo das necessidades privadas e das necessidades públicas varia constantemente, considerando, pois, uma das mais importantes das funções políticas, aquela capaz de discernir o quanto antes quais necessidades se converteram em públicas e quais perderam esse caráter.

Eros Roberto Grau¹⁴⁹, ao advertir sobre o perigo das expressões “camaleões”, dentre elas, a “atividade econômica”, ressalta a necessidade do ato de interpretação:

Porque nutrida na linguagem natural, a linguagem jurídica apresenta textura aberta, na qual proliferam as chamadas palavras – e expressões – “camaleão”, que constituem um perigo tanto para o pensamento claro quanto a expressão lúcida. A expressão “atividade econômica” é uma delas. A busca da determinação da conotação das palavras e expressões em certo contexto normativo configura, como adiante enfatizarei, um ato de interpretação. Quando essa busca é empreendida em razão de a palavra ou expressão apresentar um largo arco de denotação, o ato de interpretação é praticado, como abaixo também observo, no nível do contexto lingüístico. Esse exercício de interpretação é que cumpre, neste passo, desenvolver em torno da expressão “atividade econômica”.

Deveras, trata-se de tarefa árdua ao intérprete, que deverá adotar uma interpretação sistemática da Carta Magna, com o objetivo de extrair o seu conteúdo e alcance.

Examinando-se as normas constitucionais que tratam da atividade econômica, ao menos quatro delas merecem atenção especial - arts. 170, 173, § 1º, 174 e 177 da CF¹⁵⁰, embora a expressão tenha sido adotada em outros

¹⁴⁹ GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 12ª edição. São Paulo: Malheiros Editores. 2007. p.101.

¹⁵⁰ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

dispositivos constitucionais, a exemplo do previsto no art. 195, §§ 9º e 12º (contribuições de seguridade social).

De acordo com o art. 170, *caput* e parágrafo único, extrai-se que a atividade econômica é informada, dentre outros, pelo princípio da livre iniciativa, que assegura o seu exercício pelos particulares, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Por seu turno, o exame da norma inserta no art. 173, *caput*, revela que a atividade econômica é reservada, em regra, aos particulares, haja vista que admite tão somente a atuação do Estado nesse campo nas duas hipóteses ali elencadas, quais sejam: a) quando necessária aos imperativos da segurança nacional; b) ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. O parágrafo único do citado dispositivo permite ainda assentar a distinção entre regime prevalente de Direito Público para os serviços públicos e regime de Direito Privado para a atividade econômica¹⁵¹.

Por fim, os artigos 174 e 177 da CF. O primeiro autoriza o Estado a exercer o seu “poder de polícia”, como agente normativo e regulador da atividade econômica, assim como realizar a atividade administrativa de fomento, mediante incentivos à iniciativa privada. O segundo, fixa o monopólio estatal com relação a

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”

“Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

I - [...]

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.”

¹⁵¹ Cumpre anotar, no entanto, que as empresas de sociedade de economia mista e empresas públicas, quando desenvolvem atividade econômica, a par da sujeição ao regime jurídico própria das empresas privadas, no que tange aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários, também sofrem o influxo de regras publicísticas, haja vista integrarem a Administração Indireta do Estado. Assim também ocorre com as organizações do Terceiro Setor, quando atuam em vínculos de parceria com o Estado (termos de parceria, convênios, contratos de gestão), vale dizer, embora sujeitas ao regime de Direito Privado, por exercerem atividade econômica e não serviço público, sofrem influxos de regras publicísticas, ante a gestão de recursos públicos.

certas atividades econômicas ali arroladas, e, portanto, retira-as do âmbito da livre iniciativa.

Nesse passo, pertinente se faz trazer à colação precisa lição do saudoso professor Celso Ribeiro Bastos¹⁵², acolhida pela C. 1ª Turma do E. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 229696/PE, j. 26/11/2000, Relator para Acórdão Ministro Maurício Correa, que assim se expressava sobre o tema:

[...] Se estamos diante de um sistema que consagra a primazia da livre iniciativa é porque a esta cabe o desenvolvimento das atividades de natureza econômica. Portanto, deve-se ter por atividade econômica toda função voltada à produção de bens e serviços, que possam ser vendidos no mercado, ressalvada aquela porção das referidas atividades que a própria Constituição já reservou como próprias do Estado, por tê-la definido como serviço público nos termos dos incisos XI e XII do art. 21 do Texto Constitucional, ou as reservadas a título de monopólio da União (CF, art. 177).

Luiz Alberto David de Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior¹⁵³ observam que o constituinte fez uma opção clara pelo modelo “econômico capitalista”, no qual a livre iniciativa tem um sentido extremamente amplo, abrigando, no seu interior, *não só a iniciativa privada, mas também a iniciativa cooperativa ou associativa, a iniciativa autogestionária e a iniciativa pública.*

Entretanto, reconhecem os mencionados autores que a livre iniciativa tem o seu **ponto sensível na chamada liberdade de empresa**, que, na abalizada lição de Manoel Afonso Vaz, deve ser entendida nas suas três vertentes: **a) liberdade de investimento ou de acesso (direito à empresa); b) liberdade de organização (liberdade de empresa); e c) liberdade de contratação (liberdade de empresa)**¹⁵⁴.

Por fim, cabe ainda invocar as observações de Adriana Laporti Cardinali¹⁵⁵ acerca da noção constitucional de “atividade econômica”, na sua dissertação

¹⁵² BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1994. p.253.

¹⁵³ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vida Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 11ªed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.464.

¹⁵⁴ Ibidem. p.465.

¹⁵⁵ CARDINALI, Adriana Laporta. *Direito Administrativo da ordem econômica na Constituição Federal de 1988 – A intervenção indireta do Estado no domínio econômico*. São Paulo, no prelo. p.100-1.

intitulada “Direito Administrativo da ordem econômica na Constituição Federal de 1988 – a intervenção indireta do Estado no domínio econômico”. São suas palavras:

Os serviços públicos são norteados pelo princípio da dignidade da pessoa humana e a atividade econômica, pelo da livre iniciativa. Ambos podem ter fontes de lucro, mas isto não é da natureza da prestação de serviços públicos, como ocorre com a atividade econômica. Além disso, estão submetidos a regime jurídicos distintos, público e privado, respectivamente. [...] A obtenção do lucro é elemento que integra a definição de atividade econômica, mas não é o único capaz de distingui-la dos serviços públicos. O texto constitucional menciona o instituto da atividade relacionando-o à livre iniciativa e ao regime jurídico de Direito Privado. A primeira característica está claramente prevista no parágrafo único do art. 170, e a segunda no art. 173, §§ 1º, II e 2º. O conceito da expressão, para Marçal Justen Filho, envolve ‘atividades relacionadas com a produção, circulação e prestação de bens econômicos e de utilidade economicamente avaliáveis, a partir da livre organização dos fatores da produção e da apropriação privada dos resultados – atividades essas que não são indispensáveis à satisfação de valores fundamentais, relacionados com a dignidade da pessoa humana [...] certas atividades que a Constituição qualificou como serviço público’. Assim, os serviços públicos são aqueles essenciais, necessários à coletividade, de maneira a proporcionar a todos uma existência digna; o Estado tem o dever de prestá-lo ou, ao menos, proporcionar a sua prestação, sob o regime de Direito Público. Afora essas características, temos a atividade econômica, de livre execução para o particular, cujo objetivo não é o de proporcionar a dignidade do ser humano, mas a de circulação de riquezas. Onde há livre iniciativa, há o desenvolvimento de atividades econômicas, ou seja, atividades privadas, serviços privados, e não serviços públicos. Produzem-se bens e serviços que são colocados no mercado com o objetivo de circulação de riqueza.

Em síntese, à vista do exposto, pode-se dizer que se inserem na **noção de atividade econômica**¹⁵⁶ **todas aquelas atividades de produção e circulação de**

¹⁵⁶ Pode-se dizer que o conceito de “atividade econômica”, assim como o de serviço público é um **conceito jurídico-positivo**. Nas lições do saudoso professor Geraldo Ataliba sobre o conceito de tributo como jurídico-positivo, assim asseverava: “O conceito de tributo é nitidamente um conceito jurídico-positivo. Há de ser formulado, hoje, de modo diverso, relativamente ao passado. Sofreu evolução. Pode desaparecer. Aquele, aqui vigente, pode não ser extensível a todos os sistemas atuais. Sua compreensão é maior ou menor aqui e alhures. Como todo conceito jurídico-positivo, é cambiante. Efetivamente, nele se compreenderam, no passado, as corvéias e bens outros que não o dinheiro. Há sistemas atuais que o formulam de modo mais amplo que o nosso. No Brasil, hoje, o seu termo de referência é o dinheiro. Não se sabe como será no futuro. Enfim, é conceito contingente, ao contrário dos conceitos lógico-jurídicos, que são necessários.” ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. São Paulo: Malheiros Editores, 1994. p.33.

bens e serviços que possam ser objeto de negócio jurídico no mercado, com ou sem finalidade lucrativa, e que são exercidas no âmbito da livre iniciativa.

Não obstante a adoção, no presente trabalho, da clássica divisão entre serviço público e atividade econômica, o primeiro a cargo do Estado de forma ordinária e a segunda da Sociedade, não se pode deixar de se citar sobre o tema o artigo da lavra do professor Paulo Modesto¹⁵⁷ - cuja leitura se recomenda - que propõe, à luz da Constituição Federal de 1988, sob a ótica do Estado Social e Democrático de Direito, a seguinte divisão das principais formas de atividades de prestação de serviços ao público, com as suas respectivas características extraídas do ordenamento jurídico positivo: ***Serviço Público, Serviço de Relevância Pública e Atividade Econômica.*** Para tanto, traças as seguintes notas distintivas:

Serviço Público	Serviços de Relevância Pública	Serviços de exploração econômica
Atividades de Titularidade Pública (art. 175, CF)	Atividades sem reserva de titularidade pública ou privada	Atividade de titularidade privada (art. 170, CF), mas passível de atuação pelo Poder Público em situações especiais previstas na lei ou na CF (art. 173 e 177)
Pessoas privadas atuam por delegação	Pessoas privadas e Estado atuam de forma ordinária, sem delegação ou exceção	Estado atua por exceção: ressalvados os casos previstos na Constituição, apenas atuará quando necessário para atender a imperativos de segurança nacional ou a relevantes interesses coletivos previstos em lei
Atividade submetida à reserva de direito público, independentemente do prestador	Atividade submetida a regime variável, parcialmente dependente do regime jurídico predominante do prestador, mas sempre vinculada a obrigações de regularidade, modicidade, acessibilidade e impessoalidade	Atividade submetida a reserva de direito privado, independentemente do regime do prestador, salvo derrogações constitucionais ou legais

¹⁵⁷ MODESTO, Paulo. "Reforma do Estado, Formas de Prestação de Serviços ao Público e Parcerias Público-Privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de serviço público, serviços de relevância pública e serviço de exploração econômica para as parcerias público-privadas". *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. nº.2. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, mai/jun/jul 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 18/12/2008.

CONTINUAÇÃO:

Atividade expressamente identificada na Constituição ou em normas legais (legalidade estrita)	Atividade residual, ora identificada na Constituição e em normas legais, ora identificada em termos sociais	Atividade residual, ora identificada na Constituição e em normas legais, ora identificada em termos sociais
Atividade refratária à livre iniciativa privada	Atividade compatível com a livre iniciativa privada, mas sujeita a intenso condicionamento público	Atividade compatível com a livre iniciativa privada, salvo ressalvas constitucionais (monopólios públicos)
Normas constitucionais básicas: art. 175; 145, II; 37, § 6º; 223; 21, X e segs.	Normas constitucionais básicas: art. 197; 129, II; 209; 213; 217, II; 225.	Normas constitucionais básicas: art. 170; 172; 173; 174; 177; 178; 217, II

Com efeito, do exame das normas constitucionais, não há como se negar as notas distintivas a cada uma dessas atividades. Entretanto, a par da variedade do regime jurídico dos denominados “serviços públicos sociais” ou “serviços sociais” (educação, saúde, previdência e assistência), os quais comportam, como visto, **regime jurídico de direito público**, quando prestado pelo Estado (serviço público não-exclusivo) e **regimes jurídicos de direito privado** ou **predominantemente de direito privado**, quando prestado pelo particular no âmbito da livre iniciativa, respectivamente, com o intuito de lucro e sem esse fim, manter-se-á, no presente, a divisão entre serviço público e atividade econômica.

No que toca a esta última, será feita uma subdivisão entre “**atividade econômica em sentido amplo**”, reservada aos serviços sociais desenvolvidos pelo Terceiro Setor no âmbito da livre iniciativa e sem finalidade lucrativa e “**atividade econômica em sentido estrito**”, também exercida no âmbito da livre iniciativa, porém com intuito de lucro.

Aliás, assim como o Estado quando atua diretamente, em caráter excepcional, no domínio econômico, está submetido às regras que regem a atividade econômica (obrigações tributárias, civis, trabalhistas etc.), sofrendo, no entanto, influxo de regras publicísticas, os entes privados sem fins lucrativos quando desempenham atividades no âmbito da livre iniciativa, ainda que em colaboração com o Estado, também estão subordinadas às regras de direito privado. Todavia, por gerirem recursos públicos e em face das suas finalidades, sofrem, de igual modo,

influxo de regras publicísticas, sem que com isso possa se falar em uma terceira classe daquelas já delineadas (serviço público/atividade econômica).

Todavia, o direito ao exercício da atividade econômica no âmbito da livre iniciativa não é absoluto. Em outras palavras, sofre condicionamentos em face do modelo de Estado Social e Democrático de Direito aqui adotado, tais como a necessidade de observância no desenvolvimento da atividade econômica aos princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor, do meio ambiente, da redução das desigualdades regionais e sociais, da busca do pleno emprego, dentre outros. Por outro lado, não se pode esquecer a intervenção do Estado tanto no domínio econômico como no domínio social, o que também traz reflexos ao exercício da atividade pelos particulares.

Cabe, pois, tecer algumas considerações entendidas pertinentes sobre os fundamentos da ordem econômica e social e sobre a intervenção do Estado nesses domínios.

3.8 DOS FUNDAMENTOS DA ORDEM ECONÔMICA E SOCIAL E A INTERVENÇÃO DO ESTADO

Em reação ao Estado Liberal, incapaz de assegurar a Justiça Social, ante o absentismo estatal na esfera econômica e social, conforme restou consignado no primeiro capítulo, se verificou o aprimoramento desse modelo mediante a implantação de um Estado Social Interventor, com o objetivo de por fim ou ao menos de reduzir as desigualdades econômicas e sociais provocadas pelo sistema capitalista.

Assim, em substituição ao modelo “*laissez faire, laissez passer; le monde va de lui-même*” (Deixai fazer, deixar passar; o mundo caminha por si só) prestigiado no liberalismo, ganha força no Estado Social a intervenção no domínio econômico¹⁵⁸ e social, com a consagração nos textos das constituições contemporâneas de princípios de direitos econômicos e sociais, formando um conjunto de disposições

¹⁵⁸ Embora também se possa identificar a interferência do Estado na vida privada, mediante institutos que restringem o direito ao gozo, uso, fruição e disposição da propriedade privada, tais como a desapropriação, a ocupação temporária, a requisição e a servidão administrativa, deixar-se-á de examinar essa modalidade de intervenção estatal em virtude do escopo do presente trabalho.

concernentes tanto aos direitos dos trabalhadores como à estrutura da economia e ao estatuto dos cidadãos¹⁵⁹.

Do exame das Constituições do Brasil, identifica-se, como já dito linhas atrás, a influência dessas mutações no campo político, jurídico, econômico e social, ao se analisar as Constituições do Império de 1824 e da República de 1891, de *caráter eminentemente liberal*, passando pela Constituição de 1934 e subseqüentes, que procuraram incorporar ao texto constitucional a proteção aos direitos sociais, adotando como paradigma a Constituição de Weimar, embora com algumas turbulências em razão dos períodos de ditadura em 1937 e do regime militar instaurado em 1964, que perdurou até 1985, com o início da fase de transição para o retorno do regime democrático.

Com a promulgação da Constituição da República de 1988, instalou-se entre nós – ao menos se pretende instalar, é bom repisar, um Estado Social e Democrático de Direito. Para tanto, embora tenha adotado um modelo capitalista, somente legitima o exercício das liberdades inerentes à livre iniciativa quando este se mostre de acordo com a Justiça Social, o que se constata já numa rápida leitura, dentre outros, dos artigos 1º e 3º da Carta Magna, que dispõem, respectivamente, sobre os fundamentos e objetivos do Estado Brasileiro.

Veja-se que os artigos 170 e 193 da Carta Magna, quando inauguram, respectivamente, os títulos da ordem econômica¹⁶⁰ e da ordem social¹⁶¹, fazem expressa alusão à justiça social como um objetivo a ser perseguido pelo Estado e pela sociedade civil.

Não é por outra razão que ao disciplinar a atividade econômica, reservada, como regra geral aos particulares e em caráter excepcional, nos casos previstos nos artigos 173 e 177 da Carta Magna, ao Estado, o texto constitucional adota expressa conformação de tal atividade com os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor, do meio ambiente, da redução das desigualdades regionais e

¹⁵⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 7ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991. p.659.

¹⁶⁰ No Brasil, a Constituição de 1934 foi a primeira a contemplar normas e princípios sobre a ordem econômica e social, inspirada na Constituição alemã de Weimar, seguida por todas as cartas constitucionais seguintes.

¹⁶¹ A Constituição de 1988 traz um capítulo próprio dos direitos sociais (cap. II do tít. II) e, bem distanciado deste, um título especial sobre a ordem social (tít. VIII), mas não ocorre uma separação radical, como se os direitos sociais não fossem algo insito na ordem social.

sociais, da busca do pleno emprego, dentre outros acima arrolados, consoante prescrição contida no artigo 170 caput e incisos I a IX.

É dizer, embora seja assegurado o exercício do direito à livre iniciativa e à propriedade privada, estes não poderão ser realizados de maneira abusiva, arbitrária, na busca do lucro a qualquer custo e em total afronta à ordem econômica, financeira e à economia popular. Tal conduta é interdita não somente pelos princípios já referidos, como também pelas disposições contidas nos §§ 4º e 5º do artigo 173 da Constituição.

Ora, se o artigo 1º da Constituição estabelece que República Federativa do Brasil tem como fundamentos, dentre outros, a dignidade da pessoa humana¹⁶² e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e fixa no artigo 3º como objetivos fundamentais: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, tais normas revelam-se em plena harmonia com aquelas que disciplinam a intervenção estatal na ordem econômica e social.

No ponto, preciso são os ensinamentos do eminente professor Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁶³:

Tão forte é a preocupação constitucional com alguns destes bens jurídicos, que os mencionou em diferentes qualidades ou funções, conferindo-lhes, dessarte, uma acentuada ênfase. Assim, o empenho em relação à realização da justiça social fez com que comparecesse tanto como princípio da ordem econômica (art. 170) quanto da ordem social (art. 193). O compromisso com a melhoria das condições sociais da população e sua harmonização em todo o País levou a

¹⁶² Conforme bem observa Sarlet: “Num primeiro momento – convém frisá-lo – a qualificação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental traduz a certeza de que o art. 1º, inc. III, de nossa Lei Fundamental não contém apenas (embora também e acima de tudo) uma declaração de conteúdo ético e moral, mas que constitui norma jurídico-positiva dotada, em sua plenitude, de status constitucional formal e material e, como tal, inequivocamente carregado de eficácia, alcançando, portanto – tal como sinalou Benda – a condição de valor jurídico fundamental da comunidade. Importa considerar, neste contexto, que na qualidade de princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana constitui valor-guia não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda a ordem jurídica (constitucional e infraconstitucional), razão pela qual, para muitos, se justifica plenamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa.” SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p 71-2.

¹⁶³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., 2006. p.755.

apresentar a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais quer como objetivo fundamental da República (art. 3º, III), quer como um dos princípios da ordem econômica (no inc. VII do art. 170). A soberania nacional é mencionada como um dos fundamentos da República (art. 1º, I) e como princípio da ordem econômica (inc. I do art. 170). A livre iniciativa e os valores sociais do trabalho são referidos como fundamentos da República (art. 1º, IV) e especificamente da ordem econômica (art. 170), sendo que a este último foi atribuída primazia na ordem social. E a função social da propriedade é referida nos princípios da ordem econômica (inc. III do art. 170) e entre os direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º, inc. XXIII). À vista dos dispositivos citados, é claro a todas as luzes que a Constituição brasileira apresenta-se como uma estampada antítese do neoliberalismo, pois não entrega a satisfatória organização da vida econômica e social a uma suposta (e nunca demonstrada) eficiência do mercado. Pelo contrário, declara que o Estado brasileiro tem compromissos formalmente explicitados com os valores que nela se enunciam, obrigando a que a ordem econômica e a social sejam articuladas de maneira a realizar os objetivos apontados.

Adentrando, especificamente, na análise das normas constitucionais que regem a intervenção do Estado no domínio econômico, depreende-se que este poderá intervir na ordem econômica, como agente econômico - artigos 173 e 177 da CF, ou intervir sobre a ordem econômica, como agente normativo, regulador ou fomentador da atividade nesse âmbito – artigo 174.

Daí a observação do professor Eros Grau¹⁶⁴ no sentido de que a forma de atuação do Estado no processo econômico pode se dar mediante a:

- **Intervenção por absorção ou participação:** *O Estado intervém no domínio econômico, isto é, no campo da atividade econômica em sentido estrito. Desenvolve ação como agente econômico em regime de monopólio - absorção ou em regime de competição - participação;*
- **Intervenção por direção:** *intervenção sobre o domínio econômico, isto é, sobre o campo da atividade econômica em sentido estrito. Desenvolve ação como regulador dessa atividade, por meio de pressão sobre a economia e normas de*

¹⁶⁴ A propósito, oportuno registrar o posicionamento do eminente professor Eros Grau, para quem a atividade econômica em sentido amplo é gênero, das quais são espécies: o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito. GRAU, Eros Roberto. Op. cit., 2007. p.103.

comportamento compulsório para os sujeitos da atividade econômica em sentido estrito.

- **Intervenção por indução:** *intervenção sobre o domínio econômico, isto é, sobre o campo da atividade econômica em sentido estrito. Desenvolve ação como regulador dessa atividade, por meio de manipulação dos instrumentos de intervenção: controle de preços etc*¹⁶⁵.

A atividade de fomento no domínio econômico se insere nesta última categoria – intervenção sobre a ordem econômica e não na ordem econômica, na medida em que, não atua diretamente no domínio econômico, senão, indiretamente, por meio de instrumentos de fomento, como por exemplo, a concessão de vantagens fiscais com o intuito de direcionar a conduta do particular no desenvolvimento de suas atividades, com vistas à consecução de um interesse público ou de relevância coletiva¹⁶⁶.

No que tange ao domínio social, a intervenção estatal nesse campo, de igual modo, pode se dar, de **modo direto**, pela **prestação de serviços públicos à coletividade** e, de **modo indireto**, pela **atividade administrativa de fomento**.¹⁶⁷

Há que se reconhecer a dificuldade do Estado de assegurar a plena efetivação dessas normas constitucionais. Vale dizer, delimitar até onde se mostra legítimo o exercício do direito à livre iniciativa e partir de qual ponto a atividade econômica desenvolvida pelo particular pode ser restringida pelo Estado, em razão da busca da Justiça Social e da incidência dos princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor, do meio ambiente, dentre outros.

Todavia, somente no confronto de tais bens jurídicos, diante do caso concreto, mediante a interpretação sistemática da Carta Política de 1988 e a adoção dos critérios de ponderação – proporcionalidade/razoabilidade dos valores em jogo, é que poderá assegurar a efetivação dessas normas constitucionais em prol dos objetivos nela consignados.

¹⁶⁵ Ibidem. p.148-9.

¹⁶⁶ A intervenção do Estado no domínio econômico por meio da atividade administrativa de fomento não será objeto de exame neste trabalho, senão pelas breves considerações já tecidas, haja vista o objetivo fixado e o intuito de não se desviar as atenções ao tema que se propôs estudar.

¹⁶⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio de. Op. cit., 2006.

Nesse passo, entende-se que os limites para a intervenção do Estado na ordem econômica e social estão devidamente gizados no Texto Constitucional, cabendo aos Poderes Públicos constituídos, cada qual na sua esfera de competência, a partir de uma interpretação sistemática e, quando preciso, da adoção do método de ponderação, assegurar a efetivação de uma ordem econômica que, a par das leis de mercado e dos objetivos de lucro, possa, de algum modo, contribuir para a implementação da Justiça Social e, por conseguinte, dos direitos sociais.

Em síntese, concluímos que a intervenção do Estado na ordem econômica e social, à luz da Constituição Federal de 1988, está traçada, ao menos por balizas que permitem, a partir de uma interpretação sistemática dos dispositivos constitucionais e do método de ponderação de valores diante do caso concreto, assegurar um modelo capitalista que não se descure e não se desvincula da Justiça Social.

Em reforço à tese, não se pode negar a crescente evolução do Constitucionalismo, que desde o advento do Estado de Direito e da hegemonia do princípio da legalidade, tem alargado o campo de controle dos atos do Estado e dos cidadãos, sob a perspectiva da juridicidade, ou seja, da conformação desses atos com o ordenamento jurídico, superando, com isso, as deficiências de uma legalidade formalista.

A implementação de um modelo que consagre os valores da ordem econômica conectados à ordem social, entretanto, não é algo simplório. De mera interpretação e aplicação da Constituição. Trata-se de grande desafio do atual Estado Democrático Social e de Direito e da sociedade brasileira, na medida em que envolve, dentre outras medidas, a implantação de governanças corporativas pelos agentes econômicos, com vistas à melhoria dos direitos sociais e a criação de políticas públicas que levem em consideração esses balizamentos constitucionais pelos Poderes Públicos constituídos, ferramentas essenciais para que os objetivos almejados na Lei Maior sejam gradativamente alcançados!

Uma vez gizados os balizamentos constitucionais da atividade administrativa relativa ao serviço público e da atividade econômica, cumpre identificar a configuração constitucional da atividade administrativa promocional no domínio social, conforme anteriormente proposto.

3.9 O PERFIL CONSTITUCIONAL DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DE FOMENTO NO DOMÍNIO SOCIAL À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O primeiro capítulo do presente trabalho foi destinado ao exame das transformações na organização política do Estado, desde o regime absolutista até o atual estágio de Estado Social e Democrático de Direito, oportunidade na qual se deixou registrado a “redescoberta” da atividade administrativa de fomento calcada no princípio da subsidiariedade.

A noção doutrinária desta ação estatal promocional foi objeto de análise no segundo capítulo, mediante a colação das lições assentadas pelos doutrinadores estrangeiros e pátrios sobre o instituto, em especial, no que toca ao conceito jurídico da atividade administrativa de fomento, apartando-a de outras espécies de atuação da Administração Pública – serviço público e polícia administrativa, e classificação quanto aos seus meios e formas.

No presente capítulo, já se estudou até este tópico, a configuração constitucional do Estado Brasileiro como Estado Social e Democrático de Direito, o espaço reservado ao serviço público, de titularidade do Estado e à atividade econômica, em regra, reservada aos particulares, pelo Texto Constitucional e a intervenção estatal nos domínios econômico e social.

Pois bem, cumpre agora verificar o que dispõe a Carta Magna sobre a parceria entre o Estado e a sociedade civil, no que diz respeito à atividade administrativa de fomento na ordem social.

O legislador constituinte de 1988 contemplou no artigo 6º como direitos sociais: a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados e, ao tratar desses direitos nos capítulos próprios, atribuiu à sociedade civil a participação e colaboração para o alcance desses direitos considerados de relevante interesse público, ora de forma facultativa (educação e saúde), ora de modo obrigatório (previdência social).

Ressalte-se que, independentemente do caráter facultativo ou obrigatório da atuação da sociedade civil, o que se extrai da Carta Magna é que, por considerar de relevante interesse público o alcance e a plenitude desses direitos sociais, estabelece o dever do Estado de fomentar essas atividades desenvolvidas pelos particulares, em alguns casos, de forma explícita (art. 217 – dever de fomentar

práticas desportivas; art. 23, inciso VIII – competência para fomentar a produção agropecuária) em outros de modo implícito (art. 215 – garantia ao acesso às fontes de cultura; art. 204, inciso II – assistência social).

Eis, a seguir, os dispositivos constitucionais que, sob a nossa ótica, contemplam a possibilidade de incidência da atividade administrativa de fomento no domínio social, após a expedição de regular ato legislativo dispendo sobre os parâmetros dessa atuação estatal.

No tocante à saúde, o artigo 197 da CF/88 considera de relevância pública as ações e serviços de saúde e o artigo 199 estabelece a **participação complementar** da iniciativa privada no sistema único de saúde, **tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos**.

Na área de educação, o artigo 205 da CF/88, de igual modo, estabelece que o direito à educação é dever do Estado e da família e será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, ou seja, identifica-se o **caráter complementar** da atuação da sociedade civil nessa área considerada pelo Estado como de relevante interesse público.

Importante destacar que o artigo 213 também contempla a transferência de recursos públicos às escolas comunitárias, filantrópicas, confessionais e que comprovem a **finalidade não lucrativa** e a aplicação dos excedentes nos seus objetivos sociais.

Esse mesmo raciocínio da colaboração da sociedade civil pode ser identificado no campo da assistência social, posto que o artigo 204, inciso II, da CF/88 contempla a participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação de políticas e no controle as ações em todos os níveis. As entidades de assistência social sem fins lucrativos são contempladas, inclusive, com a imunidade tributária de impostos incidentes sobre a sua renda, patrimônio e serviços, e de contribuições da seguridade social – art. 150, VI, “c” e 195, § 7º, da CF/88.

O acesso às fontes de cultura a todos está garantido no artigo 215, que impõe ao Estado o dever de apoiar e incentivar a valorização e a difusão das manifestações culturais e no artigo 216 ao dispor que promoção e a proteção do patrimônio cultural brasileiro serão realizadas pelo Poder Público, com a colaboração da comunidade.

O constituinte de 1988 segue atribuindo ao Estado no artigo 217 o dever de fomentar práticas desportivas formais e não-formais, com a destinação de recursos públicos para a promoção prioritária do desporto educacional, bem como o dever de incentivar o lazer, como forma de promoção social.

O desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológica também serão promovidos e incentivados pelo Poder Público, sendo, inclusive, facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular parcela de sua receita orçamentária a entidades públicas de fomento ao ensino e à pesquisa científica e tecnológica – art. 218.

Por fim, vislumbramos ainda a atuação conjunta entre Estado e sociedade nas áreas relativas ao meio ambiente, aos idosos e à criança e o adolescente – artigos 225, 230 e 227, todos da Constituição da República.

Depreende-se, pois, que atividade administrativa de fomento realizada pelo Estado nas áreas consideradas relevantes para o alcance do interesse público e a consecução dos direitos sociais é, antes de tudo, mandamento constitucional.

Além disso, tais dispositivos constitucionais deixam claro que a atividade administrativa de fomento está relacionada à **atuação complementar do particular**.

É dizer, a Constituição não afasta o dever do Poder Público de garantir ditos direitos sociais objeto de fomento, ao contrário, atribui ao mesmo a obrigação de efetivá-los, sem prejuízo da colaboração da sociedade civil.

Esse é o balizamento imposto pela Constituição ao legislador, no momento da edição da lei que regule a atividade administrativa de fomento, qual seja, que a previsão legal contemple a **atuação complementar e voluntária** do particular na consecução indireta dos interesses públicos, sem prejuízo dos deveres incumbidos ao Estado, por determinação constitucional.

Essa nota relativa ao caráter complementar da atividade desenvolvida pela sociedade civil na realização dos direitos sociais, sem o emprego de coação e objeto de fomento pelo Estado é essencial para que não haja confusão entre o campo reservado ao serviço público pela Lei Fundamental e aquele destinado à atividade de fomento.

Com efeito, como já visto, é a própria Carta Magna que estabelece o regime jurídico a que estão submetidos os serviços públicos. Dessa configuração constitucional do serviço público e a par dos delineamentos da atividade administrativa de fomento na Carta Política de 1988, pode-se concluir que a

atividade de fomento está voltada para o campo de **atuação complementar** do particular, o qual age como colaborador do Estado na consecução indireta de interesses públicos, com o intuito social e não lucrativo, sob o regime de direito privado permeado por normas de direito público (entidades do 3º Setor).

É dizer, as atividades exercidas pelos particulares voluntariamente e sem intuito lucrativo para a implementação dos direitos sociais, objeto de fomento pelo Estado, são aquelas abertas à iniciativa privada (p. ex. educação e saúde), todavia, se prestado pelo Estado, este somente poderá executá-lo como serviço público e à luz do regime de direito público.

E, justamente porque a atividade administrativa de fomento no domínio social busca a **satisfação indireta e mediata do interesse público** naquele campo, tem como destinatário aqueles entes particulares que desenvolvem ditas atividades relevantes para a sociedade, sem coação e sem fim lucrativo, componentes do denominado 3º Setor (os quais serão objeto de análise no capítulo seguinte).

Há que se anotar, no entanto, que atividade administrativa promocional, adotada como instrumento de intervenção estatal seja no domínio econômico, seja no domínio social, tem como nota característica a **subsidiariedade**, embora com conteúdos diversos nos respectivos âmbitos.

Explica-se. No campo econômico a atuação do Estado se mostra subsidiária (poder-se-ia dizer, complementar), na medida em que a regra é o desenvolvimento da atividade econômica pelo particular, com o objetivo de lucro, por seus meios próprios. Assim, o Estado apenas adotará uma política de fomento econômico que se justifique para o alcance das finalidades públicas, a exemplo, da instituição de regimes especiais para determinadas áreas carentes de indústrias etc.

Por outro lado, na seara social, observa-se que o Estado, por ter adotado um modelo de Estado Social e de Estado Democrático de Direito, deve, como regra, assegurar a prestação dos serviços públicos sociais, tais como saúde, educação, previdência e assistencial social. Segue-se, então, que a atividade administrativa de fomento nessa área também somente poderá se efetivar de modo complementar, subsidiário, mediante o incentivo, a promoção, o auxílio dos particulares que desenvolvam, ao lado da Administração Pública, atividades consideradas de interesse público.

Com essas afirmações acerca da natureza complementar da atividade administrativa de fomento, podemos concluir que o Estado não poderá, a pretexto de adotá-la como instrumento de intervenção, pretender substituir os papéis principais reservados, respectivamente, ao Estado e ao particular, nos âmbitos econômico e social. Vale dizer, no primeiro, *o particular como protagonista e no segundo o ente estatal* e, vice-versa, cada qual como atores secundários naqueles campos.

Daí porque, é sempre bom repisar, não pode o Poder Público, ante os mandamentos constitucionais, pretender se esquivar dos seus encargos quanto à prestação de serviços públicos mediante mero incentivos às entidades do Terceiro Setor.

Nesse sentido, já advertia o professor Sílvio Luís Ferreira da Rocha: “*O Estado não poderá, a nosso ver, substituir completamente a prestação de serviços por atividade de fomento, por isto implicar uma renúncia às funções que lhe foram acometidas pelo Texto Constitucional*”. No mesmo passo, cita-se ainda a posição de Carolina Zancaner Zockun¹⁶⁸, Tarso Cabral Violin¹⁶⁹ e José Roberto Pimenta Oliveira¹⁷⁰.

A par do perfil constitucional da atividade administrativa de fomento, cumpre propor o conceito de tal espécie de função pública.

Entende-se que a referida ação promocional pode ser definida como **“atividade administrativa pela qual o Estado incentiva as atividades dos particulares e de outras entidades públicas que atendam o interesse público assim consagrado pelo ordenamento jurídico positivo, com a conseqüente satisfação, de modo indireto e mediato, desse interesse, sem o emprego de meios coercitivos e sem o desempenho de serviços públicos”**.

Explicita-se o conceito. A alusão à **“atividade administrativa pela qual o Estado”** significa dizer que, enquanto atividade administrativa¹⁷¹ a cargo da

¹⁶⁸ ZOCKUN, Carolina Zancaner. Op. cit., no prelo. p.203.

¹⁶⁹ VIOLIN, Tarso Cabral. “Estado, Ordem Social e Privatização. As terceirizações ilícitas da Administração Pública por meio das Organizações Sociais, OSCIPs e demais entidades do Terceiro Setor”. *REPERE - Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*. nº.12. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, dez/jan/fev 2008. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 05/02/2009.

¹⁷⁰ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p.531.

¹⁷¹ A elaboração de um conceito para cada uma das funções estatais – legislativa, administrativa ou executiva e judiciária, com critérios que permitam exprimir com segurança a abrangência de cada uma delas é tarefa que tem demandado esforços dos estudiosos do Direito Administrativo. É que no

Administração Pública, está subordinada ao regime jurídico-administrativo, com a incidência dos princípios¹⁷² que o informam, a exemplo dos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, dentre outros, implícita ou explicitamente encartados na Constituição Federal de 1988 e albergados em dispositivos da legislação infraconstitucional, como na Lei do Processo Administrativo Federal – Lei nº 9.784/99.

De fato, a questão relativa à implementação eficaz do fomento público no Brasil está a exigir maior atenção tanto do legislador pátrio como da Administração Pública, cada qual no exercício das suas atribuições constitucionais. Isso porque a legitimidade dessa importante atividade estatal está condicionada à observância dos parâmetros fixados na Carta Magna.

Relativamente ao princípio da legalidade, dado a sua importância no contexto do Estado de Direito (no sentido de que todos – Administração e administrados estão subordinados à ordem jurídica), está previsto como direito fundamental no “art. 5º, inciso II, da CF/88 – ninguém será obrigado a fazer ou deixar fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

“sistema do *checks and balance*” ou “sistema de freios e contrapesos”, adotado com reconhecido sucesso como meio de contenção do poder, embora exista uma separação de funções, esta não é absoluta. Em outras palavras, todos esses poderes exercem atividades típicas consoante a competência que lhes fora fixada pela Constituição, como também tarefas dos outros poderes, estas últimas, de forma atípica, para o seu regular funcionamento. Assim, o Judiciário, por exemplo, que atua tipicamente ao compor os conflitos a ele submetidos e de forma atípica ao praticar atos administrativos dentro da sua esfera de atuação, tais como nomear servidor, realizar licitações etc e atos legislativos, ao editar seus regimentos internos. De igual modo, o Legislativo, que no exercício da função típica é incumbido de elaborar leis e nem por isso deixa de praticar funções inerentes aos outros poderes, tais como o julgamento de alguns agentes políticos por crime de responsabilidade e prática de atos administrativos consubstanciados em concessão de férias, licenças, licitações etc. Por fim, o Executivo também desenvolve além das funções típicas, aquelas denominadas atípicas, como por exemplo, quando edita medida provisória com força de lei. Daí porque, observa-se alguma divergência conceitual entre os doutrinadores, a partir dos critérios eleitos para apartar as funções executiva ou administrativa, legislativa e jurisdicional do Estado. Para fins do presente trabalho, adota-se o conceito de função administrativa formulado pela professora Lucia Valle Figueiredo, que “*consiste no dever de o Estado, ou de quem aja em seu nome, dar cumprimento fiel, no caso concreto, aos comandos normativos, de maneira geral ou individual, para a realização dos fins públicos, sob regime prevalecente de direito público, por meio de atos e comportamentos controláveis internamente, bem como externamente pelo Legislativo (com o auxílio dos Tribunais de Contas), atos, estes, revisíveis pelo Judiciário*”. FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Op. cit., 2006. p.33.

¹⁷² Os princípios são normas dotadas de elevada carga axiológica, capaz de orientar a interpretação e a aplicação das demais normas do sistema jurídico, integrando-as. Daí a sua hierarquia em relação às demais normas-regras do sistema jurídico, posto que assumem a condição de pilares do ordenamento jurídico. Consoante lição do professor Roque Carraza: “*Princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam*.” CARRAZA, Roque Antonio. Op. cit., 1999. p.31.

De acordo com o referido princípio, extrai-se que ao particular é dado fazer tudo aquilo que a lei permita ou não proíba. Relativamente à legalidade administrativa, há que se atentar ainda para o disposto no art. 37, *caput* e 84, inciso IV, da CF/88, donde se constata um campo menor de atuação, na medida em que a Administração, no exercício da função pública administrativa, somente pode fazer o que a lei autoriza.

No que toca ao princípio da impessoalidade, conforme pontua Bandeira de Mello:¹⁷³

traduz a idéia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimen-tosas. Nem favoritismo nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie. O princípio em causa não é senão o próprio princípio da igualdade ou da isonomia.

De fato, entende-se que a escolha dos administrados para receber do Estado recursos públicos mediante a atividade administrativa promocional ou de fomento deve se pautar pelo referido princípio, assim como o da moralidade administrativa. Para tanto, há que adotar procedimento licitatório ou, ao menos, processo seletivo com prévias e objetivas regras para a seleção dos administrados interessados.

Do exame da Constituição Federal, depreende-se que tanto no artigo 37, XXI, quando tratou da contratação de serviços, obras, compras, alienações com particulares, como no artigo 175, quando tratou da concessão e permissão dos serviços públicos aos particulares, exigiu procedimento licitatório para assegurar a isonomia entre os interessados. Ora, a exigência de licitação quando haja contratação entre o Poder Público e o particular decorre da própria Constituição, ressalvados os casos em que tal disputa não se coaduna com o atendimento do interesse público – dispensa ou inexigibilidade de licitação. Daí porque o artigo 116 da Lei nº 8.666/93 estabelece que os convênios, ajustes, acordos e outros instrumentos congêneres, no que couber, estão sujeitos aos princípios da licitação

¹⁷³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., 2006. p.110.

contidos no referido diploma legal, norma cogente, como bem ressalta o eminente administrativista Toshio Mukai, a todas entidades políticas.

O convênio, o contrato de gestão e o termo de parceria, como instrumentos da atividade administrativa de fomento e como espécies do gênero negócio jurídico de cooperação entre o Poder Público e os particulares estão subordinados a tal regramento constitucional. No tocante às subvenções, auxílios e contribuições, embora a legislação de regência desses institutos não estabeleçam a adoção do procedimento licitatório para a destinação dos recursos públicos, entende-se que, por igual razão, devem observar os princípios que informam a atividade administrativa, em especial os princípios aqui referidos – impessoalidade e moralidade administrativa.

No atual estágio do Estado Social e Democrático de Direito, é natural ainda que se exija da Administração Pública a transparência de seus atos, ressalvados as hipóteses excepcionais previstas no ordenamento jurídico, e justificadas seja sob a ótica da segurança da sociedade ou do Estado, seja sob o prisma do direito à intimidade.

Não por outra razão, que a Carta Magna, em inúmeros dispositivos constitucionais faz referência à publicidade dos atos estatais, assim como assegura instrumentos jurídicos para assegurar o recebimento de informações, como por exemplo, o habeas data, o direito de petição etc. Por meio do princípio da publicidade permite-se o controle externo e interno dos atos da Administração Pública.

Com relação ao princípio da eficiência, Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁷⁴ entende se tratar de uma faceta do princípio da boa administração. Diz o autor:

Quanto ao princípio da eficiência, não há nada a dizer sobre ele. Trata-se, evidentemente, de algo mais do que desejável. Contudo, é juridicamente tão fluido e de tão difícil controle ao lume do Direito, que mais parece um simples adorno agregado ao art. 37 ou o extravasamento de uma aspiração dos que burilam no texto. De toda sorte, o fato é que tal princípio não pode ser concebido (entre nós nunca é demais fazer ressalvas óbvias) senão na intimidade do princípio da legalidade, pois jamais suma suposta busca de eficiência justificaria postergação daquele que é o dever administrativo por excelência. Finalmente, anote-se que este princípio da

¹⁷⁴ Op. cit., 2006. p.117-8.

eficiência é uma faceta de um princípio mais amplo já superiormente tratado, de há muito, no Direito italiano: o princípio da 'boa administração'.

Ora, não há dúvidas de que a legítima atividade administrativa de fomento exige também a observância do princípio da eficiência, ou seja, da "boa administração", em conjunto com os demais princípios, explícitos ou implícitos (estes últimos, extraídos do sistema jurídico positivo, tal como o princípio da segurança jurídica, da supremacia do interesse público sobre o privado etc.) que regem a Administração Pública.

Nesse sentido, o escólio de Silvío Luís Ferreira da Rocha¹⁷⁵:

A atividade de fomento, enquanto atividade administrativa, deve estar submetida ao regime jurídico administrativo, que no Brasil deriva diretamente da Constituição Federal. Assim, a atividade de fomento submete-se aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, caput, redação da EC 19), além da motivação (art. 93, X), da igualdade e da finalidade, entre outros.

Na mesma direção, José Roberto Pimenta Oliveira¹⁷⁶, em primoroso estudo sobre os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro, tece importantes considerações acerca da observância aos princípios que informam o regime jurídico-administrativo na atividade promocional. No ponto, destaca-se a sua lição acerca da incidência dos princípios da legalidade, da eficiência, da razoabilidade e da proporcionalidade na referida atividade:

A legalidade, em particular, é reiteradamente reforçada com as regras constitucionais disciplinadoras das finanças públicas (arts. 163 e ss.), quando o fomento representar acréscimo de despesa ou redução de receitas. Tem-se, v.g., a norma que veda a instituição de fundos de qualquer natureza sem prévia autorização legislativa (art. 167, IX).

A eficiência, a seu turno, é desdobrada nos deveres de legitimidade e de economicidade, inclusive na aplicação de subvenções, impostos a qualquer pessoa que utilize, gere ou administre dinheiro, bens e valores públicos, fiscalizados pelo sistema de controle do Tribunal de Contas (art. 70 e parágrafo único e art. 71, VI) e controle interno de cada Poder (art. 74, II).

¹⁷⁵ ROCHA, Silvío Luís Ferreira da. *Terceiro Setor*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p.27-9.

¹⁷⁶ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Op. cit., 2006. p.519-20.

Neste contexto constitucional em que se estabelece um rol extenso de princípios e de formas de controle sobre a atuação administrativa, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade são elementos-chaves para garantir a legitimidade da atividade promocional ou de fomento, executada pela Administração para dar plena efetividade à realização dos objetivos constitucionais, seja no âmbito social, seja no âmbito econômico. [...]

É possível cogitar da incidência do princípio da razoabilidade no momento, seja de criação do quadro regulador da ação fomentadora, seja de implementação da moldura normativa disciplinadora da produção dos atos jurídico-administrativos concretos, no exercício da função.

Por fim, merece destaque o princípio da moralidade administrativa, o qual também se afigura essencial para a conformação do exercício da atividade administrativa promocional ou de fomento, em conjunto com os demais princípios constitucionais que regem a função administrativa,.

Adverte-se, por oportuno, que a moralidade administrativa¹⁷⁷ está vinculada a valor ou preceito *moral* juridicizado, e a sua ofensa não decorre da violação de

¹⁷⁷ No entendimento da professora Weida Zancaner: “O conceito de moralidade, *símile ao que ocorre com o da razoabilidade, constitui conceito de experiência ou de valor. Esses conceitos, quando utilizados pelo direito, são denominados, pela Ciência Jurídica, conceitos jurídicos indeterminados. A indeterminação deste tipo de conceito não impede sua compreensão nem impede sua aplicação. Aliás, os conceitos jurídicos indeterminados ao invés de baralhar, promovem a comunicação jurídica. O conceito de moralidade deve ser sacado do próprio conceito de moralidade vigente em uma determinada sociedade em uma determinada época. Entretanto, é bom que se esclareça que este conceito não deve ter por parâmetro a conduta social das pessoas, mas o que elas entendem como moralmente correto, o que dizem ser correto como valor que exprime o consenso social e os valores albergados pelo sistema jurídico positivo. A compreensão que temos acerca do tema, nos induz a concluir que a moralidade é recepcionada pelo sistema jurídico positivo como um todo e não uma pontualização de tópicos onde deva ser tida como vigente. A moralidade ao ser absorvida pelo direito posto, se espalha por todo o sistema normativo, não se alocando, necessariamente, na norma ‘A’ ou ‘B’. Entretanto, muito embora permeie o sistema, é autônoma no sentido de que não pode ser objetivada pontualmente em cada uma das normas jurídicas, e, portanto, diluída simplesmente no mero enunciado do princípio da legalidade. O princípio da moralidade tem sua essência captada com precisão por Marçal Justen Filho quando se refere a este como um ‘princípio jurídico ‘em branco’, o que significa que seu conteúdo não se exaure em comando concretos e definidos, explícita ou implicitamente previstos no Direito legislado. O princípio da moralidade pública contempla a determinação jurídica da observância de preceitos éticos produzidos pela sociedade, variáveis segundo as circunstâncias de cada caso’. Em síntese, podemos dizer que o administrador afrontará o princípio da moralidade todas as vezes que agir visando interesses pessoais, com o fito de tirar proveito para si ou amigos, ou quando editar atos maliciosos ou desleais, ou ainda, atos caprichosos, atos exarados com o intuito de perseguir inimigos ou desafetos políticos, quando afrontar a probidade administrativa, quando agir com má-fé ou de maneira desleal. Mister ainda frisar, que os atos afrontosos ao princípio da moralidade são atos portadores de vício de desvio de poder, pois o agente usa sua competência para atingir finalidade alheia à própria do ato praticado e (no mais das vezes) imbuído de um móvel considerado reprovável do ponto de vista moral. O princípio da moralidade encartada em inúmeros artigos da Constituição Federal, consiste, em ultima ratio, regra de civilidade essencial à sobrevivência das instituições democráticas. Esta posição, isto é, a compreensão do princípio da moralidade com um ‘plus’ ao princípio da legalidade, inclusive enquanto autônomo em*

norma exclusivamente de ordem moral, consoante as precisas lições do eminente professor Márcio Cammarosano¹⁷⁸:

Na medida em que o próprio Direito consagra a moralidade administrativa como bem jurídico amparável por ação popular, é porque está outorgando ao cidadão legitimação ativa para provocar o controle judicial dos atos que sejam inválidos por ofensa a valores ou preceitos morais juridicizados. São esses valores ou preceitos que compõem a moralidade administrativa. A moralidade administrativa tem conteúdo jurídico porque compreende valores juridicizados, e tem sentido a expressão moralidade porque os valores juridicizados foram recolhidos de outra ordem normativa do comportamento humano: a ordem moral. Os aspectos jurídicos e morais se fundem, resultando na moralidade jurídica, que é a moralidade administrativa quando reportada à Administração Pública. O princípio da moralidade administrativa está referido, assim, não diretamente à ordem moral do comportamento humano, mas a outros princípios e normas que, por sua vez, juridicizam valores morais. É por essa razão que o princípio da moralidade administrativa não agrega ao mundo do Direito, por si só, qualquer norma moral que, se violada, implicaria invalidade do ato. Não há que se falar em ofensa à moralidade administrativa se ofensa não houver ao Direito. Mas só se pode falar em ofensa à moralidade administrativa se a ofensa ao Direito caracterizar também ofensa a preceito moral por ele juridicizado, e não é o princípio da moralidade que, de per si, juridiciza preceitos morais.

Por seu turno, ao se empregar a expressão **“incentiva as atividades dos particulares e de outras entidades públicas que atendam o interesse público assim consagrado pelo ordenamento jurídico positivo”** quer-se esclarecer que apenas as atividades dos particulares e de outras entidades públicas¹⁷⁹ que, de algum modo, realizem o interesse público, assim considerado pela Constituição Federal e pela lei, são passíveis da ação fomentadora. É dizer, para o desempenho

relação a este, é a aceitação de valores éticos e morais pelo sistema jurídico, valores que se espraiam por todo sistema porque ajudaram a compor o perfil constitucional do Estado adotado por uma determinada sociedade em uma determinada época.” ZANCANER, Weida. Op. cit., dez. 2001.

¹⁷⁸ CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p.113-4.

¹⁷⁹ Conforme já se anotou linhas atrás, acolhe-se no presente trabalho a posição, entre outros, de Garrido Falla, Roberto Dromi, Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Célia Cunha Mello, que admitem a possibilidade de tal atividade ter como destinatário outro ente do aparelho administrativo. Entende-se que nada obsta o legislador estabelecer incentivo por parte de uma pessoa política, por exemplo, a União Federal, em face de outros entes públicos menores, como uma sociedade de economia mista do Estado. Aliás, no campo do fomento econômico, são fartos os exemplos de incentivos fiscais, concedidos a título de fomento, que alcançam tanto os particulares como entes públicos.

da atividade promocional há necessidade de previsão legal para definir os parâmetros da atuação estatal, e mais, que esta esteja de acordo com a Lei Maior do país.

Por fim, no que tange à parte final do conceito “**com a conseqüente satisfação, de modo indireto e mediato, desse interesse, sem o emprego de meios coercitivos e sem o desempenho de serviços públicos**” pretende-se apartar tal atividade daquela relativa ao exercício do poder de polícia e da destinada à realização de serviço público.

Passa-se, pois, no capítulo seguinte para o exame das destinatárias da atividade administrativa de fomento, a natureza jurídica de suas atividades e os instrumentos jurídicos contemplados na legislação pátria para a formação dos vínculos de parceria entre estas e o Estado.

CAPÍTULO IV - AS ENTIDADES DO TERCEIRO SETOR COMO DESTINATÁRIAS DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DE FOMENTO NO DOMÍNIO SOCIAL

4.1 DELIMITAÇÃO DO UNIVERSO DAS ENTIDADES FOMENTADAS

A delimitação das entidades integrantes do Terceiro Setor aptas a receberem a ação promocional da Administração Pública, mediante a identificação da natureza jurídica de suas atividades e dos instrumentos jurídicos em vigor para a formação desses vínculos jurídicos de parceria com o Poder Público, é essencial para que se possa, então, demarcar o campo de responsabilidade do Estado e desses entes nesse âmbito.

A partir do conceito da atividade administrativa de fomento proposto pelo professor Jordana de Pozas, tem-se como destinatários dessa ação promocional apenas os particulares. No entanto, tal conjunto é amplíssimo, na medida em que engloba como possíveis destinatárias do fomento público no âmbito econômico e social tanto as pessoas físicas como as jurídicas de direito privado, estas últimas, com ou sem fins lucrativos, que com as suas atividades satisfaçam necessidades ou interesses públicos, assim considerados pela ordem jurídica e por isso fomentados pelo Estado.

Por outro lado, adotando-se o entendimento de Roberto Dromi, dentre outros, aqui acolhida, há que se concluir como beneficiários além dos particulares, os outros entes públicos, o que acresce ainda mais o rol dos agentes fomentados.

Tendo em vista que o presente estudo visa examinar tão somente a intervenção estatal por meio da ação fomentadora no domínio social à luz da Constituição da República, far-se-á apenas a análise das destinatárias dessa atividade promocional, nos termos do ordenamento jurídico positivo pátrio.

É dizer, o exame dos agentes fomentados se circunscreverá àqueles que integram o denominado Terceiro Setor e desenvolvem atividades que os autorizam a travar relações jurídicas com o Estado no âmbito da Administração Pública Fomentadora. Com isso, serão analisadas tão somente aquelas entidades contempladas na legislação pátria como aptas a se qualificarem como agentes fomentados.

Antes de tratar de cada uma dessas entidades paraestatais, cabe tecer algumas considerações sobre o Terceiro Setor¹⁸⁰.

4.2 SÍNTESE HISTÓRICA DA EVOLUÇÃO DO TERCEIRO SETOR NO BRASIL

A expressão “Terceiro Setor” foi inicialmente adotada nos Estados Unidos na década de 70, responsável também pela propagação das expressões “*non profit sector*”, “*independent sector*” ou “*voluntary sector*”, e a partir da década de 80 passou a ser acolhida pelos cientistas sociais da Europa para designar aquelas entidades sem fins lucrativos que não se encontravam inseridas nem no primeiro setor – *Estado* e nem no segundo setor – o *mercado*.

Entretanto, convém ressaltar, desde logo, que a formação de tais entidades tem início em período histórico bem mais longínquo. Com efeito, há tempos já se identificavam instituições sem fins lucrativos com propósitos voltados ao atendimento da coletividade, à consecução de interesses considerados relevantes para sociedade. De fato, a sua origem está na filantropia, ou seja, na solidariedade.

No Brasil, as ações filantrópicas remontam à época do Brasil colônia, por meio da igreja católica, com a instalação das Santas Casas de Misericórdia, na área da saúde e dos orfanatos e colégios confessionais, no âmbito da educação, inclusive, com o auxílio financeiro do Estado para o custeio de tais atividades.

Como registra Andrés Pablo Falconer¹⁸¹:

As organizações que compõem o Terceiro Setor evidentemente não são novas. Têm-se no Brasil, como exemplos tradicionais deste setor, as Santas Casas de Misericórdia e as obras sociais e, como representantes mais recentes, as organizações não-governamentais resultantes dos novos movimentos sociais que emergem a partir dos anos 70. Nova é a forma de olhá-las como componentes de um “setor” que pleiteia igualdade em relação ao Estado e ao Mercado.

¹⁸⁰ Não se pretende aqui estudar o fenômeno social “Terceiro Setor” sob o prisma de outros ramos científicos (sociologia, economia etc.), limitando-se à análise das normas jurídicas que se destinam a disciplinar as entidades integrantes desse conjunto. Em outras palavras, não se examinará os aspectos sóciopolítico-econômicos que justifiquem o surgimento e a manutenção do Terceiro Setor, restringindo-se ao estudo das atividades realizadas por tais entidades à luz da Constituição Federal de 1988.

¹⁸¹ FALCONER, Andrés Pablo. *A Promessa do Terceiro Setor: um Estudo sobre a Construção do Papel das Organizações sem fins lucrativos e do seu Campo de Gestão*. São Paulo: Centro de Estudos em Administração do Terceiro Setor, 1999. p.3.

Pedro Carpenter Genescá¹⁸², em dissertação de mestrado que abordou os novos instrumentos contratuais na relação Estado-Terceiro Setor, descreve, além dessa etapa inicial, marcada pelas ações filantrópicas da igreja católica, outras 3 *etapas distintas* no tocante ao percurso evolutivo do Terceiro Setor no Brasil.

De acordo com o referido autor, a

segunda etapa de desenvolvimento do Terceiro Setor brasileiro pode ser delimitada entre o governo de Vargas e início da década de 60. Trata-se de fase marcada por uma mudança radical do papel desempenhado pelo Estado brasileiro que ganha forte caráter intervencionista, construindo a versão brasileira do internacionalmente conhecido Estado Providencial. Neste período o Estado brasileiro se define e se apresenta como o único responsável pelo fornecimento dos serviços públicos essenciais, notadamente os de saúde, educação, assistência e previdência sociais. Também data desta época a criação da certificação oficial de entidades de utilidade pública federal, através da promulgação da Lei 91, em 28/08/1935. Com definições marcadamente subjetivas, tanto no sistema de concessão do título quanto da renovação do mesmo, a referida lei acabou por se concretizar como uma forma de controle e intervenção, exercidos pelo Estado, sobre as entidades do Terceiro Setor.

O terceiro ciclo inicia-se em meados da década de 60 e se prolonga até meados da década de 80. Nesse período, em virtude do regime militar e da repressão sistemática às contestações políticas e organização sindical, a vida associativa desloca-se para as comunidades, com o surgimento das associações de moradores e associações comunitárias, por não representarem ameaça ao regime instalado. Ocupam-se de outras demandas sociais de caráter eminentemente local (saneamento do bairro, rede elétrica, urbanização etc). Ainda nesse período, surgem novos atores sociais, que darão início ao processo de redemocratização. Destaca, assim, o papel dos sindicatos, das organizações estudantis, da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência (SBPC) e Associação Brasileira de Imprensa (ABI). Ainda consoante Carpenter, *“tratou-se do retorno do Estado Democrático de Direito através da sociedade civil organizada, cujo ápice foi a promulgação da Constituição de 1988, a Carta Cidadã”*.

¹⁸² GENESCÁ, Pedro Carpenter. *Os novos instrumentos contratuais na relação Estado-Terceiro Setor*. Rio de Janeiro, no prelo.

Por fim, a quarta etapa, iniciada em fins da década de 80 e, atualmente, em desenvolvimento. Nesse período verifica-se a afirmação do Terceiro Setor, mediante

ampliação das manifestações da sociedade civil organizada, agora também voltadas para problemas e questões sociais ainda não profundamente trabalhados pelos antigos atores: o meio ambiente, os direitos humanos, as questões de gênero e raça, os direitos do consumidor. Manifestações, estas, que ganham contorno e organização peculiares e próprios, procurando estabelecer fortes laços e conexões entre o Estado e seus tutelados, ou seja, a sociedade, mantendo, entretanto, autonomia e independência. Datam deste momento o fortalecimento do Ministério Público e leis como o Código de Defesa do Consumidor.

Eis, em apertada síntese, as quatro etapas do desenvolvimento do Terceiro Setor no Estado Brasileiro.

4.3 O CONCEITO E A ABRANGÊNCIA DO TERCEIRO SETOR

Não obstante a inegável evolução do denominado Terceiro Setor, desde a sua fase inicial apoiada na filantropia, o fato é que até os dias atuais não há um código ou mesmo uma lei que unifique e sistematize o desenvolvimento dessas atividades de interesse público e social, não obstante a existência de diplomas legais esparsos que tratam sobre este ou aquele ponto da matéria.

Veja-se que, ante a ausência de um conceito legal da própria expressão “Terceiro Setor” no ordenamento jurídico pátrio, os cientistas do direito têm ofertado conceituações com matizes distintas, em face dos critérios e dos elementos eleitos para tal mister, extraídos da legislação em vigor, embora, mantenham-se, de um modo geral, uniformes no tocante à idéia de identificar em tais pessoas uma nova classe que não o Estado ou o mercado.

Para ilustrar tal assertiva, cabe trazer aqui alguns conceitos de “Terceiro Setor” colhidos das lições de doutrinadores que se debruçaram sobre o tema.

Entre nós, Silvio Luis Ferreira da Rocha¹⁸³ anota que

¹⁸³ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro Setor*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p.13.

o nome Terceiro Setor indica os entes que estão situados entre os setores empresarial e estatal. Os entes que integram o Terceiro Setor são entes privados, não vinculados à organização centralizada ou descentralizada da Administração Pública, mas que não almejam, entretanto, entre seus objetivos sociais, o lucro e que prestam serviços em áreas de relevante interesse social e público.

De acordo com Gustavo Henrique Justino de Oliveira¹⁸⁴,

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

José Eduardo Sabo Paes¹⁸⁵, por seu turno, conceitua

Terceiro Setor" como "o conjunto de organismos ou instituições sem fins lucrativos dotados de autonomia e administração própria que apresentam como função e objetivo principal atuar voluntariamente junto à sociedade visando ao seu aperfeiçoamento.

Também destaca o fato de que tais organismos ou instituições não pertencem nem ao “primeiro setor” – o Estado e nem ao “segundo setor” – mercado formado pelo conjunto de sociedades com fins lucrativos.

Por fim, cabe ainda destacar a conceituação proposta por Leandro Marins de SOUZA¹⁸⁶. O referido autor, na excelente obra *Tributação do Terceiro Setor no Brasil*, traça, inicialmente, uma detida análise do Terceiro Setor sob as óticas social, política e econômica, para então, procurar, sob o prisma jurídico, identificar o percurso evolutivo do Terceiro Setor nas Constituições brasileiras, e acaba por concluir que *"o Terceiro Setor é toda ação, sem intuito lucrativo, praticado por pessoa física ou jurídica de natureza privada, como expressão da participação*

¹⁸⁴ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de (coord.). *Terceiro Setor, Empresas e Estado. Novas Fronteiras entre o Público e o Privado*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p.465.

¹⁸⁵ PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações e Entidades de Interesse Social. Aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários*. 4ªed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. p.98-9.

¹⁸⁶ SOUZA, Leandro Marins. *Tributação do Terceiro Setor no Brasil*. São Paulo: Dialética, 2004. p.96.

popular, que tenha por finalidade a promoção de um direito social ou seus princípios".

Dos conceitos propostos, e à míngua de uma definição legal, pode-se imaginar a extensa lista de entes privados que nela podem ser alocados, como por exemplo, as *associações beneficentes e assistenciais*; as *de caráter científico, cultural e educacional*; as *fundações privadas*; os *entes de caráter corporativo* (sindicatos, federações, confederações, centrais de empregados e empregadores, associação de classe etc.); os *entes de benefícios mútuos* (clubes, caixas, fundos de pensão); *associações de defesa de determinado grupo* (dentre outros, associações de bairro, de mutuários), as cooperativas etc.

Daí porque se adota no presente trabalho a lição trazida por José Eduardo Sabo Paes, no que toca à rica experiência dos países anglo-saxônicos, que distinguem as organizações do Terceiro Setor em duas grandes categorias, levando-se em consideração as suas finalidades. Diz o autor¹⁸⁷:

A primeira categoria é formada pelas organizações de interesse (ou caráter) público – que são aquelas voltadas para a defesa do interesse mais amplo da sociedade ou para o desenvolvimento de uma atividade que traz benefícios para a sociedade como um todo, mesmo que, aparentemente, ela se dedique apenas a beneficiar agrupamentos específicos (como, por exemplo, os aidéticos ou as populações mais carentes).

A segunda é integrada pelas organizações de ajuda mútua ou de auto-ajuda – que são as organizações ou agrupamentos que se formam para defender interesses coletivos, mas de um círculo restrito, específico, de pessoas, como, por exemplo, uma associação de classe, um clube social ou uma associação de moradores de uma determinada zona da cidade ou de funcionários de uma determinada empresa.

A primeira categoria – que congrega as organizações de interesse público ou de benefício público, por serem reconhecidamente instrumentais para a consecução de uma nova dinâmica participativa, democrática e social; onde as relações são caracterizadas por laços de solidariedade entre os indivíduos, o espírito de voluntariado e a busca do bem comum

¹⁸⁷ PAES, José Eduardo Sabo. Op. cit., 2003, p. 90.

– é reconhecida como merecedora de incentivos. Por isso, as organizações desfrutam de certos direitos e privilégios especiais, assim como sua contrapartida de deveres e responsabilidades. O principal deles é a possibilidade de receberem contribuições, de pessoa física ou jurídica, dedutíveis no Imposto de Renda.

Deveras, embora numa acepção ampla de “Terceiro Setor”, possam ser enquadrados sob tal rótulo, dentre outras, as diversas entidades anteriormente referidas, adotar-se-á aqui uma acepção estrita, levando-se em consideração apenas aquelas que revelem “*fins públicos*” nos seus objetivos sociais, vale dizer, que desenvolvam atividades sem fins econômicos, com o intuito de trazer benefícios para a sociedade como um todo.

Em síntese, à vista do ordenamento jurídico pátrio, serão analisadas somente as *entidades paraestatais*¹⁸⁸, assim consideradas as pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos que, embora não integrem a Administração Pública Direta ou Indireta, tenham por objetivo social a consecução de interesses públicos, considerados relevantes para a coletividade e por isso acolhidas pelo ordenamento jurídico positivo pátrio como aptas a receberem o fomento público (serviços sociais autônomos, cooperativas sociais, associações e fundações privadas de interesse social, estas duas últimas podendo obter a qualificação de Utilidade Pública, de Entidade Beneficente de Assistência Social, de Organização Social – OS ou de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIP).¹⁸⁹

¹⁸⁸ Tarso Cabral Violin, após demonstrar inúmeras e distintas significações adotadas pelos doutrinadores pátrios ao termo “paraestatal”, conclui que a referida palavra significa “ao lado do Estado”. Diz ele: “*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 recebam 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, OSCIPs, partidos políticos, sindicatos), inclusive os serviços sociais autônomos [...].*” VIOLIN, Tarso Cabral. *Uma análise crítica do ideário do “Terceiro Setor” no contexto neoliberal e as parcerias entre a Administração Pública e Sociedade Civil Organizada no Brasil*. Curitiba, no prelo. p.140. Embora, no presente trabalho, também se compartilhe da acepção proposta, deixar-se-á de examinar aqueles entes integrantes do Terceiro Setor, cuja atuação seja restrita a um determinado grupo ou que não tenha por fim precípuo trazer benefícios para a sociedade como um todo, v.g., os sindicatos, as organizações religiosas, as clubes desportivos etc.

¹⁸⁹ Conforme será adiante analisado, tais entes apenas poderão adotar como forma jurídica para o desenvolvimento de suas atividades: a associação ou a fundação, embora possa vir a receber qualificações como a de: “organização social - OS”; “organização da sociedade civil de interesse

Há que se perquirir, nesse passo, quais são as características comuns a todas elas e as específicas de cada uma delas.

4.4 DAS CARACTERÍSTICAS DOS ENTES PARAESTATAIS

Inicialmente, cumpre registrar, que das entidades destinatárias da atividade administrativa de fomento que ora se propôs examinar, todas possuem as seguintes características em comum:

- a) **são pessoas jurídicas de direito privado** que não integram a organização centralizada ou descentralizada da Administração Pública;
- b) **não perseguem o lucro**, embora possam obter resultados positivos no desenvolvimento de suas atividades¹⁹⁰;
- c) almejam a **satisfação de interesses públicos**, de interesses gerais da coletividade, assim consagrados pelo ordenamento jurídico positivo;
- d) possuem, em razão dos seus objetivos sociais, um **regime jurídico híbrido**, com predominância das normas de Direito Privado, embora permeado por normas e princípios do Direito Público, ante a possibilidade de gestão de recursos públicos;
- e) estão sujeitas a um **maior controle do Estado**, mediante a **atividade administrativa de polícia**, em razão da atuação em áreas que abrangem interesses relevantes da sociedades: saúde, educação, previdência e assistência social;
- f) quando recebem recursos públicos, a título de fomento, para o desempenho de suas atividades sociais, estão obrigadas a **prestar contas** ao ente fomentador, sem prejuízo da fiscalização pelo Tribunal de Contas.

público - OSCIP” ou “entidades de utilidade pública ou de interesse social”, para fins de travar vínculos de parceria com o Estado e receber incentivos (fomento).

¹⁹⁰ Compreende-se por pessoas jurídicas de direito privado sem fins econômicos aquelas que não distribuem os seus excedentes (“superávit da atividade”) entre os seus membros (diretores, associados, conselheiros, doadores etc.). É dizer, no exercício das suas atividades não estão impedidas de obterem resultados econômicos positivos (“superávit”), mas apenas de distribuí-los,

A par dos traços comuns das citadas pessoas jurídicas de direito privado, em razão do formato institucional adotado (forma jurídica) e das qualificações obtidas, distinguem-se uma das outras no que segue.

A primeira distinção diz respeito à forma jurídica que tais entidades podem se revestir. De acordo com o art. 44, do Código Civil Brasileiro são pessoas jurídicas de direito privado: as **associações**, as **sociedades**;¹⁹¹ as **fundações**; as **organizações religiosas**;¹⁹² e os **partidos políticos**¹⁹³.

Exclui-se, de início, as sociedades. É que essas, nos termos do art. 981 do Código Civil, possuem caráter exclusivamente econômico, com a partilha dos resultados entre os seus sócios.

Assim, podem as entidades do Terceiro Setor se revestir sob a forma de associação, fundação, organização religiosa ou partido político, e ainda sob de cooperativa social, nova forma associativa incluída no ordenamento jurídico pela Lei nº 9.867/99, adotando-se uma acepção ampla da mencionada expressão.

No entanto, como já dito, não se tratará das organizações religiosas e dos partidos políticos, em razão do critério eleito para definir as entidades aptas a receberem incentivos por meio da atividade administrativa de fomento no domínio social. Cumpre, pois, examinar as **associações**, as **fundações privadas**, os **serviços sociais autônomos** e as **cooperativas associativas**.

devendo revertê-los, integralmente, nos objetivos da entidade. Ressalte-se que o art. 53 do Código Civil, quando dispõe sobre as associações, adota a expressão “sem fins econômicos”.

¹⁹¹ Conforme art. 981 do Código Civil, “celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviço, para o exercício de atividade econômica e a **partilha, entre si**, dos resultados”.

¹⁹² Haja vista o critério adotado no presente trabalho, examinando-se dentre o universo das entidades integrantes do 3º Setor, somente aquelas que almejem “fins públicos” – e nesse sentido, as principais destinatárias da atividade administrativa de fomento, deixar-se-á de incluir nesse rol as “organizações religiosas”, posto que, embora possam, indiretamente, perseguir interesses coletivos e de relevância para a sociedade, são dotadas de objetivos próprios e específicos (a formação religiosa). A propósito, registre-se que a Lei nº 9.790/99, que trata da qualificação das entidades em OSCIPs, veda, expressamente, em seu art. 2º, a qualificação de instituições religiosas, organizações partidárias, cooperativas, sociedades comerciais, dentre outras, ainda que se dediquem de qualquer forma às atividades descritas no art. 3º do referido diploma legal (quais sejam, as atividades que autorizam a qualificação, tais como promoção da assistência social, da cultura, da saúde, da educação etc.).

¹⁹³ As razões que justificam a não inclusão das organizações religiosas, também se estendem aos partidos políticos. Estes, de igual modo, ainda que possam perseguir, indiretamente, finalidades de interesse da coletividade, também são informados por objetivos próprios e específicos.

4.5 DAS ASSOCIAÇÕES

A Constituição da República, no rol dos direitos e garantias fundamentais, em prestígio ao seu espírito de Constituição cidadã, assegura nos seus incisos XVII, XVIII, XIX, LXX, “b”, respectivamente: a) plena liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar; b) a criação de associações independentemente de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento; c) a dissolução compulsória ou a suspensão de suas atividades por decisão judicial, exigindo-se no primeiro caso, o trânsito em julgado; e d) a legitimidade ativa *ad causam* das associações constituídas e em funcionamento há mais de um ano para impetrar mandado de segurança coletivo.

No âmbito da legislação infraconstitucional, as referidas entidades estão disciplinadas nos art. 53 a 61 do novo Código Civil.

De acordo com o referido diploma legal "*constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos*", não havendo entre os associados direitos e obrigações recíprocos – art. 53.

O estatuto das associações deverá observar, sob pena de nulidade, o disposto no art. 54 do CC, que diz respeito às cláusulas imprescindíveis relativos à denominação, fins e sede, direitos e obrigações dos associados etc.

Os demais dispositivos legais disciplinam a qualidade de associado, o direito ao exercício de função na entidade, a sua exclusão, as competências da assembléia geral e a destinação do patrimônio, após ser dissolvida.

Na doutrina, José Eduardo Sabo Paes¹⁹⁴, com apoio nas lições de Maria Helena Diniz, anota ser a associação uma

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

¹⁹⁴ PAES, José Eduardo Sabo. Op. cit., 2003. p.42.

Por se tratar de pessoa jurídica de direito privado, voltada, como visto acima, para a consecução dos interesses dos seus associados ou de interesses sociais, deve ter a inscrição de seu estatuto, em forma pública ou particular, no registro competente, nos termos do art. 45 do CC, a partir do qual adquire personalidade jurídica, ou seja, passa a ter aptidão para ser sujeito de direitos e obrigações.

4.6 FUNDAÇÕES

Inicialmente, cumpre registrar que, as fundações podem ser públicas ou privadas. No primeiro caso, são constituídas pelo *Estado*, que lhes atribui titularidade de poderes públicos, e, portanto, assumem natureza de pessoa jurídica de Direito Público. No segundo, são instituídas pelos particulares (indivíduos e empresas), oportunidade na qual adquirem a natureza de pessoa jurídica de Direito Privado. Aqui, tratar-se-á tão somente destas últimas, no que interessa ao tema da atividade administrativa de fomento no domínio social.

Nos termos do art. 62 do Código Civil, para “*criar uma fundação, o seu instituidor fará, por escritura pública ou testamento, dotação especial de bens livres, especificando o fim a que se destina, e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la*”. O referido ente, somente poderá constituir-se para fins religiosos, morais, culturais ou de assistência – parágrafo único do art. 62.

Na doutrina, José Eduardo Sabo Paes¹⁹⁵ conceitua fundação como

um complexo de bens destinados à consecução de fins sociais e determinados”, observando que “como *universitas bonorum*, ostenta papel valoroso e de extremo relevo dentro das sociedades em que se insere, pois é instrumento efetivo para que os homens prestem serviços sociais e de utilidade pública diretamente a todos aqueles que necessitam, bem como possam transmitir às sucessivas gerações seus ideais e convicções, e seguir atuando”. Para Edson José Rafael¹⁹⁶ fundação é o “patrimônio personalizado, destinado a um fim.

Sabo Paes¹⁹⁷ arrola cinco principais características das fundações:

¹⁹⁵ Ibidem. p.45.

¹⁹⁶ RAFAEL, Edson José. *Fundações e Direito*. 1ªed. São Paulo: Melhoramentos, 1997. p.128.

¹⁹⁷ PAES, José Eduardo Sabo. Op. cit., 2003. p.45.

- a) **a finalidade ou os fins** – sempre lícita, será permanente, após definida pelos instituidores, em escritura ou testamento, vedada a sua modificação pelos administradores (art. 67, II, CC);
- b) **a origem ou a forma de criação** – manifestação de liberdade de pessoas físicas ou jurídicas, que são instituidores, por meio de escritura pública ou cédula testamentária (art. 62, CC);
- c) **o patrimônio** – composto de bens livres que o(s) instituidor(es) lega(m) ou doa(m) à futura entidade, para que ela possa, com aquela dotação inicial, realizar suas finalidades;
- d) **o modo de administração** – distinção entre instituidores e administradores e organização de órgãos autônomos para traçar metas e diretrizes, função do conselho curador ou deliberativo, executar função do conselho administrativo e controlar internamente função do conselho fiscal;
- e) **o velamento do Ministério Público** – supervisão, fiscalização e intervenção pelo órgão ministerial.

Relativamente às distinções entre as associações sem fins lucrativos e as fundações, apontam-se: nas primeiras predominam o elemento pessoal – que é o agrupamento das pessoas físicas que a compõem -, nas segundas, a pessoa jurídica se organiza em torno de um outro elemento fundamental, que é o patrimônio destinado à consecução dos fins sociais¹⁹⁸.

O outro elemento diferenciador de fundação das associações é a forma de constituição. Enquanto estas têm o processo de criação materializado na ata que aprova os estatutos e que indica seus dirigentes, naquela a constituição depende de manifestação de vontade que o instituidor expressa, quer em escritura pública, quer em testamento.

Por fim, tem-se que nas associações o velamento das atividades é realizado pelos próprios associados, enquanto que nas fundações é exercido pelo Ministério Público, e no tocante à relação entre criadores e a entidade, nas associações o vínculo se mantém e nas fundações, após a sua criação, os instituidores dela se desligam¹⁹⁹.

¹⁹⁸ Não se pode ignorar que tanto nas associações como nas fundações, existem os elementos pessoal e patrimonial. No entanto, na primeira predomina-se o aspecto pessoal – sociedade de pessoas e no segundo o aspecto patrimonial – afetação de um patrimônio.

¹⁹⁹ PAES, José Eduardo Sabo. Op. cit., 2003. p.46-7.

4.7 SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS

Os serviços sociais autônomos são pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos que, embora integrem o “Terceiro Setor” ao lado das associações e fundações privadas, possuem algumas características peculiares, se comparadas a estas últimas.

Primeiro, tem a sua constituição autorizada por lei, em razão da natureza pública dos seus objetivos, ao passo que as associações e fundações privadas são constituídas pela vontade dos particulares.

Segundo, recebem tratamento especial por parte do Estado, que lhes assegura, por exemplo, fonte de recursos advindo da cobrança compulsória de contribuições parafiscais, o que não ocorre com as associações e as fundações privadas, ao menos no que toca à fixação prévia de fonte de custeio para o desenvolvimento de suas atividades.

Ostentam essa qualidade, no ordenamento jurídico positivo pátrio, o Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial - SENAI e o Serviço da Indústria - SESI, criados, organizados e dirigidos pela Confederação Nacional da Indústria, nos termos dos Decretos-Lei nºs 4.048/42 e 9.403/46, respectivamente; e o Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial - SENAC e o Serviço Social do Comércio - SESC, conforme os DLs nºs 8.621/46 e 9.853/46, criados, organizados e dirigidos pela Confederação Nacional do Comércio.

Na década de 90 em diante, foram ainda criados, mediante autorização legislativa, os seguintes serviços sociais autônomos: Associação das Pioneiras Sociais – Lei nº 8.246/91, Serviço Brasileiro de Apoio às Micros e Pequenas Empresas – SEBRAE – Lei nº 8.029/90, Serviço Nacional de Aprendizagem Rural – SENAR – ADCT art. 62 e Lei nº 8.315/91, Serviço Nacional de Aprendizagem do Transporte – SEST/SENAT – Lei nº 8.706/93, Serviço Nacional de Aprendizagem das Cooperativas – SESCOOP – Medida Provisória nº 1715/98, e partir do ano 2000: Agência de Promoção de Exportações do Brasil – APEX – Lei nº 10.668/2003 e Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial – ABDI – Lei nº 11.080/2004.

Não é pacífico na doutrina, o enquadramento de tais entes como associação ou fundação privada. Carla Barbieri²⁰⁰, citando o posicionamento de Fernando Facury Scaff, no sentido de que os serviços sociais autônomos não possuem tipo societário definido em nenhuma norma, afasta os citados formatos institucionais (associação ou fundação privada).

Em sentido oposto, José Eduardo Sabo Paes²⁰¹ anota que os serviços sociais autônomos podem ter a forma jurídica de associações ou sociedades civis. Por seu turno, para Diógenes Gasparini²⁰², podem assumir a estrutura de associações, sociedades civis ou fundações, embora haja distinção com relação aos referidos serviços sociais autônomos, por serem destinatários das receitas oriundas de contribuições compulsórias.

A discussão acerca do formato institucional que podem adotar os serviços sociais autônomos (associações ou fundações privadas) não se mostra relevante para o presente trabalho, mas apenas a conclusão de que tais entes, dado os objetivos públicos perseguidos, integram o rol de pessoas jurídicas do Terceiro Setor contempladas com a ação promocional do Estado no domínio social.

4.8 DAS COOPERATIVAS SOCIAIS

As cooperativas sociais são uma nova forma associativa instituída no ordenamento jurídico pátrio pela Lei nº 9.867/99, que não se confundem as demais cooperativas regidas pela Lei nº 5.764/71, uma vez que nestas últimas há o exercício de uma atividade econômica, sem o intuito de lucro, porém em proveito comum de seus associados.

Com efeito, de acordo com o art. 1º da Lei nº 9.867/99, as cooperativas sociais, constituídas com a finalidade de inserir as pessoas em desvantagem no mercado econômico, por meio do trabalho, fundamentam-se no interesse geral da comunidade em promover a pessoa humana e a integração social dos cidadãos, e incluem entre suas atividades: I – a organização e gestão de serviços

²⁰⁰ BARBIERI, Carla Bertucci. *Desafios e Perspectivas Constitucionais*. São Paulo, no prelo. p.62.

²⁰¹ PAES, José Eduardo Sabo. Op. cit., 2003. p.56.

²⁰² GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 9ªed. São Paulo: Saraiva, 2004. p.405.

sociossanitários e educativos; e II – o desenvolvimento de atividades agrícolas, industriais, comerciais e de serviços.

Depreende-se do dispositivo sob comento, que esta será constituída por determinadas pessoas em favor de outras (daquelas em desvantagem no mercado econômico), e assim não objetivando proveito comum dos cooperados, embora neles possam ser incluídos como cooperados, dentre outros, os próprios beneficiados com as ações da cooperativa.

A propósito, assim estabelece o art. 4º do citado diploma legal: “O estatuto da Cooperativa Social poderá prever uma ou mais categorias de sócios voluntários, que lhe prestem serviços gratuitamente, e **não** estejam incluídos na definição de pessoas em desvantagem”. (destaquei).

Assim, a par da natureza jurídica de cooperativa, por lei, tem por finalidade a inserção das pessoas em desvantagem no mercado econômico, por meio do trabalho, fundamentando-se no interesse geral da comunidade em promover a pessoa humana e a integração social dos cidadãos – art. 1º, o que a autoriza receber incentivos do Poder Público, mediante a atividade administrativa de fomento.

4.9 DOS TÍTULOS JURÍDICOS DAS ENTIDADES DO TERCEIRO SETOR

O ordenamento jurídico positivo prevê alguns títulos jurídicos que podem ser conferidos às associações e fundações privadas de interesse social, desde que atendidos os requisitos legais, cuja obtenção lhes proporciona benefícios decorrentes da atividade administrativa de fomento, tais como a possibilidade de gozo de isenções tributárias, o recebimento de subvenções, auxílios e contribuições e autorização para firmar vínculos de parceria com o Poder Público (convênios, termos de parceria e contratos de gestão), dentre outros.

Essa concessão de títulos especiais às entidades do “Terceiro Setor”, conforme bem pontua Paulo Modesto²⁰³, visa a atender a três propósitos: **diferenciar** as entidades qualificadas das entidades comuns, criando um **regime jurídico específico**; **padronizar** o tratamento normativo de entidades que

²⁰³ MODESTO, Paulo. “Reforma do marco legal do Terceiro Setor no Brasil”. *RERE - Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*. nº.05. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, março/abril/maio 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 10/12/2008.

apresentarem **características comuns relevantes**, evitando **tratamento legal casuístico**; e estabelecimento de um **mecanismo de controle**.

Se por um lado há inegáveis vantagens no tocante à **certificação, padronização e controle jurídico**, por outro, observa o autor, há desvantagens como, por exemplo, a **certificação indevida**, cuja reiteração prolongada causa com o tempo uma erosão da credibilidade do título; **padronização excessiva**, com exigências muito genéricas; e **insegurança jurídica**, na medida em que a manutenção do título está condicionada ao cumprimento de exigências, deixando as entidades periodicamente sujeita a eventual ocorrência de desvios no sistema de controle.

A par das considerações acima expendidas, cabe, então, examinar, os títulos ou qualificações previstos na legislação federal²⁰⁴ em vigor e que podem ser pleiteados pelas organizações do Terceiro Setor. São eles: a) certificado de utilidade pública federal; b) certificado de entidade beneficente de assistência social; c) organização social - OS; e d) organização da sociedade civil de interesse público – OSCIP.

4.9.1 Utilidade Pública

A outorga do título de Utilidade Pública Federal às associações e fundações está disciplinada na Lei n. 91, de 28 de agosto de 1935. Embora o art. 1º do referido diploma legal faça alusão às sociedades civis, associações e fundações, ante o advento do Novo Código Civil e a supressão das sociedades civis sem fins lucrativos, podem pleitear tal título apenas estas duas últimas, desde que não remunerem seus dirigentes, sejam constituídas no país e tenham o fim exclusivo de servir desinteressadamente à coletividade.

O requerimento deve ser dirigido ao Ministério da Justiça, e acaso deferido, a Declaração de Utilidade Pública Federal será feita por Decreto do Poder Executivo.

²⁰⁴ Embora alguns Estados e Municípios também disciplinem a outorga de títulos especiais, como os de utilidade pública e de organização social, dado a diversidade de regramento, o presente trabalho contemplará apenas o exame no âmbito da legislação federal.

A regulamentação do mencionado diploma legal se por pela edição do Decreto nº 50.517/61, que estabelece a exigência de comprovação dos seguintes requisitos para a obtenção do citado Título:

- *ser constituída no país, ter personalidade jurídica e estar em efetivo e contínuo funcionamento por pelo menos três anos;*
- *não remunerar seus dirigentes e não distribuir lucros, bonificações ou vantagens a dirigentes, mantenedores ou associados, sob nenhuma forma;*
- *promover a educação ou exercer atividades de pesquisa científica, de cultura, artística ou filantrópica;*
- *comprovar idoneidade dos diretores e publicar anualmente a demonstração de receitas e despesas do período anterior*²⁰⁵.

A entidade portadora desse Título de Utilidade Pública Federal, por sua vez, tem a possibilidade de gozar de algumas vantagens previstas na legislação infraconstitucional, tais como:

- *possibilidade de receber doações de pessoas jurídicas, dedutíveis até o limite de 2% do lucro operacional das doadoras;*
- *acesso a subvenções e auxílios da União Federal e suas autarquias;*
- *autorização para realizar sorteios, nos termos do art. 4º da Lei nº 5.768/71;*
- *possibilidade de isenção da cota patronal ao INSS desde que atendidos os demais requisitos previstos no art. 55 da Lei nº 8.212/91, dentre outras.*

4.9.2 Entidades Beneficentes de Assistência Social

O Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social – CEBAS, é disciplinado pela Lei nº 8.742/93, denominada Lei Orgânica da Assistência Social –

²⁰⁵ Para consultar os procedimentos para o requerimento de Título de Utilidade Pública Federal, assim como dos documentos exigidos para instruir o pleito, consulte o site <http://www.mj.gov.br>.

LOAS, e pelo Decreto nº 2.536/98. O referido Título substituiu o Certificado de Entidades de Fins Filantrópicos, denominação adotada antes da Medida Provisória nº 2.187-13/2001.

A concessão ou renovação do Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social, a que se refere o inciso IV do artigo 18 da Lei n.º 8.742/93, obedece ao disposto previsto no Decreto n.º 2.536/98 e respectivas alterações previstas nos Decretos n.º 3.504/2000, 3.504/2000, 4.325/2002, 4.381/2002 e 4.499/2002.

A sua expedição fica a cargo do Conselho Nacional de Assistência Social – CNAS, podendo pleitear tal certificação as entidades que atuem nas seguintes áreas:

- *promoção da proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;*
- *amparo a crianças e adolescentes carentes;*
- *promoção de ações de prevenção, habilitação e reabilitação de pessoas portadoras de deficiências;*
- *promoção gratuita da assistência educacional ou de saúde;*
- *promoção da integração ao mercado de trabalho;*
- *promoção do desenvolvimento da cultura;*
- *promoção do atendimento e do assessoramento aos benefícios da Lei Orgânica da Assistência Social e a defesa dos seus direitos.*

Para obter o CEBAS, a organização deve demonstrar, nos três anos imediatamente anteriores ao pedido:

- *estar legalmente constituída no país e em efetivo funcionamento;*
- *estar previamente inscrita no Conselho Municipal de Assistência Social do município de sua sede, se houver, ou no Conselho Estadual de Assistência Social;*
- *estar previamente registrada no CNAS - Conselho Nacional de Assistência Social;*
- *aplicar suas rendas, recursos e eventual resultado no território nacional e na manutenção de seus objetivos;*
- *aplicar as subvenções e doações recebidas nas finalidades a que estejam vinculadas;*

- *aplicar anualmente, em gratuidade, pelo menos 20% da sua receita, cujo montante nunca será inferior à isenção de contribuições sociais usufruídas;*
- *não remunerar dirigentes;*
- *não distribuir resultados, bonificações, dividendos, participações ou parcela do patrimônio, sob nenhuma forma;*
- *destinar, em seus atos constitutivos, em caso de dissolução ou extinção, o eventual patrimônio remanescente a entidades congêneres registradas no CNAS ou a entidade pública;*
- *não constituir patrimônio de indivíduo ou de sociedade sem caráter beneficente de assistência social.*
- *possuir o Título de Utilidade Pública Federal.*

De acordo ainda com o art. 3º, §§ 1º e 2º do Decreto nº 2.536/98 e alterações, o Certificado de Entidade de Fins Filantrópicos somente será fornecido a entidade cuja prestação de serviços gratuitos seja permanente e sem qualquer discriminação de clientela, de acordo com o plano de trabalho de assistência social apresentado e aprovado pelo CNAS e terá validade de três anos, a contar da data da publicação no Diário Oficial da União da resolução de deferimento de sua concessão, permitida sua renovação, sempre por igual período, exceto quando cancelado em virtude de transgressão de norma que regulamenta a sua concessão.

A principal vantagem do CEBAS é a possibilidade do gozo de isenção da cota patronal ao INSS.

4.9.3 Da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público

A qualificação da entidade sem fins lucrativos como OSCIP está disciplinada na Lei nº 9.790/99 e no Decreto nº 3.100/99. O referido diploma legal foi criado a partir das rodadas de interlocução do Conselho da Comunidade Solidária, órgão ligado à Presidência da República, com a participação de entidades da sociedade civil que viam a necessidade de uma reforma no marco legal do Terceiro Setor.

Assim como o Título de Utilidade Pública Federal, a qualificação da entidade como OSCIP é concedida pelo Ministério da Justiça. Podem pleitear tal qualificação, nos termos do art. 3º da Lei nº 9.790/99, as entidades sem fins lucrativos²⁰⁶ que, observado o princípio da universalização dos serviços, atuam com:

- *promoção da assistência social;*
- *promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico;*
- *promoção gratuita da educação;*
- *promoção gratuita da saúde;*
- *promoção da segurança alimentar e nutricional;*
- *promoção do voluntariado;*
- *defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável;*
- *promoção do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza;*
- *experimentação, não lucrativa, de novos modelos sócio-produtivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito;*
- *promoção de direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar;*
- *promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais;*
- *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.*

Nesse ponto, convém registrar avanços positivos contemplados na referida Lei, a exemplo do prestígio ao princípio da universalização dos serviços e o amplo espectro de finalidades sociais albergadas pelo diploma legal.

²⁰⁶ Para os efeitos desta Lei, considera-se sem fins lucrativos a pessoa jurídica de direito privado que não distribui, entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados ou doadores, eventuais excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplica integralmente na consecução do respectivo objeto social – art. 1º, § 1º, da Lei nº 9.790/99.

Por seu turno, o art. 2º, do citado diploma legal, vedou, em rol taxativo, a qualificação de OSCIP, ainda que se dediquem de qualquer forma às atividades descritas no art. 3º, acima transcritas:

- às sociedades comerciais;
- aos sindicatos, às associações de classe ou de representação de categoria profissional;
- às instituições religiosas ou voltadas para a disseminação de credos, cultos, práticas e visões devocionais e confessionais;
- às organizações partidárias e assemelhadas, inclusive suas fundações;
- às entidades de benefício mútuo destinadas a proporcionar bens ou serviços a um círculo restrito de associados ou sócios;
- às entidades e empresas que comercializam planos de saúde e assemelhados;
- às instituições hospitalares privadas não gratuitas e suas mantenedoras;
- às escolas privadas dedicadas ao ensino formal não gratuito e suas mantenedoras;
- às organizações sociais;
- às cooperativas;
- às fundações públicas;
- às fundações, sociedades civis ou associações de direito privado criadas por órgão público ou por fundações públicas;
- às organizações creditícias que tenham quaisquer tipo de vinculação com o sistema financeiro nacional a que se refere o art. 192 da Constituição Federal.

Relativamente às vedações contempladas, de igual modo, vislumbra-se aspecto positivo, na medida em que além de afastar as entidades que persigam benefícios próprios ou a grupos específicos, tais como benefícios mútuos, entidades de saúde e educação não gratuitos, obsta ainda tal qualificação às entidades vinculadas ao Poder Público, impedindo-se eventuais ingerências políticos-partidárias.

Para a qualificação das organizações sem fins lucrativos como OSCIP, exige-se ainda que sejam regidas por estatutos cujas normas expressamente disponham sobre:

- *observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e de eficiência;*
- *adoção de práticas e gestão administrativa, necessárias e suficientes a coibir a obtenção, de forma individual ou coletiva, de benefícios ou vantagens pessoais, em decorrência da participação no respectivo processo decisório;*
- *constituição de Conselho Fiscal ou órgão equivalente, dotado de competência para opinar sobre os relatórios de desempenho financeiro e contábil, e sobre as operações patrimoniais realizadas, emitindo pareceres para os organismos superiores da entidade;*
- *previsão de que, em caso de dissolução da entidade, o patrimônio será transferido a entidade também qualificada como OSCIP;*
- *previsão de que, na hipótese da entidade perder a qualificação de OSCIP, o acervo patrimonial disponível adquirido com recursos públicos será transferido a outra entidade qualificada como OSCIP;*
- *a possibilidade de se instituir remuneração para os dirigentes da entidade que atuem efetivamente na gestão executiva e para aqueles que a ela prestam serviços específicos, respeitados, em ambos os casos, os valores praticados pelo mercado, na região correspondente a sua área de atuação;*
- *normas de prestação de contas a serem observadas pela entidade, que determinarão no mínimo, a observância dos princípios de contabilidade, a publicidade das demonstrações financeiras, a realização de auditoria e a prestação de contas de todos os recursos e bens de origem pública.*

A exigência de observância por parte da OSCIP de princípios que informam a Administração Pública, a saber, legalidade, impessoalidade, moralidade, eficiência, economicidade e publicidade, se justifica na medida das finalidades por ela albergadas e da gestão de recursos públicos para a realização de suas metas.

No ponto, Silvio Luís Ferreira da Rocha²⁰⁷, anota, com precisão:

Pelo princípio da legalidade, os administradores da OSCIP somente poderão fazer o que estiver expressamente autorizado em lei e na norma estatutária. Não se permitiria à OSCIP fazer tudo o que não é proibido em lei, mas apenas

²⁰⁷ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Op. cit., 2003. p.63-4.

fazer o que lei ou o estatuto autorizem. Pelo princípio da impessoalidade, a OSCIP não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas. A impessoalidade representa a idéia de que todos devem ser tratados sem discriminações benéficas ou prejudiciais. Não são tolerados nem favorecimentos, nem perseguições. De acordo com o princípio da moralidade, a OSCIP deverá respeitar os princípios éticos da lealdade, da honestidade, da boa-fé; adequar seus comportamentos àqueles parâmetros de comportamentos aspirados e praticados pela sociedade (razoabilidade e proporcionalidade). Pelo princípio da eficiência, a OSCIP deve atuar com presteza e perfeição. O modo de agir da OSCIP deve produzir resultados favoráveis, seguros e céleres. De acordo com o princípio da economicidade, os atos da OSCIP devem observar a relação custo/benefício; de nada adianta praticar um ato útil, mas que se revele altamente dispendioso.

Nessa esteira, também merecem notas a necessidade de previsão de boas práticas de gestão e administração e de prestação de contas observados os princípios da contabilidade, a constituição de Conselho Fiscal, a previsão de transferência de bens a outra OSCIP, no caso de dissolução e a possibilidade de remuneração dos dirigentes, com o objetivo de profissionalizar a organização. A crítica, neste último ponto, fica com relação à abstração dos limites de teto, ao se adotar a expressão “os valores praticados pelo mercado, na região correspondente à área de atuação”.

Consoante o disposto no art. 1º, § 1º, da Lei nº 9.790/99, a outorga qualificação é ato vinculado²⁰⁸ ao cumprimento dos requisitos instituídos pelo

²⁰⁸ Uma idéia base de consenso na doutrina segundo a qual nos atos vinculados não há margem subjetiva de decisão para o Administrador Público. É dizer, a norma estabelece apenas uma conduta possível da Administração Pública diante do caso concreto, não existindo margem de apreciação subjetiva do agente para a prática do ato. Já nos atos discricionários tal margem de apreciação subjetiva do Administrador está prevista na norma. Em outras palavras, permite-se que a Administração Pública opte dentre os indiferentes contidos na norma aquele que melhor atenda o interesse público diante do caso concreto. Exemplo típico do primeiro tipo de ato é o da aposentadoria compulsória de funcionário aos 70 anos de idade. Ora, tendo o funcionário completado a citada idade, não cabe à Administração outro ato senão aquele relativo à concessão de aposentadoria compulsória, nos termos da lei. No que se refere aos atos discricionários, tem-se como exemplo a autorização para o porte de arma, atribuindo a lei ao Poder Executivo a faculdade de decidir diante do caso concreto pelo deferimento ou indeferimento do pleito do administrado. Para Bandeira de Mello: “*É a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente.*” De acordo com o eminente professor, se a lei, nos casos de discricionários, comporta medidas diferentes, é porque pretende que se dê uma certa solução para um dado tipo de casos e

referido diploma legal, e nos termos do art. 6º o Ministério da Justiça examinará o pedido no prazo de 30 dias, deferindo-o ou indeferindo-o. Na primeira hipótese, terá o prazo de quinze dias contados da decisão para a expedição do certificado de qualificação da requerente como OSCIP.

Por sua vez, o pedido somente será indeferido no caso da requerente: a) enquadrar-se nas hipóteses de vedação previstas no art. 2º da citada Lei; b) não atender aos requisitos descritos nos arts. 3º e 4º da mencionada Lei; ou c) não apresentar a documentação completa exigida - art. 6º, § 3º.

A perda da qualificação de OSCIP poderá ocorrer a pedido ou mediante decisão proferida em processo administrativo ou judicial, de iniciativa popular ou do Ministério Público, no qual serão assegurados, ampla defesa e o devido contraditório – art. 7º.

Dentre as vantagens da referida qualificação, costuma-se apontar: a possibilidade de remunerar dirigentes, a qual é vedada no caso de Título de Utilidade Pública Federal e a possibilidade de firmar Termo de Parceria com o Poder Público – este último (Termo de Parceria) será objeto de análise no tópico relativo aos instrumentos jurídicos da atividade de fomento.

Por fim, cabe anotar que o art. 18 da Lei nº 9.790/99 estabeleceu uma regra de transição, conferindo às entidades não lucrativas qualificadas com base em outros diplomas legais, o prazo de 5 anos a partir da vigência da mencionada Lei para optar pela qualificação de OSCIP, com a renúncia automática das demais qualificações ou na ausência de sua opção, a perda da qualidade de organização da sociedade de interesse público.

4.9.4 Da Organização Social

A criação da organização social por meio da Lei nº 9.637/98 foi fruto da Reforma do Estado iniciada na década de 90. O denominado Plano Diretor da Reforma do Estado, aloca as funções estatais (de governo, administrativa, legislativa

outra solução para outra espécie de casos, de modo que sempre seja adotada a solução pertinente. Isso “não significa que todas estas soluções sejam igual e indiferentemente adequadas para todos os casos de sua aplicação”; significa que a lei considera algumas adequadas para certos casos e outras para outros casos. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 21ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p.926.

e judiciária) em 04 grupos a partir de critérios retirados da Ciência da Administração, e não da Ciência do Direito²⁰⁹:

- a) **núcleo estratégico** - *correspondente às funções dos Poderes Legislativo, Judiciário, Executivo e do Ministério Público. É no núcleo estratégico que as leis e as políticas públicas são definidas;*
- b) **atividades exclusivas** - *correspondem ao grupo de atividades no qual são prestados serviços exclusivos do Estado, que só o Estado pode realizar, como o poder de regulamentar, fiscalizar, fomentar;*
- c) **serviços não-exclusivos** – *correspondem ao grupo de atividades que o Estado exerce simultaneamente com outras organizações públicas não estatais e privadas, dada a relevância dessas atividades, via de regra relacionadas a direitos humanos fundamentais, como educação e saúde;*
- d) **grupo de produção de bens e serviços para o mercado** – *corresponde à área de atuação das empresas estatais do segmento produtivo ou do mercado financeiro. É caracterizado pelo desempenho de atividades econômicas pelo Estado que podem ser exercidas normalmente pela iniciativa privada.*

A proposta do referido Plano contempla ao lado da propriedade estatal e da propriedade privada, a denominada **propriedade pública não-estatal de bens e serviços**, a ser titularizada pelas organizações sem fins lucrativos. Ao setor de serviços não exclusivos de atuação do Estado deve corresponder a propriedade pública não-estatal; e, por essa razão, bens e serviços de titularidade do Estado são transferidos a organizações sem fins lucrativos e de direito privado, por intermédio do processo que denominou, diga-se de passagem, de forma infeliz e inadequada, de “publicização”.

No plano normativo, constatam-se os esforços para a implementação desse programa, como por exemplo, a Emenda Constitucional nº 19/98 e a Lei nº 9.637/98, que criou e disciplinou as ora examinadas organizações sociais – OS (esta última objeto da ADI nº 1923, que, atualmente, aguarda julgamento na E. Corte Suprema).

²⁰⁹ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Op. cit., 2003. p.33-4.

Daí, como bem observou Silvio Luís Ferreira da Rocha²¹⁰, o

texto da Lei 9.637/1998 ter mencionado no art. 20 a criação por decreto do Programa Nacional de Publicização – PNP, com o objetivo de estabelecer diretrizes e critérios para a qualificação de organizações sociais, a fim de assegurar a absorção de atividades referidas no art.1º e desenvolvidas por entidades e órgãos públicos da União; e no art. 21 ter extinguido o Laboratório Nacional de Luz Síncrotron, integrante da estrutura do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico – CNPQ, e a Fundação Roquete Pinto, entidades vinculadas à Presidência da República, e autorizado a absorção das atividades e do acervo dessas entidades por organizações sociais.

Cumpra, pois, verificar o que dispõe o citado diploma legal, no que tange à qualificação das entidades em organizações sociais²¹¹.

O art. 1º da Lei nº 9.637/98 estabelece que o Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao **ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde.**

Os requisitos para a qualificação, por seu turno, estão arrolados no art. 2º. São eles:

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

- a) natureza social de seus objetivos relativos à respectiva área de atuação;*
- b) finalidade não-lucrativa, com a obrigatoriedade de investimento de seus excedentes financeiros no desenvolvimento das próprias atividades;*
- c) previsão expressa de a entidade ter, como órgãos de deliberação superior e de direção, um conselho de administração e uma diretoria definidos nos termos do estatuto, asseguradas àquele composição e atribuições normativas e de controle básicas previstas nesta Lei;*

²¹⁰ Ibidem. p.85.

²¹¹ Os contratos de gestão previstos na Lei nº 9.637/98 serão objeto de exame em apartado, no tópico relativo aos instrumentos jurídicos da ação estatal fomentadora.

- d) *previsão de participação, no órgão colegiado de deliberação superior, de representantes do Poder Público e de membros da comunidade, de notória capacidade profissional e idoneidade moral;*
- e) *composição e atribuições da diretoria;*
- f) *obrigatoriedade de publicação anual, no Diário Oficial da União, dos relatórios financeiros e do relatório de execução do contrato de gestão;*
- g) *no caso de associação civil, a aceitação de novos associados, na forma do estatuto;*
- h) *proibição de distribuição de bens ou de parcela do patrimônio líquido em qualquer hipótese, inclusive em razão de desligamento, retirada ou falecimento de associado ou membro da entidade;*
- i) *previsão de incorporação integral do patrimônio, dos legados ou das doações que lhe foram destinados, bem como dos excedentes financeiros decorrentes de suas atividades, em caso de extinção ou desqualificação, ao patrimônio de outra organização social qualificada no âmbito da União, da mesma área de atuação, ou ao patrimônio da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, na proporção dos recursos e bens por estes alocados;*

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

Do mencionado dispositivo legal, chama a atenção o disposto no inciso II, do art. 2º, que, não obstante a exigência de cumprimento de todos os nove requisitos previstos no inciso I daquele dispositivo legal, atribui competência discricionária ao Ministro ou titular de órgão supervisor ou regular da área de atividade correspondente ao seu objeto social para, mediante os critérios de conveniência e oportunidade, aprovar a qualificação da entidade como organização social.

Tem-se, com isso, já de início, manifesta inconstitucionalidade, por afronta ao princípio da isonomia. Nesse sentido, compartilha-se do entendimento de Silvio Luís Ferreira da Rocha²¹², que assim assevera:

²¹² ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Op. cit., 2003. p.117.

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 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.

O artigo 3º, por seu turno, estabelece que o Conselho de Administração, - órgão de deliberação superior das OS, deverá ser composto por membros natos representantes do Poder Público (de 20% a 40%) e de entidades da sociedade civil (de 20% a 30%), os quais deverão corresponder sempre a mais de 50% do Conselho, de até 10% de membros eleitos entre os associados, de membros eleitos pelos demais integrantes do Conselho (de 10% a 30%), e de membros indicados ou eleitos na forma estabelecida pelo estatuto (até 10%).

O art. 4º exige ainda, para fins de qualificação, que o Estatuto da entidade estabeleça atribuições privativas do Conselho de Administração, dentre outras, aquelas previstas nos incisos I a X do referido dispositivo legal.

A qualificação da entidade sem fins lucrativos como Organização Social, gera efeitos jurídicos imediato e mediato. O primeiro está previsto em lei e decorre automaticamente do recebimento do título. Trata-se do reconhecimento da qualidade de interesse social e utilidade pública da pessoa jurídica qualificada como OS (art. 11 da Lei nº 9.637/98). O segundo depende de outro ato da Administração, qual seja, a celebração de contrato de gestão entre o Poder Público e a OS²¹³.

Às organizações sociais poderão ser destinados recursos orçamentários e bens públicos necessários ao cumprimento do contrato de gestão, estes últimos dispensada a licitação, mediante permissão de uso, consoante cláusula expressa do

²¹³ Ibidem. p.117-20.

contrato de gestão. É facultado ainda ao Poder Executivo a cessão especial de servidor para as organizações sociais, com ônus para a origem – arts. 12 e 14.

Ora, tais disposições legais, assim como já dito com relação ao art. 2, inciso II, padecem de vício de inconstitucionalidade por ofensa ao princípio da isonomia e da obrigatoriedade de licitação. A propósito, irreparável a advertência de Celso Antônio Bandeira de Mello²¹⁴:

Na lei disciplinadora das organizações sociais chama atenção alguns pontos nos quais se patenteiam inconstitucionalidades verdadeiramente aberrantes. O primeiro deles é que, para alguém qualificar-se a receber bens públicos, móveis e imóveis, recursos orçamentários e até servidores públicos, a serem custeados pelo Estado, não necessita demonstrar habilitação técnica ou econômico-financeira de qualquer espécie. Basta a concordância do Ministro da área (ou mesmo do titular do órgão que a supervisione) e do Ministro da Administração (Ministério que já não mais existe, por força da Medida Provisória 1795, de 1.1.99, hoje 2216, de 31.08.2001, e cujas atribuições passaram para o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão). Enquanto para travar relações contratuais singelas (como um contrato de prestação de serviços ou de execução de obras) o pretendente é obrigado a minuciosas demonstrações de aptidão, inversamente, não se faz exigência de capital mínimo nem demonstração de qualquer suficiência técnica para que um interessado receba bens públicos, móveis ou imóveis, verbas públicas e servidores públicos custeados pelo Estado, considerando-se bastante para a realização de tal operação a simples aquiescência de dois Ministros de Estado ou, conforme o caso, de um Ministro e de um supervisor da área correspondente à atividade exercida pela pessoa postulante ao qualificativo de 'organização social'. Trata-se, pois, da outorga de uma discricionariedade literalmente inconcebível, até mesmo escandalosa, por sua desmedida amplitude, e que permitirá favorecimentos de toda a espécie. Há nisto uma inconstitucionalidade manifesta, pois se trata de postergar o princípio constitucional da licitação (art. 37, XXI) e, pois, o princípio constitucional da isonomia (art. 5º), do qual a licitação é simples manifestação punctual, conquanto abrangente também de outro propósito (a busca do melhor negócio).

De fato, ante os propósitos da Lei nº 9.637/98 – de substituir a prestação de serviços públicos pelo Estado por meio de repasse das atividades às pessoas jurídicas de direito privado -, reputa-se inconstitucional o referido diploma legal - ao

²¹⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., 2006. p.229-30.

menos com relação aos arts. 2º, inciso II, 12 e 14, haja vista que, conforme analisado anteriormente, a atuação dessas organizações integrantes do Terceiro Setor somente se legitima, à luz da Constituição da República, na medida em que se afigure uma atuação complementar à ação do Poder Público.

É dizer, o Texto Constitucional autoriza a edição de lei e a respectiva atividade administrativa de fomento somente enquanto ação promocional à atividade do particular que indiretamente satisfaça o interesse público (frise-se, atuação essa que deve ser complementar à do Estado), não cabendo a este substituir o Poder Público no desempenho de suas tarefas constitucionais (prestação de serviços públicos).

Nessa ordem de idéias, fica claro a distinção entre os diplomas legais que disciplinaram a OSCIP (contempla uma atuação complementar das organizações em face da atuação estatal) e a OS (contempla uma substituição do Estado no desempenho de suas tarefas constitucionais), cabendo destacar algumas distinções relevantes entre elas:

	OS – LEI Nº 9.637/98	OSCIPs – LEI Nº 9.790/99
QUALIFICAÇÃO	Ato Discricionário	Ato Vinculado
CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO	Obrigatoriedade da presença de representantes do Poder Público e da Sociedade Civil, que deverão corresponder a mais de 50% do Conselho	Não há essa obrigatoriedade
OBJETIVOS	ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, meio ambiente, cultura e saúde (art. 1º).	assistência social, cultura, conservação do patrimônio histórico e artístico, educação e saúde (gratuitas), segurança alimentar e nutricional, voluntariado, desenvolvimento econômico e social, assessoria jurídica (gratuita), promoção da ética, paz, direitos humanos e valores universais (art. 3º).
INSTRUMENTO DE FOMENTO	Contrato de Gestão (art. 5º)	Termo de Parceria (art. 9º)

CONTINUAÇÃO:

EFEITOS JURÍDICOS	Possibilidade de destinação de bens públicos e servidores públicos Outorga de Título de Interesse Social e de Utilidade Pública	Não há possibilidade de destinação de bens públicos e servidores públicos Obrigatoriedade de optar por um dos títulos federais.
ATUAÇÃO	Vinculadas à pactuação de contrato de gestão para o desenvolvimento de suas atividades	Não vinculadas à pactuação de Termo de Parceria para o desenvolvimento de suas atividades

4.10 DOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS DA ATIVIDADE DE FOMENTO

A classificação dos meios de fomento, conforme visto no capítulo segundo, se dá, basicamente, por dois critérios: a) **atuação sobre a vontade do particular**; e b) **vantagens outorgadas ao particular**.

Relativamente ao primeiro critério, o fomento pode ser dividido em a) **positivo** – que incentive certas atividades dos particulares que atendam o interesse público, assim delineado pelo ordenamento jurídico positivo, mediante o oferecimento pela Administração de vantagens e; b) **negativo** – que impõe obstáculo ou carga para dificultar por meios indiretos aquelas atividades contrárias àquelas que os governantes desejam fomentar.

No que toca ao segundo critério, os meios de fomento são classificados em:

a) **honoríficos**; b) **econômicos**; e c) **jurídicos**²¹⁵.

²¹⁵ Conforme estudado no capítulo 2: Os fomentos honoríficos compreendem as distinções e recompensas que se outorgam como reconhecimento público ou proclamação de um ato ou de uma conduta exemplar. Embora possam ser em determinadas ocasiões consideradas também vantagens econômicas ou jurídicas, estas se mostram acessórias, uma vez que o principal é o enaltecimento social do beneficiado. Exemplos: as condecorações, tratamentos, títulos, uso de emblemas ou símbolos determinados, troféus, diplomas etc. Os econômicos são as vantagens patrimoniais conferidas aos particulares como incentivo para o exercício de atividade considerada de interesse público pelo ordenamento jurídico positivo. Podem ser subdivididos ainda em fomentos econômicos reais ou financeiros. Nos reais há prestação ou dação de coisas ou serviços da Administração aos particulares, sem encargos para estes, tais como uso de bem de titularidade do Poder Público, utilização gratuita de serviços científicos ou técnicos próprios da Administração. Nos financeiros, há uma ajuda ou vantagem financeira concedida pelo Estado aos particulares. É direto quando há desembolso de dinheiro, títulos que o representem em favor dos beneficiários fomentados. É indireto quando há renúncia ao ingresso de receita fiscal, por exemplo, isenção tributária. Por fim, os meios jurídicos, os quais se caracterizam pela outorga de uma condição privilegiada que, de modo indireto,

A outorga de títulos jurídicos às organizações do Terceiro Setor no Brasil, a par das lições de Jordana de Pozas, tinha inicialmente o caráter de fomento honorífico, como por exemplo, o título de Utilidade Pública Federal, cujo art. 3º da Lei nº 91/35 nega expressamente qualquer direito decorrente da concessão, exceto o de garantir o uso exclusivo de emblemas, flâmulas, bandeiras ou distintivos próprios, devidamente registrado no Ministério da Justiça, e da menção do título concedido.

No entanto, com o passar do tempo, tais títulos passaram a ser contemplados por outros diplomas legais como requisito para a fruição de outras vantagens inerentes ao fomento econômico (*v.g.* gozo de isenções tributárias) e, até mesmo, ao fomento jurídico (regime jurídico especial). Veja-se que, atualmente, as Leis da OSCIP e da OS, não obstante configurem uma outorga de título (qualificação – fomento honorífico), também autorizam o repasse de verbas públicas por meio dos respectivos Termos de Parceria e Contratos de Gestão (fomento econômico).

Destarte, apenas com o intuito de facilitar o exame dos instrumentos jurídicos de fomento e respectiva sistematização, estes foram divididos em duas partes, a saber, outorga de títulos jurídicos (fomento honorífico – analisado no tópico anterior) e, agora, a concessão de vantagens econômicas (fomento econômico).

À luz da Constituição da República e da legislação infraconstitucional, o exercício da atividade administrativa de fomento no domínio social, mediante o fomento econômico, se desenvolve por meio dos seguintes instrumentos jurídicos: a) auxílios; b) contribuições; c) subvenções; d) convênios; e) termos de parceria; f) contratos de gestão e g) benefícios fiscais.

Passa-se, pois, ao breve exame de cada um deles.

representa vantagens econômicas. De acordo com Jordana Pozas, a variedade deste grupo é muito grande. Inclui as derrogações de normas de direito privado relativos a direitos reais e obrigações, ficções jurídicas, concessão de uso de prerrogativas de caráter público, consumo obrigatório etc.

4.10.1 Das subvenções, dos auxílios e das contribuições

A subvenção, o auxílio e a contribuição estão previstos no art. 12 da Lei nº 4.360/64²¹⁶ e Decreto nº 93.872/86²¹⁷.

²¹⁶ Lei nº 4.360/64: “Art. 12. A despesa será classificada nas seguintes categorias econômicas: *DESpesas CORRENTES Despesas de Custeio Transferências Correntes DESpesas DE CAPITAL Investimentos Inversões Financeiras Transferências de Capital*

§ 1º *Classificam-se como Despesas de Custeio as dotações para manutenção de serviços anteriormente criados, inclusive as destinadas a atender a obras de conservação e adaptação de bens imóveis.*

§ 2º *Classificam-se como Transferências Correntes as dotações para despesas as quais não corresponda contraprestação direta em bens ou serviços, inclusive para contribuições e subvenções destinadas a atender à manifestação de outras entidades de direito público ou privado.*

§ 3º *Consideram-se subvenções, para os efeitos desta lei, as transferências destinadas a cobrir despesas de custeio das entidades beneficiadas, distinguindo-se como:*

I - subvenções sociais, as que se destinem a instituições públicas ou privadas de caráter assistencial ou cultural, sem finalidade lucrativa;

II - subvenções econômicas, as que se destinem a empresas públicas ou privadas de caráter industrial, comercial, agrícola ou pastoril.

§ 4º *Classificam-se como investimentos as dotações para o planejamento e a execução de obras, inclusive as destinadas à aquisição de imóveis considerados necessários à realização destas últimas, bem como para os programas especiais de trabalho, aquisição de instalações, equipamentos e material permanente e constituição ou aumento do capital de empresas que não sejam de caráter comercial ou financeiro.*

§ 5º *Classificam-se como Inversões Financeiras as dotações destinadas a:*

I - aquisição de imóveis, ou de bens de capital já em utilização;

II - aquisição de títulos representativos do capital de empresas ou entidades de qualquer espécie, já constituídas, quando a operação não importe aumento do capital;

III - constituição ou aumento do capital de entidades ou empresas que visem a objetivos comerciais ou financeiros, inclusive operações bancárias ou de seguros.

§ 6º *São Transferências de Capital as dotações para investimentos ou inversões financeiras que outras pessoas de direito público ou privado devam realizar, independentemente de contraprestação direta em bens ou serviços, constituindo essas transferências auxílios ou contribuições, segundo derivem diretamente da Lei de Orçamento ou de lei especialmente anterior, bem como as dotações para amortização da dívida pública.”*

²¹⁷ DECRETO Nº 93.872/86 - SEÇÃO VII - Subvenções, Auxílios e Contribuições

Art. 58. A cooperação financeira da União a entidade pública ou privada far-se-á mediante subvenção, auxílio ou contribuição (Lei nº 4.320/64, § 3º do art. 12).

Art. 59. A subvenção se destina a cobrir despesas de custeio de entidades públicas ou privadas, distinguindo-se como subvenção social e subvenção econômica.

Art. 60. A subvenção social será concedida independentemente de legislação especial a instituições públicas ou privadas de caráter assistencial ou cultural sem finalidade lucrativa.

§ 1º A subvenção social, visando à prestação dos serviços essenciais de assistência social, médica e educacional, será concedida sempre que a suplementação de recursos de origem privada aplicados a esses objetivos revelar-se mais econômica (Lei nº 4.320/64, art. 16).

§ 2º O valor da subvenção, sempre que possível, será calculado com base em unidades de serviços efetivamente prestados ou postos à disposição dos interessados, obedecidos os padrões mínimos de eficiência previamente fixados (Lei nº 4.320/64, parágrafo único do art. 16).

§ 3º A concessão de subvenção social só poderá ser feita se a instituição interessada satisfizer às seguintes condições, sem prejuízo de exigências próprias previstas na legislação específica:

- a) ter sido fundada em ano anterior e organizada até o ano da elaboração da Lei de Orçamento;
- b) não constituir patrimônio de indivíduo;
- c) dispor de patrimônio ou renda regular;
- d) não dispor de recursos próprios suficientes à manutenção ou ampliação de seus serviços;

4.10.2 Das subvenções

A subvenção²¹⁸ destina-se a cobrir despesas de custeio operacional das entidades públicas ou privadas (ex. aluguel, folha de salários e conservação de

e) ter feito prova de seu regular funcionamento e de regularidade de mandato de sua diretoria;
f) ter sido considerada em condições de funcionamento satisfatório pelo órgão competente de fiscalização;

g) ter prestado contas da aplicação de subvenção ou auxílio anteriormente recebido, e não ter a prestação de contas apresentado vício insanável;

h) não ter sofrido penalidade de suspensão de transferências da União, por determinação ministerial, em virtude de irregularidade verificada em exame de auditoria.

§ 4º A subvenção social será paga através da rede bancária oficial, ficando a beneficiária obrigada a comprovar no ato do recebimento, a condição estabelecida na alínea “c”, do parágrafo anterior, mediante atestado firmado por autoridade pública do local onde sejam prestados os serviços.

§ 5º As despesas bancárias correrão por conta da instituição beneficiada.

Art. 61. A subvenção econômica será concedida a empresas públicas ou privadas de caráter industrial, comercial, agrícola ou pastoril, mediante expressa autorização em lei especial (Lei nº 4.320/64, art. 12, § 3º, II e art. 19).

§ 1º A cobertura de déficits de manutenção das empresas públicas far-se-á mediante subvenção econômica expressamente autorizada na Lei de Orçamento ou em crédito adicional (Lei nº 4.320/64, art. 18).

§ 2º Consideram-se, igualmente, como subvenção econômica (Lei nº 4.320/64, parágrafo único do art. 18):

a) a diferença entre os preços de mercado e os preços de revenda, pelo Governo, de gêneros alimentícios ou de outros materiais;

b) o pagamento de bonificações a produtores de determinados gêneros ou materiais.

Art. 62. Somente será concedida subvenção a entidade privada que comprovar sua capacidade jurídica e regularidade fiscal.

Art. 63. Os auxílios e as contribuições se destinam a entidades de direito público ou privado, sem finalidade lucrativa.

§ 1º O auxílio deriva diretamente da Lei de Orçamento (Lei nº 4.320/64, § 6º do art. 12).

§ 2º A contribuição será concedida em virtude de lei especial, e se destina a atender ao ônus ou encargo assumido pela União (Lei nº 4.320/64, § 6º do art. 12).

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

§ 1º A prestação de contas de aplicação de subvenção social ou auxílio será apresentada à unidade concedente dentro de 60 dias após a aplicação, não podendo exceder ao último dia útil do mês de fevereiro do ano subsequente ao do recebimento, e será constituída de relatório de atividades e demonstração contábil das origens e aplicações de recursos, referentes ao ano do recebimento, visados por autoridade pública local, observados os modelos aprovados pelo órgão Central do Sistema de Controle Interno.

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

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

²¹⁸ Conforme Plácido e Silva: subvenção, do “latim *subventio*, de *subvenire* (vir em socorro, ajudar), entende-se o auxílio, ou a ajuda pecuniária, que se dá a alguém, ou a alguma instituição, no sentido de os proteger, ou para que realizem ou cumpram seus objetivos”. Ressalta ainda que: “juridicamente, a subvenção não tem o caráter nem de paga nem de compensação”, sendo “mera contribuição pecuniária destinada a auxílio ou em favor de uma pessoa, ou de uma instituição, para

bens), consoante o disposto no § 3º, do art. 12, da Lei nº 4.320/64, enquadrando-se na categoria de transferências correntes.

São classificadas de acordo com o referido dispositivo legal em: **I - subvenções sociais**, as que se destinem a instituições públicas ou privadas de caráter assistencial ou cultural, sem finalidade lucrativa; **II - subvenções econômicas**²¹⁹, as que se destinem a empresas públicas ou privadas de caráter industrial, comercial, agrícola ou pastoril.

A concessão de subvenções sociais visará à prestação de serviços essenciais de assistência social, médica e educacional, sempre que a suplementação de recursos de origem privada aplicados a esses objetivos, revelar-se mais econômica e o seu valor, sempre que possível, será calculado com base em unidades de serviços efetivamente prestados ou postos à disposição dos interessados obedecidos os padrões mínimos de eficiência previamente fixados – art. 16 e parágrafo único.

Ressalte-se ainda que, consoante o disposto no art. 17 da Lei nº 4.320/64, somente serão concedidas subvenções às instituições cujas condições de funcionamento forem julgadas satisfatórias pelos órgãos oficiais de fiscalização.

Nos termos do § 3º, do art. 60, do Decreto nº 93.872/86, a concessão de subvenção social só poderá ser feita se a instituição interessada satisfizer às seguintes condições, sem prejuízo de exigências próprias previstas na legislação específica:

- a) ter sido fundada em ano anterior e organizada até o ano da elaboração da Lei de Orçamento;*
- b) não constituir patrimônio de indivíduo;*
- c) dispor de patrimônio ou renda regular;*
- d) não dispor de recursos próprios suficientes à manutenção ou ampliação de seus serviços;*

que se mantenha, ou para que execute os serviços ou obras pertinentes a seu objeto”. SILVA, Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 23ªed. Edição revista e atualizada por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003. p.1338.

²¹⁹ As subvenções econômicas, como já dito, em razão do objeto do presente trabalho, não serão objeto de análise.

- e) *ter feito prova de seu regular funcionamento e de regularidade de mandato de sua diretoria;*
- f) *ter sido considerada em condições de funcionamento satisfatório pelo órgão competente de fiscalização;*
- g) *ter prestado contas da aplicação de subvenção ou auxílio anteriormente recebido, e não ter a prestação de contas apresentado vício insanável;*
- h) *não ter sofrido penalidade de suspensão de transferências da União, por determinação ministerial, em virtude de irregularidade verificada em exame de auditoria.*

A propósito, Silvio Luís Ferreira da Rocha²²⁰ bem observa que a

instituição privada, para receber subvenções sociais, deve preencher alguns requisitos – entre eles, dispor de patrimônio ou renda regular, o que demonstra que ela não pode pretender executar suas atividades com recursos exclusivos do Poder Público; não dispor de recursos próprios suficientes à manutenção ou ampliação de seus serviços, o que demonstra que a subvenção deve ser necessária à manutenção ou ampliação dos serviços da entidade subvencionada.

O implemento da subvenção social se dá mediante depósito em conta corrente aberta em rede bancária oficial, ficando a beneficiária obrigada a comprovar no ato do recebimento, a condição estabelecida na alínea “c”, do parágrafo § 3º, do art. 60, mediante atestado firmado por autoridade pública do local onde sejam prestados os serviços. As despesas bancárias correrão por conta da instituição beneficiada - §§ 4º e 5º, do art. 60, do Decreto nº 93.872/86.

4.10.3 Do auxílio e das contribuições

O auxílio e as contribuições, nos termos do artigo 12, § 6º, da Lei nº 4.320/64, servem para custear despesas de capital, isto é, aquelas que podem gerar serviços, riquezas, e produzir um incremento ao Produto Nacional.

²²⁰ ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. Op. cit., 2003. p.36.

A distinção entre ambos os instrumentos, de acordo com a Lei nº 4.320/64, está no diploma legislativo, haja vista que o primeiro deriva diretamente da lei de orçamento e a segunda de lei especial²²¹.

Não obstante, cabe registrar que a Lei nº 11.768/2008, que estabelece as diretrizes para a elaboração e execução da Lei Orçamentária de 2009, no seu art. 33, §§ 1º e 2º, admitiu a possibilidade de concessão de contribuição não autorizada por lei específica, condicionada à publicação, para cada entidade beneficiada, de ato de autorização da unidade orçamentária transferidora, o qual conterà o critério de seleção, o objeto, o prazo do convênio ou instrumento congênere e a justificativa para a escolha da entidade.

O pedido de concessão de auxílio ou contribuição deve se apresentado mediante a exposição de um plano de aplicação de recursos.

Aliás, o art. 66 do Decreto nº 93.872/86 estabelece expressamente a obrigatoriedade da comprovação do bom e regular emprego da verba pública e dos resultados alcançados, tanto no que se refere ao auxílio e contribuições, como também no que diz respeito às subvenções:

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

§ 1º A prestação de contas de aplicação de subvenção social ou auxílio será apresentada à unidade concedente dentro de 60 dias após a aplicação, não podendo exceder ao último dia útil do mês de fevereiro do ano subsequente ao do recebimento, e será constituída de relatório de atividades e demonstração contábil das origens e aplicações de recursos, referentes ao ano do recebimento, visados por autoridade pública local, observados os modelos aprovados pelo órgão Central do Sistema de Controle Interno.

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

§ 3º A atuação da entidade no cumprimento das obrigações assumidas, inclusive quanto à prestação de contas, será

²²¹ Ibidem. p.36.

anotada no respectivo registro cadastral mantido pelo órgão setorial de controle interno.”

Ressalte-se ainda que as transferências de recursos para o setor privado a título de auxílio, contribuição ou subvenção deverão observar, no corrente ano, as regras estabelecidas nos arts. 32 a 39 da Lei nº 11.768/2008²²², que estabelece as diretrizes para a elaboração e execução da Lei Orçamentária de 2009.

²²² Lei nº 11.768/2008: Art. 36. Sem prejuízo das disposições contidas nos arts. 32, 33, 34 e 35 desta Lei, a destinação de recursos a entidades privadas sem fins lucrativos dependerá ainda de:

I - aplicação de recursos de capital, ressalvadas as situações previstas nos incisos IV e IX do art. 34 desta Lei, exclusivamente para:

a) aquisição e instalação de equipamentos, bem como obras de adequação física necessárias à instalação dos referidos equipamentos;

b) aquisição de material permanente;

c) conclusão de obra em andamento, cujo início tenha ocorrido com recursos dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social, atestado pela autoridade máxima da unidade concedente, vedada a destinação de recursos para ampliação do projeto original;

II - identificação do beneficiário e do valor transferido no respectivo convênio ou instrumento congêneres;

III - execução na modalidade de aplicação 50 - entidade privada sem fins lucrativos;

IV - compromisso da entidade beneficiada de disponibilizar ao cidadão, por meio da internet ou, na sua falta, em sua sede, consulta ao extrato do convênio ou outro instrumento utilizado, contendo, pelo menos, o objeto, a finalidade e o detalhamento da aplicação dos recursos;

V - apresentação da prestação de contas de recursos anteriormente recebidos, nos prazos e condições fixados na legislação;

VI - publicação, pelo Poder respectivo, de normas a serem observadas na concessão de subvenções sociais, auxílios e contribuições correntes, que definam, entre outros aspectos, critérios objetivos de habilitação e seleção das entidades beneficiárias e de alocação de recursos e prazo do benefício, prevendo-se, ainda, cláusula de reversão no caso de desvio de finalidade;

VII - declaração de funcionamento regular, inclusive com inscrição no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica, da entidade beneficiária nos últimos 3 (três) anos, emitida no exercício de 2008 por 3 (três) autoridades locais, e comprovante de regularidade do mandato de sua diretoria;

VIII - cláusula de reversão patrimonial, válida até a depreciação integral do bem ou a amortização do investimento, constituindo garantia real em favor do concedente em montante equivalente aos recursos de capital destinados à entidade, cuja execução ocorrerá quando se verificar desvio de finalidade ou aplicação irregular dos recursos.

§ 1º A determinação contida no inciso I do **caput** deste artigo não se aplica aos recursos alocados para programas habitacionais, conforme previsão em legislação específica, em ações voltadas a viabilizar o acesso à moradia, bem como na elevação de padrões de habitabilidade e de qualidade de vida de famílias de baixa renda que vivem em localidades urbanas e rurais.

§ 2º Não se aplica a exigência constante do inciso III deste artigo quando a transferência dos recursos ocorrer por intermédio de fundos estaduais e municipais, nos termos da legislação pertinente.

§ 3º É vedada a destinação de recursos a entidade privada em que agente político de Poder ou do Ministério Público, tanto quanto dirigente de órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera governamental, ou respectivo cônjuge ou companheiro, bem como parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o segundo grau, seja dirigente.

§ 4º O Poder Executivo disponibilizará na internet banco de dados de acesso público para fins de consulta aos recursos do Orçamento da União destinados às entidades privadas, contendo, no mínimo, órgão concedente, unidade da federação, nome da entidade, número de inscrição no CNPJ, objeto, valores e datas da liberação.

Especificamente, no que se refere à concessão de subvenções sociais, estabelece o art. 32, *verbis*:

Art. 32. É vedada a destinação de recursos a título de subvenções sociais para entidades privadas, ressalvadas aquelas sem fins lucrativos, que exerçam atividades de natureza continuada nas áreas de cultura, assistência social, saúde e educação, observado o disposto no art. 16 da Lei nº 4.320, de 1964, e que preencham uma das seguintes condições:

I - sejam de atendimento direto ao público, de forma gratuita, e estejam registradas no Conselho Nacional de Assistência Social - CNAS;

II - sejam formalmente vinculadas a organismo internacional do qual o Brasil participe, tenham natureza filantrópica ou assistencial e estejam registradas nos termos do inciso I do caput deste artigo;

III - atendam ao disposto no art. 204 da Constituição, no art. 61 do ADCT, bem como na Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993;

IV - sejam qualificadas como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIP, com termo de parceria firmado com o Poder Público Federal, de acordo com a Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999.

Art. 37. Será exigida contrapartida para as transferências previstas na forma dos arts. 32, 33, 34 e 35, de acordo com os percentuais previstos no art. 40 desta Lei, considerando-se para esse fim aqueles relativos aos Municípios onde as ações forem executadas.

§ 1º A exigência de contrapartida de que trata o **caput** poderá ser reduzida mediante justificativa do titular do órgão responsável pela execução das respectivas ações, que deverá constar do respectivo processo de concessão da transferência.

§ 2º A exigência de contrapartida não se aplica às entidades de assistência social e saúde registradas no Conselho Nacional da Assistência Social - CNAS.

§ 3º A redução a que se refere o § 1º deste artigo levará em consideração diretrizes do órgão colegiado ou Conselho ao qual a política pública esteja relacionada.

§ 4º No caso de as ações serem executadas em mais de um Município, o cálculo da contrapartida será efetuado tendo por base o Município-sede da instituição recebedora dos recursos.

Art. 38. É vedada a destinação de recursos dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social, inclusive de receitas próprias de órgãos e entidades da Administração Pública Federal, para entidade de previdência complementar ou congênere, quando em desconformidade com o disposto na Lei Complementar nº 108, de 29 de maio de 2001, e na Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001.

Art. 39. Nenhuma liberação de recursos, a serem transferidos nos termos desta Seção, poderá ser efetuada sem a observância do disposto no § 1º do art. 19 desta Lei.

Parágrafo único. Para fins da realização de transferências ao setor privado, o Poder Executivo consolidará as normas relativas à celebração de convênios e instrumentos congêneres, bem como às correspondentes prestações de contas, mantendo-as atualizadas e divulgando-as por meio da internet.

Quanto à concessão de contribuições à entidade privada sem fins lucrativos, prevêm, de igual modo, os arts. 33 e 35 do referido diploma legal, a observância a uma série de requisitos abaixo apontados:

Art. 33. É vedada a destinação de recursos a entidade privada a título de contribuição corrente, ressalvada a autorizada em lei específica ou destinada à entidade sem fins lucrativos selecionada para execução, em parceria com a Administração Pública Federal, de programas e ações que contribuam diretamente para o alcance de diretrizes, objetivos e metas previstas no plano plurianual.

§ 1º A transferência de recursos a título de contribuição corrente não autorizada em lei específica dependerá de publicação, para cada entidade beneficiada, de ato de autorização da unidade orçamentária transferidora, o qual conterá o critério de seleção, o objeto, o prazo do convênio ou instrumento congênere e a justificativa para a escolha da entidade.

§ 2º O disposto no **caput** deste artigo e em seu § 1º aplica-se aos casos de prorrogação ou renovação de convênio ou instrumento congênere ou aos casos em que, já havendo sido firmado o instrumento, devam as despesas dele decorrentes correr à conta de dotações consignadas na Lei Orçamentária de 2009.

Art. 35. A alocação de recursos para entidades privadas sem fins lucrativos, a título de contribuições de capital, fica condicionada à autorização em lei especial anterior de que trata o art. 12, § 6º, da Lei nº 4.320, de 1964”.

No mesmo sentido, no que tange ao oferecimento de auxílio, exige o art. 34:

Art. 34. É vedada a destinação de recursos a título de auxílios, previstos no art. 12, § 6º, da Lei nº 4.320, de 1964, a entidades privadas, ressalvadas as sem fins lucrativos e desde que sejam:

I - de atendimento direto e gratuito ao público e voltadas para a educação especial, ou representativas da comunidade escolar das escolas públicas estaduais e municipais da educação básica ou, ainda, unidades mantidas pela Campanha Nacional de Escolas da Comunidade - CNEC;

II - cadastradas junto ao Ministério do Meio Ambiente para recebimento de recursos oriundos de programas ambientais, doados por organismos internacionais ou agências governamentais estrangeiras;

III - voltadas a ações de saúde e de atendimento direto e gratuito ao público, inclusive à assistência a portadores de DST/AIDS, prestadas pelas Santas Casas de Misericórdia e por outras entidades sem fins lucrativos, e que estejam registradas no Conselho Nacional de Assistência Social - CNAS;

IV - signatárias de contrato de gestão com a Administração Pública Federal, não qualificadas como organizações sociais nos termos da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998;

V - consórcios públicos legalmente instituídos;

VI - qualificadas como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIP, com termo de parceria firmado com o Poder Público Federal, de acordo com a Lei nº 9.790, de 1999, e que participem da execução de programas constantes do plano plurianual, devendo a destinação de recursos guardar conformidade com os objetivos sociais da entidade;

VII - qualificadas ou registradas e credenciadas como instituições de apoio ao desenvolvimento da pesquisa científica e tecnológica com contrato de gestão firmado com órgãos públicos;

VIII - qualificadas para o desenvolvimento de atividades esportivas que contribuam para a capacitação de atletas de alto rendimento nas modalidades olímpicas e paraolímpicas, desde que formalizado instrumento jurídico adequado que garanta a disponibilização do espaço esportivo implantado para o desenvolvimento de programas governamentais, e demonstrada, pelo órgão concedente, a necessidade de tal destinação e sua imprescindibilidade, oportunidade e importância para o setor público; ou

IX - voltadas ao atendimento de pessoas portadoras de necessidades especiais”.

Por fim, anota-se que o Decreto nº 1.819/96 estabelece no seu art. 1º que as transferências de recursos da União, dentre outras, a título de subvenções, auxílios ou contribuições, serão realizadas mediante “*convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres*, observadas as disposições legais pertinentes”.

Além dos mencionados instrumentos, o art. 3º do referido diploma legal institui os “contratos de repasse”²²³, os quais objetivam a transferência de verba pública mediante instituição financeira oficial, na qualidade de mandatária da União. No citado instrumento deverão constar os direitos e obrigações das partes, inclusive quanto à obrigatoriedade de prestação de contas perante o Ministério competente para a execução do programa ou projeto.

²²³ Conforme “Manual dos Convênios e outros repasses”, Contrato de Repasse é o “instrumento administrativo usado na transferência dos recursos financeiros, por intermédio de instituição ou agente financeiro público federal, que atua como mandatário da União”. BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Convênios e outros repasses*. Brasília: Secretaria-Geral de Controle Externo, 2008. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 18/12/2008.

4.10.4 Convênios

A Constituição da República de 1988 fez referência ao convênio em dois dispositivos constitucionais, a saber: art. 71, inciso VI²²⁴ e art. 199, § 1º²²⁵.

Com o advento da EC nº 19/98, foi alterada a redação do art. 241 para determinar a disciplina, por lei, dos consórcios públicos e dos *convênios de cooperação* entre os entes políticos, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

A referida EC nº 19/98 alterou ainda a redação do § 2º, do art. 39 para constar a possibilidade de celebração de *convênios* ou contratos entre os entes federados, no que toca à manutenção de escolas de governo para a formação e o aperfeiçoamento dos servidores públicos.

Por fim, o inciso XXII, do art. 37, incluído pela EC nº 42/2003, estabeleceu a possibilidade das administrações tributárias dos entes federados atuarem de forma integrada, inclusive com o compartilhamento de cadastros e de informações fiscais, na forma da lei ou *convênio*.

No âmbito infraconstitucional, os convênios estão disciplinados no art. 116 da Lei nº 8.666/93 – Lei das Licitações e Contratos Administrativos, no Decreto nº 6.170/2007 e na, supletivamente, na IN STN 1/97.

De acordo com o § 1º, do art. 116, da Lei nº 8.666/93 a celebração de convênio depende de prévia aprovação do competente plano de trabalho, o qual deverá conter, no mínimo:

I - identificação do objeto a ser executado;

II - metas a serem atingidas;

III - etapas ou fases de execução;

IV - plano de aplicação dos recursos financeiros;

²²⁴ CF/88: Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: [...]

VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

²²⁵ CF/88: Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

V - cronograma de desembolso;

VI - previsão de início e fim da execução do objeto, bem assim da conclusão das etapas ou fases programadas;

VII - se o ajuste compreender obra ou serviço de engenharia, comprovação de que os recursos próprios para complementar a execução do objeto estão devidamente assegurados, salvo se o custo total do empreendimento recair sobre a entidade ou órgão descentralizador.

Os §§ 2º e 3º do citado dispositivo legal determinam a ciência do ato de celebração do convênio à Assembléia Legislativa ou à Câmara Municipal respectiva e a liberação das parcelas em estrita conformidade com o plano de aplicação aprovado, exceto no caso de retenção das verbas, nas hipóteses de não comprovação da boa e regular aplicação da parcela já recebida; descumprimento do convênio ou de normas pelo executor; e não adoção de medidas saneadoras apontadas pelo repassador ou controlador.

Os saldos de convênio, enquanto não utilizados, devem ser obrigatoriamente aplicados e as receitas financeiras auferidas computadas a crédito do convênio e aplicadas, exclusivamente, no objeto de sua finalidade, na forma do §§ 4º e 5º.

No caso de conclusão, denúncia, rescisão ou extinção do convênio, acordo ou ajuste, os saldos financeiros remanescentes, inclusive os provenientes das receitas obtidas das aplicações financeiras realizadas, serão devolvidos à entidade ou órgão repassador dos recursos, no prazo improrrogável de 30 (trinta) dias do evento, sob pena da imediata instauração de tomada de contas especial do responsável, providenciada pela autoridade competente do órgão ou entidade titular dos recursos - § 6º.

O Decreto nº 6.170/2007, que regulamente o referido dispositivo legal, estabelece, dentre outras, hipóteses de *vedação de celebração de convênios* (art. 2º); *necessidade de cadastro prévio no Sistema de Gestão de Convênios e Contratos de Repasse – SICONV* (art. 3º); *faculdade de “chamamento público”, com regras claras e objetivas para a seleção dos convenientes* (arts. 4º e 5º) e a

§ 1º - *As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.*

possibilidade de denúncia a qualquer tempo do convênio, ficando os partícipes responsáveis somente pelas obrigações e auferindo as vantagens do tempo em que participaram voluntariamente do acordo, não sendo admissível cláusula obrigatória de permanência ou sancionadora dos denunciantes (art. 12).

Na doutrina, colhe-se das lições de Hely Lopes Meirelles²²⁶ que convênios administrativos são *“acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, para realização de objetivos de interesse comum dos partícipes.”*

No mesmo sentido, José dos Santos Carvalho Filho²²⁷ define convênio como *“o instrumento firmado com o intuito de recíproca cooperação entre os pactuantes, cuja finalidade é o alcance de um interesse comum.”*

O Tribunal de Contas da União, por meio do seu manual “Convênios e outros repasses”²²⁸, define-o como

acordo, ajuste ou qualquer outro instrumento que discipline a transferência de recursos financeiros dos Orçamentos da União visando a execução de programa de governo, envolvendo a realização de projeto, atividade, serviço, aquisição de bens ou evento de interesse recíproco, em regime de mútua cooperação, e tenha como partícipes, de um lado, órgão da administração pública federal direta, autarquias, fundações públicas, empresas públicas ou sociedades de economia mista, e, de outro, órgão ou entidade da administração pública estadual, distrital ou municipal, direta ou indireta, ou ainda, entidades privadas sem fins lucrativos.

Tal definição consta do Decreto nº 6.170/2007 que regulamenta os convênios e os contratos de repasse.

Embora o mencionado conceito faça alusão a órgão da administração pública federal direta, há que se ressaltar que para a celebração de convênio, há a necessidade de que um dos concedentes ou dos convenientes seja entidade pública, ou seja, que detenha personalidade jurídica.

²²⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 28ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p.386.

²²⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 17ªed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2007. p.177.

²²⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Op. cit., 2008.

Relativamente à natureza jurídica do convênio, não há consenso na doutrina. Tarso Cabral Violin²²⁹, em dissertação de mestrado apresentada na Universidade Federal do Paraná, bem sintetiza essa divergência:

O Supremo Tribunal Federal, o Tribunal de Contas da União, e doutrinadores como Hely Lopes MEIRELLES, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, Diogenes GASPARINI, José dos Santos CARVALHO FILHO, Edmir Netto de ARAÚJO e Francisco de Assis ALVES, entendem que convênio é acordo mas não é contrato. No mesmo sentido Luiz Alberto BLANCHET: "convênios têm natureza jurídica diferente dos contratos. Apresentam traços bastante distintos, não se lhes aplicando toda e qualquer norma pertinente à espécie contrato". Entretanto, por mais que esta posição seja majoritária, ela não é unânime.

Em três momentos verificamos que o autor Marçal JUSTEN FILHO trata sobre os convênios. Em texto sobre contratos o autor entende que o convênio é contrato plurilateral. Em seu curso sobre licitações, Marçal JUSTEN FILHO não chega a afirmar que os convênios administrativos têm natureza contratual, mas tece uma relação entre os contratos **comutativos ou distributivos** da teoria geral do direito, onde há interesses contrapostos, dos de natureza **cooperativa ou organizacional**, onde há aproveitamento conjunto e simultâneo de bens e recursos humanos, com objetivo comum (ex: contratos societários). Segundo o autor, os contratos administrativos seriam comutativos ou distributivos. Em seu curso de Direito Administrativo, o autor deixa clara sua posição de que com relação à classificação quanto ao fim imediato, os contratos administrativos podem ser comutativos (contraposição de interesses) ou contratos de **organização, cooperativos** ou de **colaboração**, citando como exemplos os contrato de sociedade, consórcio, concessão de venda comercial, franquias, no direito privado, e o **convênio** e concessão de serviços públicos na área do direito público. Ou seja, "rigorosamente, a categoria do contrato administrativo abrange inclusive a figura do convênio", acordo onde há "ausência de interesse especulativo de todas as partes" e "não produz benefícios ou vantagens econômicas para nenhuma das partes".

Sílvio Luís Ferreira da ROCHA entende que é um erro a distinção entre convênio e contrato na questão da diversidade de interesses, invocando os contratos associativos. "Não haveria diferença entre eles quanto à natureza, mas sim apenas quanto ao conteúdo", e que **a diferença estaria apenas na inexistência de cláusulas exorbitantes nos convênios**. Por fim o autor conclui que ao lado do critério distintivo das cláusulas exorbitantes, "deve ser agregado o critério da real diversidade de regime jurídico aplicável ao

²²⁹ VIOLIN, Tarso Cabral. Op. cit., no prelo. p.180-3.

contrato administrativo se comparado com o regime jurídico aplicável ao convênio”, na questão da estabilidade do vínculo e do valor como contraprestação nos contratos e como fomento nos convênios.

Já Toshio MUKAI discorda da equiparação dos convênios com os contratos cooperativos do direito privado, nos quais “embora os interesses sejam opostos, chegam a configurar **verdadeira composição** no sentido de fazer emergir a vontade contratual, tanto que surge a vontade societária”, enquanto que nos convênios “não há a composição de vontades; há simples cooperação”, onde “os partícipes continuarão a realizar seus próprios objetivos sociais, não de uma nova pessoa jurídica, que de fato não surge” Além de no convênio existirem interesses recíprocos, segundo o autor esses interesses recíprocos não se compõem, não formam um terceiro interesse, como nos contratos de sociedade.

Odete MEDAUAR entende que os consensos, acordos, cooperações e parcerias entre a Administração Pública e particulares “incluem-se numa figura contratual, num módulo contratual” e que “a dificuldade de fixar diferenças entre contrato e convênio parece levar a concluir que são figuras da mesma natureza, pertencentes à mesma categoria, a contratual”.

Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO aduz que “o convênio é o **ato administrativo complexo** em que uma entidade pública acorda com outra ou com outras entidades, públicas ou privadas, o desempenho conjunto, por cooperação ou por colaboração, de uma atividade de competência da primeira”.

Marcos Juruena Villela SOUTO entende que o convênio é ato multilateral de parceria, e não ato complexo. Para o autor, o art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, define que os convênios e demais acordos são contratos, na linha europeia que não diferencia os institutos. Ele não concorda com esta definição legal, defendendo que contrato e convênio não têm o mesmo regime jurídico, e ainda aduz que a Constituição também faz esta diferenciação.

Entende-se que seja o convênio uma espécie de contrato, seja ele um acordo que não se confunde com aquele, o que se mostra de relevo é considerar as suas principais características extraídas do ordenamento jurídico²³⁰, e com isso,

²³⁰ Nesse ponto, pertinente o registro de Silvio Luís Ferreira da Rocha (Op. cit., 2003. p.54): “A *rigor*, tanto o convênio como o contrato são negócios jurídicos realizados pela Administração no exercício de competência para a realização do interesse público almejado pela lei. Não haveria diferença entre eles quanto à natureza, mas sim apenas quanto ao conteúdo. A distinção calcada na existência de interesses contrapostos ou de interesses comuns seria insuficiente para diferenciá-los. A doutrina, no entanto, elegeu como traço característico do contrato administrativo a presença das denominadas cláusulas exorbitantes, e a partir desse critério não se pode negar que entre o contrato administrativo e o convênio existem diferenças, na medida em que neste último – o convênio – não encontramos cláusulas exorbitantes. Ao lado desse critério distintivo deve ser agregado o critério da real diversidade de regime jurídico aplicável ao contrato administrativo se comparado com o regime jurídico aplicável ao convênio.”

afastar a tentativa de, por exemplo, adotá-los para hipóteses em que há, na verdade, necessidade de se firmar contrato administrativo, após regular procedimento licitatório.

No ponto, calha a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, no sentido de que não é possível a delegação de serviço público ao particular, mediante convênio, ante a incompatibilidade com a natureza do convênio. De igual modo, cabe a observação de Márcia Walquiria Batista dos Santos²³¹, na palestra proferida sobre Convênios e Consórcios:

A Constituição Federal, art. 175, diz que “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”. E se o contrato é diferente do convênio, então, não posso dizer que é tudo a mesma coisa. Enfim, se o que interessa para o Município é que o serviço seja executado, se o que interessa para a comunidade é que esse serviço também seja executado, qual o problema de se fazer um convênio? O problema é a escolha da empresa que vai prestar esse serviço. Cadê a licitação? Então, aí está o limite, vamos dizer assim, o limite entre o contrato e o convênio, que, muitas vezes, a Administração não tem.

Aliás, o entendimento sobre a necessidade ou não de licitação para a celebração de convênio também não se apresenta uniforme na doutrina pátria. Colhe-se, aqui, novamente, da síntese elaborada por Tarso Cabral Violin:

Marçal JUSTEN FILHO, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, José dos Santos CARVALHO FILHO, Toshio MUKAI, Marcos Juruena Villela SOUTO, Pedro DURÃO e Dalton Santos MORAIS entendem que para a celebração de convênios **não é necessária a licitação**.

Odete MEDAUAR, sobre o tema, alerta o seguinte No tocante aos convênios entre órgãos e entes estatais e **entidades particulares**, o que, sobretudo, fundamenta a desobrigação de licitação é a **especificidade do objeto e da finalidade**. No entanto, se a Administração pretender realizar convênio para resultado e finalidade que **poderão ser alcançados por muitos**, deverá ser **realizada licitação** ou se abrir a possibilidade de **conveniar sem limitação**, atendidas as condições fixadas genericamente; se assim não for, haverá **ensejo para burla**, acobertada pela acepção muito ampla que

²³¹ SANTOS, Márcia Walquiria Batista do. “Convênios e Consórcios”. *Boletim de Direito Administrativo - BDA*. nº.11. São Paulo, Editora NDJ Ltda., nov. 2004. p.1236.

se queira dar aos convênios. Alguns casos ocorrem na prática, nos quais, a título de convênio, **obras são contratadas sem licitação e pessoas são investidas em funções e empregos públicos sem concurso ou seleção.** (Grifo nosso)

Leon Frejda SZKLAROWSKY entende que para os convênios aplicam-se as mesmas regras que para os contratos. A regra é a licitação, a não ser nos casos de dispensa ou inexigibilidade.

Antonio Roque CITADINI ainda aduz que “os convênios, quando firmados entre órgãos públicos e entidades particulares obedecerão às normas aqui previstas (art. 116 da Lei nº 8.666/93), acrescidas de que sua inicial pactuação deverá obedecer aos **princípios gerais** da contratação pública, em especial os de impessoalidade, igualdade dos particulares perante a Administração Pública e probidade administrativa, sem os quais o convênio não poderá ser realizado”.

Edmir Netto de ARAÚJO entende que “a celebração desses ajustes se dá após a realização de procedimento administrativo, em que se focalizam aspectos técnicos, financeiros (principalmente de alocação e destinação de recursos) e mesmo administrativos e jurídicos”. No mesmo sentido Maria Nazaré Lins BARBOSA, que opina pela necessidade de haver critérios objetivos de seleção das entidades conveniada, pautada na isonomia, sem necessariamente a realização de licitação e; nos casos de inexigibilidade, o atendimento do art. 26 da Lei nº 8.666/93 (razão da escolha e justificativa do preço).

Entende-se que, de fato, em razão da natureza do convênio, não há obrigatoriedade prévia da licitação. No entanto, tal procedimento licitatório sempre se fará necessário na hipótese de, em razão do objeto e da finalidade do convênio, haver mais de um ente apto e interessado em celebrar a referida avença com o Poder Público. Em face do princípio da impessoalidade/isonomia, da moralidade, da publicidade, dentre outros, há que se adotar, ao menos, critérios objetivos de seleção.

Ressalte-se, no ponto, que o Decreto nº 6.170/2007, nos seus arts. 4º e 5º já prevêm a possibilidade de “chamamento público”, mediante critérios objetivos visando à aferição da qualificação técnica e capacidade operacional do conveniente para a gestão do convênio.

No entanto, fica a crítica no tocante à expressão “a critério do órgão ou entidade concedente”. Ora, tal procedimento deveria ser adotado sempre que a circunstância fática assim exigisse e não ao sabor da vontade do Administrador, o que compromete severamente a eficácia da aludida norma.

4.10.5 Termo de Parceria

O Termo de Parceria foi introduzido pela Lei nº 9.790/99²³² e consiste no

instrumento passível de ser firmado entre o Poder Público e as entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes, para o fomento e a execução das atividades de interesse público²³³ previstas no art. 3º do citado diploma legal.

Nos termos do art. 10 e § 1º, o citado Termo será firmado de comum acordo entre o Poder Público e as OSCIPs, com a discriminação dos direitos, responsabilidades e obrigações das partes signatárias, sempre precedida de consulta aos Conselhos de Políticas Públicas das áreas correspondentes de atuação existentes, nos respectivos níveis de governo. São cláusulas essenciais do Termo de Parceria (art. 10, § 2º):

- I - a do objeto, que conterà a especificação do programa de trabalho proposto pela Organização da Sociedade Civil de Interesse Público;
- II - a de estipulação das metas e dos resultados a serem atingidos e os respectivos prazos de execução ou cronograma;
- III - a de previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de resultado;
- IV - a de previsão de receitas e despesas a serem realizadas em seu cumprimento, estipulando item por item as categorias contábeis usadas pela organização e o detalhamento das remunerações e benefícios de pessoal a serem pagos, com recursos oriundos ou vinculados ao Termo de Parceria, a seus diretores, empregados e consultores;

²³² O referido Diploma Legal, conforme já estudado no tópico sobre a outorga de título jurídico, disciplina a qualificação de entidades de direito privado sem fins lucrativos (associações e fundações) em Organização da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIP.

²³³ Nos termos do art. 3º da Lei nº 9.790/99: *promoção da assistência social; da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico; educação e saúde gratuitas; segurança alimentar e nutricional; voluntariado; defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável; desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza; experimentação, não lucrativa, de novos modelos sócio-produtivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito; direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar; ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais; 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.*

V - a que estabelece as obrigações da Sociedade Civil de Interesse Público, entre as quais a de apresentar ao Poder Público, ao término de cada exercício, relatório sobre a execução do objeto do Termo de Parceria, contendo comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados, acompanhado de prestação de contas dos gastos e receitas efetivamente realizados, independente das previsões mencionadas no inciso IV;

VI - a de publicação, na imprensa oficial do Município, do Estado ou da União, conforme o alcance das atividades celebradas entre o órgão parceiro e a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, de extrato do Termo de Parceria e de demonstrativo da sua execução física e financeira, conforme modelo simplificado estabelecido no regulamento desta Lei, contendo os dados principais da documentação obrigatória do inciso V, sob pena de não liberação dos recursos previstos no Termo de Parceria.

A execução do objeto do Termo de Parceria será acompanhada e fiscalizada por órgão do Poder Público da área de atuação correspondente à atividade fomentada, e pelos Conselhos de Políticas Públicas das áreas correspondentes de atuação existentes, em cada nível de governo – art. 11.

Os resultados atingidos com a execução do Termo de Parceria devem ser analisados por comissão de avaliação, composta de comum acordo entre o órgão parceiro e a OSCIP, com o encaminhamento à autoridade competente do relatório conclusivo sobre a avaliação procedida, sem prejuízo dos mecanismos de controle social previstos na legislação - §§ 1º a 3º, art. 11.

Uma vez constatada qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou bens de origem pública pela organização parceira, por parte dos responsáveis pela fiscalização do Termo de Parceria, caberá a estes notificarem ao Tribunal de Contas respectivo e ao Ministério Público, sob pena de responsabilidade solidária.

Por seu turno, sem prejuízo da providência acima apontada, havendo indícios fundados de malversação de bens ou recursos de origem pública, os responsáveis pela fiscalização representarão ao Ministério Público, à Advocacia-Geral da União, para que requeiram ao juízo competente a decretação da indisponibilidade dos bens da entidade e o sequestro dos bens dos seus dirigentes, bem como de agente público ou terceiro, que possam ter enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público, além de outras medidas consubstanciadas na Lei nº 8.429/92 e na Lei Complementar nº 64/90.

Exige-se da organização parceira ainda a publicação, no prazo máximo de trinta dias, contado da assinatura do Termo de Parceria, de regulamento próprio contendo os procedimentos que adotará para a contratação de obras e serviços, bem como para compras com emprego de recursos provenientes do Poder Público, observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e da eficiência estabelecidos no inciso I do art. 4º desta Lei – art. 14.

Por fim, no caso da organização adquirir bem imóvel com recursos provenientes da celebração do Termo de Parceria, este será gravado com cláusula de inalienabilidade – art. 15.

Relativamente ao Decreto regulamentar, merece relevo as normas contidas nos arts. 23 a 31 do Decreto nº 3.100/99, que disciplinam a possibilidade de se adotar concurso de projetos para a escolha do parceiro privado, mediante critérios claros e objetivos.

Entretanto, a mesma crítica que se fez ao convênio, ora se repete. É que tal procedimento deveria ser adotado sempre que a circunstância fática assim exigisse e não ao sabor da vontade do Administrador, o que compromete severamente a eficácia da aludida norma e a garantia de observância aos princípios da impessoalidade, da moralidade e da publicidade.

A propósito, recomenda-se a leitura do artigo “Licitação e Terceiro Setor”, de lavra do Professor José Anacleto Abduch Santos²³⁴, no qual, com precisão assevera a necessidade de obediência ao princípio licitatório, tanto nos casos de escolha da entidade parceira (OS e OSCIP) para firmar contrato de gestão ou termo de parceria, como nas contratações realizadas por estas entidades com o uso de recursos públicos, ressalvadas as exceções previstas em lei.

Conclui-se da legislação de regência das OSCIPs, que embora se assemelhe aos convênios em alguns pontos, como por exemplo: a) *ambos serem acordos para a realização de interesse comum dos partícipes*; b) *ambos conterem a previsão de um plano de trabalho (convênio) ou de um programa de trabalho (OSCIP)*; c) *ambos exigirem a prestação de contas à entidade pública concedente*, em outros se distingue, predominantemente, em virtude do propósito da Lei das

²³⁴ SANTOS, José Anacleto Abduch. “Licitação e Terceiro Setor”. In: OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de (coord.). Op. cit., 2007. p.281-307.

OSCIP e, por conseguinte, do maior grau de incidência de normas publicísticas no regime jurídico das OSCIPs.

Destacam-se, nesse contexto, as seguintes notas distintivas: a) no convênio podem figurar como partícipes entes públicos e entidades privadas sem fins lucrativos ou apenas entes públicos ao passo que no Termo de Parceria há que se ter como um dos partícipes uma entidade privada sem fins lucrativos qualificada como OSCIP; b) fiscalização tanto por órgão do Poder Público da área de atuação correspondente à atividade fomentada como pelos Conselhos de Políticas Públicas das áreas correspondentes de atuação existentes, em cada nível de governo, no caso da OSCIP; c) Os resultados atingidos com a execução do Termo de Parceria são analisados por comissão de avaliação, composta de comum acordo entre o órgão parceiro e a OSCIP, com o encaminhamento à autoridade competente do relatório conclusivo sobre a avaliação procedida, sem prejuízo dos mecanismos de controle social previstos na legislação; e d) publicação pela OSCIP, no prazo máximo de trinta dias, contado da assinatura do Termo de Parceria, de regulamento próprio contendo os procedimentos que adotará para a contratação de obras e serviços, bem como para compras com emprego de recursos provenientes do Poder Público, observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e da eficiência²³⁵.

4.10.6 Contrato de gestão

Inicialmente, cabe registrar que o contrato de gestão aqui examinado diz respeito àquele previsto na Lei nº 9.637/98, e adotado como instrumento da atividade administrativa de fomento no domínio social²³⁶.

Conforme já apontado linhas atrás, o referido diploma legal foi editado no âmbito da “Reforma Administrativa do Estado”, cuja proposta contempla ao lado da

²³⁵ Silvio Luís Ferreira da Rocha (Op. cit., 2003. p.51-2) adota entendimento no sentido de que: “*Entre o convênio e a parceria não existe diferença de regime jurídico que permita distingui-los. São nomes diferentes para designar o mesmo fenômeno jurídico. Através deles o Poder Público incentiva as atividades consideradas de relevante interesse social, mas desenvolvidas por entidades privadas. O convênio poderia designar o gênero; e a parceria, a espécie.*”

²³⁶ Em face do objetivo do presente trabalho, não será objeto de exame os contratos de gestão entre o Estado e suas pessoas da Administração Indireta – art. 37, § 8º, da CF/88, com a redação dada pela EC nº 19/98, assim como as Parcerias Público-Privada – PPP, instituídas pela Lei nº 11.079/2004.

propriedade estatal e da propriedade privada, a denominada “**propriedade pública não-estatal de bens e serviços**”, a ser titularizada pelas organizações sem fins lucrativos (“Organizações Sociais”).

Nesse contexto, a Lei nº 9.637/98 disciplina o contrato de gestão nos arts. 5º a 10, embora os arts. 11 a 15 estabeleçam benefícios decorrentes da qualificação da entidade como organização social e da celebração do referido vínculo jurídico com o Poder Público, tais como: a) reconhecimento da entidade como de utilidade pública e interesse social; b) destinação de recursos orçamentários e de bens públicos e c) cessão especial de servidores públicos com ônus para a origem.

Contrato de gestão é o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde, no qual constarão as atribuições, responsabilidades e obrigações do Poder Público e da organização social – arts. 5º e 6º.

Na elaboração do mencionado instrumento jurídico devem ser observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade. Além disso, deve constar a especificação do programa de trabalho proposto pela OS, a estipulação das metas a serem atingidas e os respectivos prazos de execução, bem como previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de qualidade e produtividade.

Afigura-se, de igual modo, essencial, a estipulação dos limites e critérios para despesa com remuneração e vantagens de qualquer natureza a serem percebidas por seus dirigentes e empregados, no exercício de suas funções, devendo os Ministros de Estado ou autoridades supervisoras da área de atuação da entidade definir as demais cláusulas dos contratos de gestão de que sejam signatários – art. 7º.

A fiscalização quanto à execução do contrato será realizada pelo órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade fomentada, cabendo à OS, apresentar ao término de cada exercício ou a qualquer momento, conforme recomende o interesse público, relatório pertinente à execução do mesmo, contendo comparativo específico das metas propostas com os resultados

alcançados, acompanhado da prestação de contas correspondente ao exercício financeiro – art. 8º, § 1º.

Esse resultado deverá ser analisado, periodicamente, por comissão de avaliação, composta por especialistas de notória capacidade e adequada qualificação, indicada pela autoridade supervisora da área correspondente, que dela receberá relatório conclusivo - art. 8º, §§ 2º e 3º.

Os responsáveis pela fiscalização, na hipótese de tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou bens de origem pública pela OS deverão informar o Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária – art. 9º.

Sem prejuízo das referidas providências, quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público, havendo indícios fundados de malversação de bens ou recursos de origem pública, deverão ainda efetuar a representação ao Ministério Público, à Advocacia-Geral da União ou à Procuradoria da entidade para que requeira ao juízo competente a decretação da indisponibilidade dos bens da entidade e o seqüestro dos bens dos seus dirigentes, bem como de agente público ou terceiro, que possam ter enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público – art. 9º.

Relativamente à natureza jurídica do contrato de gestão, a doutrina não se apresenta uniforme. Consoante registra Silvio Luís Ferreira da Rocha²³⁷,

para alguns o contrato de gestão não seria um verdadeiro contrato administrativo, mas sim um negócio jurídico do gênero convênio e da espécie parceria. É a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, para quem haveria identidade entre o contrato de gestão e o termo de parceria. De acordo com a referida autora, “o instrumento é praticamente o mesmo, apenas recebendo denominações diversas pelo legislador.

De fato, como já ressaltado anteriormente, o contrato administrativo e o convênio se distinguem em razão do regime jurídico atribuído a cada um deles, e não apenas na noção, respectivamente, de interesses contrapostos e interesses comuns.

²³⁷ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Op. cit., 2003. p.54-5.

Assim, têm-se as seguintes notas distintivas: a) no contrato administrativo há estabilidade do vínculo, cujo rompimento unilateral pode ensejar o dever de indenizar e no convênio há precariedade do vínculo, que admite a rescisão unilateral por qualquer dos partícipes, sem que isso gere o dever de indenizar; b) no contrato administrativo, o valor pago pela Administração corresponde à contraprestação pelo cumprimento da obrigação pela outra parte, ao passo que, no convênio esse valor não corresponde à contraprestação, mas a auxílio e incentivo à atividade de interesse social, devendo o executor comprovar a aplicação desses recursos conforme os objetivos estipulados, não bastando demonstrar o resultado obtido. Além de prestar contas ao Tribunal de Contas²³⁸.

Silvio Luís Ferreira da Rocha²³⁹, por seu turno, levando-se em consideração que o contrato de gestão alberga tanto peculiaridades existentes nos contratos administrativos como também no convênio, com uma leve predominância do primeiro, prefere classificá-lo como um “*contrato administrativo degradado*”, pois, na essência, falta-lhe o reconhecido direito ao equilíbrio econômico financeiro do administrado. Não obstante, ressalva o citado professor que a alteração unilateral do contrato de gestão pelo Poder Público, ainda que a entidade não vise lucro, pode acarretar um pedido de ressarcimento, ante o agravamento das condições de prestação das atividades. Diz ele: “*Se assim não fosse, o Poder Público poderia exercer o direito conferido pelas cláusulas exorbitantes e levar uma organização social à insolvência, na medida em que lhe aumentasse os encargos sem ter que prestar a co-respectiva contrapartida*”²⁴⁰.

Por fim, ainda no que tange ao contrato de gestão, assim como no Termo de Parceria, registra-se a crítica – aqui mais grave – ante a dispensa de procedimento licitatório para a escolha das OS para a celebração do referido contrato, nos termos do art. 24, inciso XX, da Lei nº 8.666/93, cuja constitucionalidade ora se contesta, posto que compromete, de igual modo, o prestígio aos princípios da impessoalidade, da moralidade e da publicidade.

²³⁸ Ibidem. p.55.

²³⁹ Ibidem. p.55.

²⁴⁰ Ibidem. p.126.

4.10.7 Recursos Públicos Indiretos – Benefícios Fiscais

A atividade administrativa de fomento, como estudado no segundo capítulo, pode ser realizada por meio de fomento econômico financeiro indireto, ou seja, por intermédio de renúncias fiscais, de ingressos de receitas nos cofres públicos, com base em benefícios fiscais concedidos à determinadas pessoas jurídicas ou determinadas atividades consideradas de relevante interesse social.

Sob o rótulo “benefícios fiscais” podemos dividir dois grupos distintos de beneficiários:

- a) aqueles que realizam a atividade considerada de interesse público e de relevância social pelo Estado e;
- b) aqueles que, embora não realizem diretamente tais atividades, colaboram com a consecução dessas finalidades mediante doações de natureza financeira.

No primeiro grupo o benefício fiscal se dá por meio de “isenções tributárias”, que desoneram determinadas entidades dos encargos tributários a que estariam, a princípio, submetidas, para que estas possam, com maior eficácia, alcançar as suas finalidades, que, por sua vez, são de interesse público e relevância social.

Na legislação tributária federal, podem-se destacar os seguintes:

1. *Isenção tributária quanto à Contribuição Previdenciária – cota patronal – Artigo 55 da Lei nº 8.212/91 dirigido às entidades beneficentes de assistência social.*
2. *Isenção tributária quanto ao Imposto sobre a Renda e à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido das instituições de caráter filantrópico, recreativo, cultural, científico e associações civis sem fins lucrativos – artigo 15 da Lei nº 9.532/97.*
3. *Isenção tributária quanto à Contribuição ao Salário Educação das escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, das organizações de fins culturais e das organizações hospitalares e de assistência social – artigo 1º da Lei nº 9.766/98.*
4. *Isenção tributária quanto à COFINS das instituições de educação e de assistência social, de caráter filantrópico, recreativo, cultural, científico, associações, sindicatos, federações, confederações e fundações de direito privado – artigo 14 da Medida Provisória nº 2.158-35/01.*

No segundo grupo de beneficiários a atividade de fomento está centralizada na possibilidade de dedução de doações ou patrocínios no que diz respeito à apuração do Imposto sobre a Renda, nas seguintes hipóteses:

1. *Doações, por pessoas físicas ou jurídicas ao Fundo de Direitos da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.609/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente.*
2. *Doações, por pessoas jurídicas, a entidades civis sem fins lucrativos e de utilidade pública – Lei nº 9.249/95 – artigo 13, § 2º, inciso III.*
3. *Doações, por pessoas jurídicas, a instituições de ensino e pesquisa – Lei nº 9.249/95 – artigo 13, § 2º, inciso II.*
4. *Doações ou Patrocínios, por pessoas físicas ou jurídicas tributados pelo lucro real, nos termos da Lei Rouanet – Lei nº 8.313/91.*
5. *Investimentos à atividade audiovisual, nos termos da Lei do Audiovisual – Lei nº 8.685/93 e da Medida Provisória 2228/01 – FUNCINE.*

Ressalte-se, por oportuno, que a Constituição da República estabelece imunidade tributária quanto aos impostos incidentes sobre o patrimônio, a renda e os serviços das instituições de assistência social e de educação sem fins lucrativos e também quanto às contribuições sociais de seguridade social para as entidades beneficentes de assistência social, que atendam as exigências nos termos da lei – arts. 150, VI, “c” e 195, § 7º, CF/88.

Embora tais disposições constitucionais representem um estímulo, um incentivo para o exercício de tais atividades pelos particulares, entende-se que ainda assim não podem ser enquadradas na atividade administrativa de fomento no domínio social. Isso porque na imunidade não há renúncia fiscal como ocorre na isenção.

Em outras palavras, na isenção, o ente tributante detém competência para tributar determinadas pessoas ou atividades, porém em razão do interesse público, as excluem do seu campo de incidência, como forma de incentivo (ex. cofins sobre receitas próprias das entidades de educação e assistência social, sem fins lucrativos, contribuição previdenciária – quota patronal das entidades beneficentes de assistência social etc). Na imunidade, o ente tributante sequer tem competência para instituir o tributo naquelas situações em que a Constituição Federal elegeu

como hipóteses imunes. Vale dizer, não há renúncia fiscal por parte do ente tributante.

À vista do exposto, adota-se aqui o quadro resumo proposto por Alexandre Ciconello²⁴¹, no seu artigo “O conceito legal de público no Terceiro Setor”, sobre esses mecanismos jurídicos utilizados para a transferência de recursos públicos com vistas à consecução da atividade administrativa de fomento no domínio social, seus destinatários e fundamento legal, com adaptações inerentes ao tema ora proposto:

Mecanismo legal	Descrição	Entidades Beneficiadas	Base Legal
Subvenções sociais	São transferências correntes destinadas a cobrir despesas de custeio de instituições públicas ou privadas de caráter assistencial ou cultural (prestadora de serviços essenciais de assistência social, médica e educacional), sem finalidade lucrativa, às quais não corresponda contraprestação direta em bens ou serviços.	Entidades de caráter assistencial, cultural, educacional e de saúde e órgãos públicos.	Lei nº 4.320/64 Decreto nº 93.872/86 Lei nº 11.768/2008
Auxílios	São transferências de capital destinadas ao investimento ou inversão financeira de entidades públicas ou privadas, independentemente de contraprestação direta em bens ou serviços decorrentes diretamente da lei orçamentária anual.	Entidades privadas sem fins lucrativos e órgãos públicos	Lei nº 4.320/64 Decreto nº 93.872/86 Lei nº 11.768/2008
Contribuições	São dotações a título de transferências correntes, às quais não corresponda contraprestação direta em bens ou serviços (contribuições correntes) ou dotações a título de transferência de capital para investimentos ou inversões financeiras que outras pessoas de direito público ou privado devem realizar independentemente da contraprestação direta de bens ou serviços (contribuições de capital). A contribuição, diferentemente do auxílio, será concedida em virtude de lei especial e se destina a atender ao ônus ou encargo assumido pela União.	Entidades privadas sem fins lucrativos e órgãos públicos	Lei nº 4.320/64 Decreto nº 93.872/86 Lei nº 11.768/2008

²⁴¹ CICONELLO, Alexandre. “O conceito legal de público no Terceiro Setor”. In: SZAZI, Eduardo (org.). *Terceiro Setor – Temas Polêmicos 1*. São Paulo: Petrópolis, 2004.

CONTINUAÇÃO:

Convênio	Convênios administrativos são acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares para a realização de objetivos de interesse comum dos partícipes. Convênio é acordo, mas não contrato. No contrato, as partes têm interesses diversos e opostos. No convênio os partícipes têm interesses comuns e coincidentes.	Entidades privadas sem fins lucrativos e órgãos públicos	Lei nº 8.666/93 Decreto nº 6.170/2007 IN STN nº 01/97
Termo de Parceria	Instrumento passível de ser firmado entre o poder público e as entidades qualificadas como organizações da sociedade civil de interesse público destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes, para o fomento e a execução de atividades de interesse público.	Organizações sem fins lucrativos qualificadas como OSCIPs	Lei nº 9.790/99 Decreto nº 3.100/99
Contratos de Gestão*	Instrumento passível de ser firmado entre o poder público e as entidades qualificadas como organizações sociais destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes, para o fomento e a execução de atividades de interesse público.	Organizações sem fins lucrativos qualificadas como OS	Lei nº 9.637/98
Recursos Públicos Indiretos*	Trata-se de renúncias fiscais concedidas por meio de isenções tributárias e incentivos fiscais conferidos ao doador, tais como aqueles concedidos pelas Leis Rouanet, ECA etc.	Organizações sem fins lucrativos, entidades beneficentes de assistência social	Leis nºs 9.249/95, 8.069/90 e 8.383/91

* Adaptação desses itens em função da matéria objeto do presente trabalho.

Conforme se depreende dos capítulos anteriores, procurou-se até aqui, em síntese, demarcar o campo relativo à atividade administrativa de fomento no domínio social, à luz da Constituição da República.

Para tanto, no primeiro capítulo foi feito um breve registro histórico sobre o surgimento do Estado de Direito, do Direito Administrativo e das transformações na organização política e econômica do Estado, até alcançar o atual estágio de Estado Social e Democrático de Direito, enquadrando o denominado princípio da subsidiariedade nesse contexto, fundamento central da atividade promocional do Poder Público.

No segundo capítulo abordou-se a atividade administrativa de fomento com apoio na doutrina nacional e estrangeira, com a identificação das suas características e das suas notas distintivas com relação ao poder de polícia e ao serviço público e o exame dos conceitos propostos, culminando com a síntese doutrinária dos pontos convergentes e divergentes sobre o instituto.

De posse dos elementos que compõem fomento público, procurou-se, no terceiro capítulo delimitar o espaço reservado ao serviço público, de titularidade do Estado e aquele reservado à atividade econômica, em regra, assegurada aos particulares, assentando-se o regime jurídico de cada um deles. Após, traçou-se o perfil constitucional da atividade administrativa de fomento no domínio social à luz da Constituição Federal de 1988, mediante a identificação das atividades exercidas pelos particulares e passíveis da ação promocional, bem como o regime jurídico aplicado a essa espécie de atividade estatal.

No quarto capítulo foi analisado o universo das organizações que compõem o Terceiro Setor, apartando aquelas que por perseguirem finalidades públicas nos seus objetivos sociais, estão aptas a receber a incidência da atividade administrativa de fomento no domínio social.

Analisou-se, ainda, a implementação do fomento honorífico, nos termos da legislação pátria, mediante a outorga de títulos jurídicos federais (título de utilidade pública federal, certificado de entidade beneficente de assistência social, OS e OSCIP) e respectivos reflexos jurídicos, bem como os instrumentos jurídicos contemplados pelo ordenamento jurídico positivo nacional para o exercício da ação promocional do Estado e a formação de vínculos de parceria com tais organizações (subvenções, auxílios, contribuições, convênios, termos de parceria, contratos de gestão e renúncias fiscais).

Cumprido, pois, com base nos dados até agora colhidos, delinear a responsabilidade civil do Estado no exercício da atividade administrativa promocional e a dos agentes fomentados na prestação de serviços objeto dessa ação estatal.

Essa tarefa será dividida nos dois capítulos subseqüentes.

No quinto capítulo far-se-á um registro histórico sobre a evolução da responsabilidade civil no âmbito do Direito Privado e do Direito Público, assim como da responsabilidade civil do Estado no ordenamento jurídico pátrio. Na sequência, serão fixadas as noções gerais e as classificações acerca do Instituto. Por fim, serão analisados os pressupostos das responsabilidades civil subjetiva e objetiva na esfera

do Direito Privado e, de igual modo, os pressupostos do dever de indenizar do Estado.

No sexto capítulo caberá, então, perquirir qual ou quais espécies de responsabilidade estatal comportam o desempenho da atividade administrativa de fomento, tanto no que se refere à entidade fomentada como no que diz respeito a terceiros. De igual modo, analisar-se-á a responsabilidade dos agentes fomentados em face do Estado e de terceiros.

Por fim, serão fixadas as conclusões decorrentes dos estudos empreendidos.

CAPÍTULO V - DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO ÂMBITO DO DIREITO PRIVADO E DO DIREITO PÚBLICO

A responsabilidade é um dos institutos que, desde a sua implementação até os dias atuais, tem experimentado significativa evolução nos seus mais variados aspectos (histórico, abrangência, fundamento, grau de reparação etc.), em face das mudanças ocorridas na sociedade, suscitando, com isso, vivas e acaloradas discussões no seio da doutrina e da jurisprudência.

Destarte, imprescindível se faz para a sua melhor compreensão, o exame, ainda que breve, da respectiva evolução histórica do instituto, tanto no âmbito do Direito Privado, como no do Direito Público.

5.1 DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO ÂMBITO DO DIREITO PRIVADO

Houve tempo em que os povos adotaram como regra para a reparação do dano a “vingança privada”, sendo permitido ao lesado o direito de retaliação em face do seu causador, de forma unilateral, nos moldes do ditado “*quem com ferro fere com ferro será ferido*” ou ainda “olho por olho, dente por dente”. Admitia-se, então, a possibilidade do corpo do responsável pelo dano responder por suas dívidas, podendo, inclusive, ser sacrificado pelo credor.

O referido costume, apesar de selvagem, chegou, inclusive, a ser acolhido pelo Poder instituído, a fim de obter a pacificação social, que declarava quando e em que condições a vítima teria o direito de praticar a “justiça privada”, ou seja, de causar o mesmo mal ao responsável pelo dano, a exemplo do Código de Hammurabi – 2500 a.C. e do Código de Manu – séc. XIII a.C e da Lei das XII Tábuas - tábua VII, lei 11.^a “*si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio est*” (se alguém fere a outrem, que sofra pena de Talião, salvo se existiu acordo).²⁴²

Com o fortalecimento do Estado e a evolução da sociedade, foi suprimida a “justiça privada” e a aplicação das penas corporais mediante as regras de retaliação – *posto que ao invés de obter a reparação do dano, apenas o duplicava* –, ficando o

²⁴² DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. vol.7. 16ªed. São Paulo: Saraiva, 2002. p.10.

patrimônio do devedor responsável por seus débitos, conforme a *Lex Poetelia Papiria* e a *Lex Aquilia*, esta última, a gênese da concepção moderna de culpa.

Conforme leciona a professora Maria Helena Diniz²⁴³, a *Lex Aquilia*:

[...] veio a cristalizar a idéia de reparação pecuniária do dano, impondo que o patrimônio do lesante suportasse os ônus da reparação, em razão do valor da res, esboçando-se a noção de culpa como fundamento da responsabilidade, de tal sorte que o agente se isentaria de qualquer responsabilidade se tivesse procedido sem culpa. Passou-se a atribuir o dano à conduta culposa do agente. A *Lex Aquilia* de damno estabeleceu as bases da responsabilidade extracontratual, criando uma forma pecuniária de indenização do prejuízo, com base no estabelecimento de seu valor.

Apesar de opiniões divergentes, a *Lex Aquilia* é apontada por parcela considerável da doutrina como o grande marco da responsabilidade civil, pois, a partir de seu advento passou-se a perquirir se o ato ilícito gerador do dano teve como base a *culpa* do agente²⁴⁴. Ressalte-se, no entanto, que o Direito Romano não criou um princípio geral de responsabilidade civil, haja vista que somente enumerava os casos em que se compelia o responsável pelo dano de ressarcir a vítima dos prejuízos suportados, além de não fazer distinção entre pena (responsabilidade penal) e reparação (responsabilidade civil).

Não obstante, inegável o relevo do pensamento romano para a evolução do Instituto, o qual foi aperfeiçoado na Idade Média, especialmente na França, com a elaboração de um princípio geral e a consagração do princípio aquiliano, pelo qual a culpa, ainda que levíssima, obrigaria a indenizar. Nesse sentido, observa Marcelo Benacchio²⁴⁵:

Desse modo, a insuficiência científica do sistema tradicional de responsabilidade civil fundado na enumeração de situações concretas gera a busca de um sistema geral à época das codificações e isso, acompanhado do ideário iluminista calcado nos princípios de Direito Natural, é solo fértil para fazer emergir o princípio da culpa como fundamento único da responsabilidade civil conforme formulou o jurista francês

²⁴³ Ibidem. p.10.

²⁴⁴ Para um amplo esclarecimento a respeito desse ponto vide: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 4ªed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p.03.

²⁴⁵ BENACCHIO, Marcelo. *Pressupostos da responsabilidade civil objetiva extracontratual*. São Paulo: no prelo. p.28.

Domat no século XVII, cujas idéias, juntamente com as de Pothier, inspiraram os redatores do Código Civil Francês de 1804, o Código de Napoleão, o qual foi o primeiro a instituir tal pensamento em seu art. 1.382 por meio de uma ampla cláusula geral que estabelecia “tout fait quelconque de l’homme qui cause à autrui un dommage oblige celui, par La faute duquel est arrivé, à Le réparer!”, ou seja, é a previsão da culpa como fundamento da responsabilidade civil extracontratual, o que, a contrário senso, vai estabelecer que não há responsabilidade sem culpa.

Cabe abrir um parêntesis para anotar que o Código Civil francês, cujos os arts. 1.382 e 1383 tiveram como grandes fontes de inspiração as lições de Domat e Pothier²⁴⁶, influenciou a legislação de vários países, inclusive a do Brasil, que no antigo Código Civil de 1916 acolheu a teoria da culpa (responsabilidade subjetiva), mantendo-a no Código Civil atualmente em vigor, ao lado da teoria da responsabilidade objetiva.

Com efeito, dispunha o artigo 159, do Código de 1916: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

A norma em tela sequer cogitava da conduta dolosa ou do grau de culpa, limitando-se a impor o dever de reparar o dano no caso de culpa do agente.

No atual Código Civil, a teoria da culpa subjetiva pode ser extraída da conjugação dos artigos 927 *caput* e 186 do referido diploma legal. O artigo 927 estabelece que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo” e o artigo 186, por seu turno, dispõe que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Tal diploma legal merece, no tocante ao tema, dois destaques: i) a *inclusão da possibilidade de indenização por dano moral, já admitida pela jurisprudência em face do permissivo constitucional* – art. 186 do CC; e ii) a *ampliação da*

²⁴⁶ As lições de Domat e Pothier foram as grandes fontes de inspiração dos arts. 1.382 (“*Tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer*”) e 1.383 (*Chacun est responsable du dommage qu’il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence*) do Código Civil francês, calcados na idéia da culpa como base para a responsabilidade, conforme ensinava José Aguiar Dias. DIAS, José Aguiar de. *Da responsabilidade civil*. 5ªed. Rio de Janeiro: Forense, 1973, v. I, p. 34.

responsabilidade civil objetiva, mediante a adoção da teoria do risco – art. 927, parágrafo único do CC.

Retomando a evolução histórica da responsabilidade civil, verificou-se, no entanto, que a responsabilidade subjetiva, calcada na idéia da culpa, não se apresentava mais suficiente para atender às exigências da sociedade, em virtude do seu inegável desenvolvimento, em especial com o advento da revolução industrial.

Deveras, constatou-se, à época, no tocante às lesões decorrentes de acidentes do trabalho, a dificuldade de se comprovar a culpa no complexo organograma da linha de produção, agravados por aqueles outros oriundos da culpa do trabalhador, em virtude da pesada rotina de trabalho nas fábricas, gerando, ao final, uma injustiça provocada pela impossibilidade da reparação dos danos.

Daí o surgimento da teoria do risco, a qual parte do pressuposto de que aquele que tira os proveitos da atividade deve, por uma questão de justiça, arcar com os danos advindos do exercício dessa atividade, independentemente da verificação da culpa. Aliás, a consagração da teoria do risco-proveito, cujo mais notável precursor foi Josserand, se deu com o seu acolhimento pelo direito positivo. Eis a lição deixada por Alvino Lima²⁴⁷:

A teoria do risco integral, assim denominada na sua primitiva forma, é tachada, pelos defensores da responsabilidade subjetiva, de brutal, levando a consequências iníquas. A esta primitiva construção da responsabilidade sem culpa, sucederam novas teorias, que os irmãos Mazeaud reduzem a duas correntes: a que baseia a responsabilidade extracontratual no ato anormal, defendida por Ripert, na sua obra sobre o fundamento da responsabilidade entre vizinhos, e a teoria do risco-proveito, da qual é Josserand o mais notável precursor. (...)

A teoria objetiva, que funda a responsabilidade extracontratual no risco criado pelas múltiplas atividades humanas, foi, sem dúvida, a que fixou as bases da nova concepção da responsabilidade sem culpa, passando do campo doutrinal para o direito positivo. O movimento iniciado por Saleilles, como vimos, encontrou na obra de Josserand o seu mais ardente e possante defensor, e a despeito das críticas que lhe foram dirigidas, e que adiante estudaremos, aquela teoria encontrou a sua consagração não só em dispositivos do direito comum, mas também na legislação especial.” P. 119.

²⁴⁷ LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. 2ª ed. revista e atualizada pelo Prof. Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1998, p.119.

Com isso, não se perquire se a conduta foi dolosa ou culposa (esta última nas modalidades de imprudência, imperícia ou negligência), sendo suficiente o evento danoso e o nexo de causalidade para que se configure a responsabilidade civil. Iniciava-se, então, a teoria da responsabilidade civil objetiva.

No Brasil, a responsabilidade objetiva foi acolhida, inicialmente, pela legislação sobre as estradas de ferros – Decreto nº 2.681/1912. Posteriormente, outros instrumentos legislativos adotaram tal orientação, como por exemplo, o Código de Mineração – Decreto-lei nº 227/67; a legislação sobre acidentes no trabalho – Lei nº 6.367/1976; a legislação sobre o Meio Ambiente – Lei nº 6.938/81; o Código Brasileiro de Aeronáutica - Lei n.º 7.565/1986; o Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078/1990 e o atual Código Civil, que a prevê expressamente no seu art. 927, parágrafo único, embora o Código Civil de 1916 também contemplasse casuisticamente algumas normas que acolhiam tal modalidade de responsabilidade.

Conforme nos ensina Sergio Cavalieri Filho²⁴⁸, no que diz respeito à responsabilidade objetiva, dentro da idéia central do risco, surgiram várias concepções, verdadeiras subespécies, as quais se destacam: *risco proveito*, *risco profissional*, *risco excepcional*, *risco criado* e *risco integral*. Diz o autor:

Pela teoria do risco proveito, responsável é aquele que tira proveito da atividade danosa, com base no princípio de que, onde está o ganho, aí reside o encargo – ubi emolumentum, ibi onus. [...]

A teoria do risco profissional sustenta que o dever de indenizar tem lugar sempre que o fato prejudicial é uma decorrência da atividade ou profissão do lesado. [...]

Para os adeptos da teoria do risco excepcional, a reparação é devida sempre que o dano é consequência de um risco excepcional, que escapa à atividade comum da vítima, ainda que estranho ao trabalho que normalmente exerça. [...]

A teoria do risco criado tem, entre nós, como seu mais ardoroso adepto, o insigne Caio Mário, que assim sintetiza: “aquele que, em razão de sua atividade ou profissão, cria um perigo, está sujeito à reparação do dano que causar, salvo prova de haver adotado todas as medidas idôneas a evitá-lo” (Responsabilidade civil, 3ª ed., Forense, 1992, p. 24). [...]

A teoria do risco integral é uma modalidade extremada da doutrina do risco destinada a justificar o dever de indenizar até

²⁴⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 4ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p.147-9.

nos casos de inexistência de nexo causal. Mesmo na responsabilidade objetiva, conforme já enfatizado, embora dispensável o elemento culpa, a relação de causalidade é indispensável. Pela teoria do risco integral, todavia, o dever de indenizar se faz tão-só em face do dano, ainda nos casos de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou de força maior.

Depreende-se da evolução histórica do instituto da responsabilidade civil no âmbito do Direito Privado, que esta parte de uma concepção subjetiva, calcada na culpa como pressuposto para o dever de indenizar, para uma concepção objetiva, baseada no risco e na distribuição do ônus decorrente do dano, em face da preocupação com a reparação deste último suportado pela vítima.

Nesse sentido, a irreparável síntese da evolução histórica do instituto elaborada pelo saudoso mestre Alvino Lima²⁴⁹:

Eis, em traços gerais, como se operou a evolução do instituto da responsabilidade civil extracontratual: iniciada pela vingança, ascende à composição pecuniária, sem cuidar da culpabilidade, que aparece como a expressão máxima da influência da regra moral no direito, na época clássica do direito romano, para se corporificar em lei no direito justinianeu. E a despeito dos ensinamentos do direito estatutário e da escola jusnaturalista, descambando para a responsabilidade sem culpa, o Código Civil francês seguiu a tradição de seu antigo direito: proclamava a responsabilidade sob o fundamento da culpa e talhava, assim, no art. 1.382 de seu grande Código Civil, a pedra angular de toda a legislação sobre a responsabilidade decorrente do ato lesivo. O movimento inovador se levanta contra a obra secular; a luta se desencadeia tenazmente e sem tréguas; Ripert proclama Saleilles e Josserand os “síndicos da massa falida da culpa”, e, a despeito das afirmações de que a teoria do risco desfaleceu no ardor de seu ataque, seus defensores persistem na tarefa, e as necessidades econômicas e sociais da vida moderna intensa obrigam o legislador a abrir brechas na concepção da teoria clássica da responsabilidade.

Há que se ressaltar, no entanto, que ambas as espécies de responsabilidade – *subjetiva e objetiva* –, coexistem no ordenamento jurídico pátrio, embora não se

²⁴⁹ LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. 2ª ed. revista e atualizada pelo Prof. Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1998, p.40-41.

possa negar a progressiva ampliação do campo desta última, em face da sociedade contemporânea.

5.2 DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

A evolução histórica do instituto da responsabilidade civil do Estado pode ser dividida em quatro etapas, a partir das teorias formuladas pela doutrina, no contexto do sistema europeu continental, o qual influenciou o ordenamento jurídico pátrio, em especial, o Direito francês. São elas: i) **teoria da irresponsabilidade**; ii) **teoria da responsabilidade subjetiva**, iii) **teoria da culpa anônima ou administrativa** e iv) **teoria da responsabilidade objetiva**²⁵⁰.

5.2.1 Da teoria da irresponsabilidade

No período absolutista prevaleciam, conforme visto no primeiro capítulo, as máximas “*The king can do no wrong*”, na Inglaterra, ou seu equivalente em França: “*Le roi ne peut mal faire*”, cujo o arbítrio do Estado era marcado por um sistema de privilégios reais calcado na idéia de soberania, a qual segundo célebre frase de *Laferrière*²⁵¹ era imposta a todos sem limites e sem compensação.

Nesse contexto não se admitia que o próprio Estado, como criador do Direito, violasse as normas jurídicas. Nas palavras de Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho²⁵²:

O Estado caracterizava-se, em primeiro lugar, por sua soberania e, não por outro motivo, encontrava-se formal e hierarquicamente acima dos seus súditos. Era o que fazia o Direito e, por fazer o Direito, por dizer o Direito e por estar soberanamente acima dos súditos – insista-se -, seria uma contradição vir a ser considerado culpado e ter de indenizar o particular por um ato contrário ao Direito, porque, por ser o Direito, tudo o que fazia era, e tinha de ser, de Direito.

²⁵⁰ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Problemas de Responsabilidade Civil do Estado*. In: JUAREZ, Freitas (org.). *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p.41.

²⁵¹ Laferrière: “*Le propre de la souveraineté est de s’imposer à tous sans compensation*”. Apud: LAUBADÈRE, André de; VENEZIA, Jean-Claude e GUDMEMET, Yves. *Traité de droit administratif*. 14^a ed. Paris: L.G.D.J, 1996, t. 1. p. 920.

²⁵² *Ibidem*. p.41.

Zanobini²⁵³, ao examinar o tema, teoria da irresponsabilidade sintetizou os fundamentos dos autores que defendiam a teoria irresponsabilidade estatal nos seguintes termos:

As razões da exclusão diferem segundo os autores ora se falando no caráter ético e jurídico do Estado, o que excluiria o Estado, porque este nunca pode editar atos ilícitos, ora se falando na função que lhe é inerente, de criar o direito, o que seria incompatível com qualquer atividade ao direito e à legalidade, ora se falando no caráter publicístico da personalidade do Estado, o que impediria sua sujeição a um princípio de direito privado, como o da responsabilidade por dano.” (Zanobini, *Corso di Diritto Amministrativo*, 6ª ed., 1950, vol. 1, p. 271)

Cumprir asseverar que o princípio da irresponsabilidade do Estado, consoante as lições de Bandeira de Mello²⁵⁴, não representava a completa desproteção dos administrados perante comportamentos unilaterais do Estado, posto que:

[...] de um lado, admitia-se responsabilização quando leis específicas a previssem explicitamente (caso, na França, de danos oriundos de obras públicas, por disposição da Lei 28 pluvioso do Ano VIII); de outro lado, também se admitia a responsabilidade por danos resultantes da gestão do domínio privado do Estado, bem como os causados pelas coletividades locais. Demais disso, o princípio da irresponsabilidade do Estado era temperado em suas conseqüências gravosas para os particulares pela admissão da responsabilidade do funcionário, quando o ato lesivo pudesse ser diretamente relacionado a um comportamento pessoal, seu.

No entanto, a eficácia de tais normas restava gravemente comprometida, seja em razão da escassez do patrimônio do funcionário do Estado, seja em virtude da existência de “*garantia administrativa dos funcionários*”, instituída pelo art. 75 da Constituição do Ano VIII (de 13 de dezembro de 1799), que exigia prévia autorização

²⁵³ Apud CRETELLA JÚNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.58.

²⁵⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 21ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p.955.

do Conselho de Estado francês para o ajuizamento de ações contra aqueles perante os Tribunais Cíveis, o qual raramente a concedia²⁵⁵.

Com o advento das revoluções burguesas e do Estado de Direito, com base em um modelo político e jurídico estruturado sobre os princípios da legalidade, igualdade e separação de poderes, inspirado nos pensamentos de Rousseau e Montesquieu, que defendiam a contenção do Poder das monarquias absolutistas e a proteção dos direitos e das liberdades individuais, altera-se a concepção de Estado, para o fim de submetê-lo à ordem jurídica, assim como já ocorria com os seus administrados.

Assim, diante das novas bases social, econômica, política e jurídica decorrentes do advento do Estado de Direito, o princípio da irresponsabilidade do ente estatal fora aos poucos perdendo a sua força²⁵⁶.

Com efeito, não houve, a par das transformações aludidas, a imediata acolhida da responsabilidade civil do Estado pelos seus atos, não obstante a idéia da sua submissão à ordem jurídica. É que se entendia, à época, que a teoria da separação dos poderes obstava o Poder Judiciário de condenar a Administração Pública por seus atos, sob pena de se admitir a intromissão de um Poder no espaço reservado ao outro.

Posteriormente, a doutrina elaborou a distinção entre “atos de império” e “atos de gestão”. No primeiro o Estado agia como pessoa pública, ou seja, no exercício de sua soberania, e em condição de superioridade em relação aos demais. No segundo, o Poder Público atuava à semelhança da pessoa privada, dos particulares. Tratava-se de atos que se identificavam com os atos do direito comum.

Essa diferenciação permitiu, num primeiro momento, que o Estado respondesse pelos “atos de gestão”, primeiro passo para a responsabilização do ente estatal por suas atividades.

Todavia, se por um lado contribuiu para a aceitação da responsabilidade do Estado - ao menos com relação a determinados atos – por outro lado verificou-se a

²⁵⁵ Ibidem. p.956.

²⁵⁶ Cumpre registrar, no entanto, que o princípio da irresponsabilidade do Estado perdurou ainda por longos anos nos Estados Unidos da América e na Inglaterra. No primeiro, o princípio vigorou até o ano de 1947, com o advento do Federal Tort Act, no qual os danos decorrentes da atividade estatal, desde que culposos ou abusivos, devem ser ressarcidos pelo ente estatal. No segundo, até 1946, com o Crown Proceeding Act, embora neste país o instituto ainda sofra limitações em situações específicas em que a Coroa não pode ser acionada.

sua fragilidade, ante a dificuldade de se distinguir, na prática, atos de gestão dos atos de império, os quais muitas vezes comportavam ambos. Nesse sentido, o escólio de Cretella Júnior²⁵⁷:

Num primeiro momento, as noções se confundem, a terminologia é flutuante e só a intervenção contínua do Estado, diante dos casos práticos, é que vai dizer se o ato é de império ou de gestão. (...). Não obstante se chegue a ensinar que a teoria que distingue os atos de império e os atos de gestão é de incontestável simplicidade (Louis Rolland, *Précis de Droit Administratif*, 9ª ed., 1947, p. 47), a prática desmente a afirmativa, a tal ponto que os casos inclassificáveis obrigaram o legislador a organizar uma lista exemplificativa (Maurice Hauriou, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, 11ª ed., 1927, p. 397), mencionando, causuisticamente, as hipóteses ocorrentes e rotulando-as no grupo de império ou da gestão.

Destarte, ainda que tal teoria, à época, representasse inegável progresso no que toca ao dever do Estado de reparar o dano por ele causado, ainda assim se mostrava insuficiente, na medida em que deixava o cidadão muitas vezes desamparado em face da lesão sofrida pelo ato estatal.

5.2.2 Da teoria da responsabilidade subjetiva

A irresponsabilidade do Poder Público por seus atos, como visto no tópico anterior, já não mais se sustentava, pois aquele, assim como os administrados, no Estado de Direito, estava subordinado à ordem jurídica.

A propósito, pertinente a observação do eminente constitucionalista CANOTILHO, sob a perspectiva do princípio da legalidade:

O princípio da legalidade que no Estado de Polícia foi interpretado no sentido de só actos lícitos serem imputados ao Estado, evolui no sentido contrário, entendendo-se ser o próprio princípio da legalidade que impele o Estado a garantir a regularidade da actuação administrativa.²⁵⁸

²⁵⁷ CRETELLA JÚNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 64.

²⁵⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O Problema da Responsabilidade do Estado por Actos Lícitos*. Coimbra: Almedina, 1974. p.46/47.

Pontes de Miranda²⁵⁹, por seu turno, no que toca à responsabilidade estatal pelos atos ilícitos, sob o prisma do princípio da isonomia, assim lecionava:

O Estado - portanto, qualquer entidade estatal - é responsável pelos fatos ilícitos absolutos, como o são as pessoas físicas e jurídicas. O princípio de igualdade perante a lei há de ser respeitado pelos legisladores, porque, para se abrir exceção à incidência de alguma regra jurídica sobre responsabilidade extranegocial, é preciso que, diante dos elementos fácticos e das circunstâncias, haja razão para o desigual tratamento.

Nessa segunda fase, após superada a distinção entre “atos de império” e “atos de gestão”, passa-se, então, a adotar a teoria civilista baseada na culpa do agente – culpa subjetiva.

A responsabilidade do Estado surgiria, então, em virtude da conduta culposa de seu agente, a qual deveria ser comprovada pela vítima para fins de obter a reparação do dano pelo ente estatal.

Conforme observa a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁶⁰:

[...] Embora abandonada a distinção entre atos de império e de gestão, muitos autores continuaram apegados à doutrina civilista, aceitando a responsabilidade do Estado desde que demonstrada a culpa. Procurava-se equiparar a responsabilidade do Estado à do patrão, ou comitente, pelos atos de empregados ou prepostos. [...].

Com o passar do tempo, verificou-se, contudo, que a regra de direito privado – *culpa subjetiva* - não atendia a contento as necessidades para a fixação da responsabilidade civil do Estado, evoluindo-se para a terceira fase – a da *culpa anônima*, por meio da influência de regras publicísticas.

5.2.3 Da teoria da culpa anônima ou administrativa

O reconhecimento da responsabilidade civil do Estado, com base em princípios de Direito Público e à margem de qualquer texto legislativo, se deu no

²⁵⁹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1966, Tomo LIII, p. 447.

²⁶⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14ªed. São Paulo: Atlas, 2002. p.526.

famoso caso Blanco, ocorrido em 1873, no qual a menina Agnès Blanco foi atropelada ao atravessar uma rua na cidade francesa de Bordeaux por uma vagonete da Companhia Nacional de Manufatura de Fumo, atividade comercial desempenhada pela Municipalidade.

Na época, decidiu o Tribunal de Conflitos – *a quem cabia dirimir os conflitos de competência entre o Conselho de Estado e a Corte de Cassação*, pela competência da jurisdição administrativa, assentado, predominantemente, no critério do serviço público, assim como se admitiu naquele julgado que a responsabilidade do Estado “*não é nem geral nem absoluta*” e que se regula por regras especiais²⁶¹.

Com a incidência de regras de Direito Público à responsabilidade subjetiva do Estado, outro passo foi dado no desenvolvimento desse instituto, na medida em que se deixou de exigir a individualização do agente que agira culposamente para a deflagração do dever de indenizar pelo Estado.

Consolidava-se, então, a teoria da “culpa anônima” ou “culpa administrativa”, por meio da idéia elaborada pela doutrina francesa de “*faute du service*”. Conforme as sábias lições deixadas pelo mestre Oswaldo Aranha Bandeira de Mello²⁶²:

Não se trata de culpa individual do agente público, causador do dano. Ao contrário, diz respeito a culpa do serviço diluída na sua organização, assumindo feição anônima, em certas circunstâncias, quando não é possível individualizá-la, e, então, considera-se como causador do dano só a pessoa coletiva ou jurídica.

Abandona-se, desse modo, a exigência da identificação do agente causador do dano, limitando-se para a reparação do dano pelo ente estatal, a prova de que houve a “*faute du service*”, que pode apresentar-se, consoante os ensinamentos de Paul Duez²⁶³, sob três modalidades: *inexistência, mau funcionamento ou retardamento do serviço*.

²⁶¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., 2006. p.956.

²⁶² BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. 1ªed. vol.II. Rio de Janeiro: Forense, 1974. p.482.

²⁶³ Paul Duez, *La Responsabilité de la Puissance Publique*, 1927, p. 15 e ss. Apud: MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 23ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 532.

Na construção jurisprudencial do Conselho de Estado francês, consoante as lições de Jean Rivero²⁶⁴, ainda que não se vislumbresse a culpa particular e individual do funcionário “*faute personnelle*”, configurada a “*faute du service*”, o Estado deveria responder pelos danos causados ao particular.

Ressalte-se que a teoria da culpa anônima ou administrativa enquadra-se na teoria da responsabilidade subjetiva do Estado, como bem advertia Oswaldo Aranha Bandeira de Mello²⁶⁵. Deveras, para essa teoria exige-se a culpa (ou o dolo) para a configuração da responsabilidade, não sendo suficiente onexo causal entre o serviço estatal e o dano suportado pelo administrado.

Esse o posicionamento adotado pelos irmãos MAZEAUD²⁶⁶, para quem a teoria da *culpa do serviço* esboçava a responsabilidade subjetiva do Estado, ante a necessidade de um ato irregular da Administração. Em outras palavras, a demonstração da culpa do serviço configurava-se imprescindível para a responsabilização do ente estatal.

É verdade que, em algumas ocasiões, ante a dificuldade da prova da culpa pelo administrado lesado, admite-se a presunção desta em desfavor do Estado, o qual poderá, no entanto, comprovar a adequação do serviço prestado, desincumbindo-se de reparar o dano (o que não ocorreria na hipótese de se tratar de responsabilidade objetiva).

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello²⁶⁷:

[...] Há responsabilidade subjetiva quando para caracterizá-la é necessário que a conduta geradora de dano revele deliberação na prática do comportamento proibido ou desatendimento indesejado dos padrões de empenho, atenção ou habilidade normais (culpa) legalmente exigíveis, de tal sorte que o direito em uma ou outra hipótese resulta transgredido. Por isso é sempre responsabilidade por comportamento ilícito quando o Estado, devendo atuar, e de acordo com certos padrões, não atua ou atua insuficientemente para deter o evento lesivo.

²⁶⁴ RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Trad. Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981, p. 311.

²⁶⁵ *Ibidem*. p.482-3.

²⁶⁶ MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; MAZEAUD, Jean; CHABAS, François. *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle*. Paris: Éditions Montchrestien, 1978.

²⁶⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. cit.*, 2006. p.959.

Em síntese, a teoria da culpa anônima ou administrativa inaugura a primeira fase das teorias publicísticas da responsabilidade civil do Estado, embora ainda de natureza subjetiva.

Por fim, tem-se a quarta etapa desse processo evolutivo, assentada na teoria da responsabilidade objetiva do Poder Público, a qual se subdivide em teoria do risco administrativo e teoria do risco integral²⁶⁸, embora esta última seja severamente criticada, conforme adiante se verá.

5.2.4 Da teoria da responsabilidade objetiva

De acordo com a teoria da responsabilidade objetiva basta que haja relação de causalidade entre o comportamento comissivo ou omissivo do Estado – seja este lícito ou ilícito – e a efetiva lesão na esfera juridicamente protegida do administrado para que o Estado seja compelido a reparar o dano suportado pelo administrado.

Em outras palavras, descarta-se a exigência da prova da culpa ou dolo – elemento subjetivo, sendo exigido do lesado apenas a comprovação da relação de causalidade entre evento e dano.

Tem-se, assim como elementos para a configuração da responsabilidade estatal objetiva: i) ação do Estado lícita ou ilícita; ii) dano à esfera jurídica protegida de outrem; iii) nexo de causalidade entre o comportamento do Estado e o dano.

Nas palavras de Caio Mário²⁶⁹, a teoria da responsabilidade objetiva:

encara o dano sofrido pelo particular em consequência do funcionamento, puro e simples, do serviço público. Não se cogita se era bom, se era mau. O que importa é a relação de causalidade entre o dano sofrido pelo particular e o ato do preposto ou agente estatal. Desde que se positive, o princípio da igualdade dos ônus e dos encargos exige a reparação.

²⁶⁸ Consoante as lições de Marcelo CAETANO, o fundamento ético-jurídica da teoria do risco está em que “os riscos acarretados pelas coisas ou atividades perigosas devem ser corridos por quem aproveite os benefícios da existência dessas coisas ou do desenrolar de tais atividades (...) A Administração deve responder pelos riscos resultantes de atividades perigosas ou da existência de coisas perigosas, quando não tenha havido força maior estranha ao funcionamento dos serviços (...)na origem dos danos e não consiga provar que estes foram causados por culpa de quem os sofreu”. CAETANO, Marcelo. *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1977 p. 544.

²⁶⁹ SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Instituições de direito civil*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 668, v. I.

Essa teoria, consoante observa Weida Zancaner, tinha diversos fundamentos teóricos, destacando-se, dentre eles, aquelas fundadas no princípio da equidade, defendida por *Otto Mayer*, no princípio do enriquecimento ilícito, exposto por *Maurice Hauriou*, na idéia de segurança social, de *Léon Duguit* e na idéia do risco, de *Cunha Gonçalves*²⁷⁰.

A teoria baseada no risco se subdivide, por seu turno, na teoria do risco administrativo e do risco integral. André de Laubadère²⁷¹ observa que a idéia de risco na teoria da responsabilidade objetiva do Estado pressupõe um nexo de causalidade entre o comportamento administrativo e o dano, razão pela qual não se confunde com a idéia de *risco social*, cujo dever do Estado de reparar certos prejuízos alcança inclusive aqueles a ele não imputáveis, em face de previsão em leis específicas.

Antes se adentrar no exame das citadas teorias, cabe destacar que o acolhimento da responsabilidade objetiva não importou o completo abandono da teoria da responsabilidade subjetiva, senão o de garantir em determinadas hipóteses uma efetiva proteção aos administrados, em face das atividades de risco a que se encontram expostos.

5.2.4.1 Da teoria do risco administrativo

Na teoria do risco administrativo o Estado tem o dever de reparar o dano não somente quando este resulte de culpa do agente estatal ou de falha do serviço (atos ilícitos), mas também aqueles resultantes de atos lícitos, em virtude do risco que toda atividade estatal implica para os administrados.

Portanto, o Poder Público será responsabilizado sempre que sua atividade configure um risco para o administrado, independentemente da existência ou não de culpa e desde que desse risco tenha resultado um dano. Nas palavras de Hely Lopes Meirelles²⁷², basta o "fato do serviço".

²⁷⁰ ZANCANER, Weida. *Da Responsabilidade Extracontratual da Administração Pública*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p.30.

²⁷¹ LAUBADÈRE, André de. VENEZIA, Jean-Claude e GUEMET, Yves. *Traité de droit administratif*. 14^a ed. Paris: L.G.D.J, 1996, p. 924, t. 1.

²⁷² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 23^aed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998. p.532.

Há que se pontuar, no entanto, que a teoria do risco administrativo, não obstante não exija a prova de culpa do Estado pelo dano causado ao administrado, permite que aquele demonstre, para fins de se eximir ou de atenuar o dever de indenizar, a culpa exclusiva ou concorrência da própria vítima.

5.2.4.2 Da teoria do risco integral

Consoante as lições de Hely Lopes Meirelles²⁷³, no âmbito da responsabilidade objetiva do Estado, foi elaborada a teoria do risco integral, a qual se diferencia da teoria do risco administrativo justamente por obrigar o Poder Público a indenizar o particular por todo ato que atente contra a esfera jurídica protegida do mesmo, ainda que para o surgimento do dano concorra ou dê causa a vítima.

Nesse passo, a nota distintiva entre ambas as teorias é que, no risco administrativo há a admissibilidade de causas excludentes de responsabilidade, enquanto no risco integral estas causas não autorizam atenuar ou excluir o dever do Estado de reparar o dano.

Haja vista que a referida teoria acaba por transformar o Estado em “segurador universal”, recebe profundas críticas de parcela majoritária da doutrina. A propósito, assim assevera Rui Stoco:

Felizmente, essa teoria não logrou aceitação entre nós, embora existam autores afirmando sua admissibilidade pelos textos constitucionais anteriores (Mário Masagão. Curso de Direito Administrativo, 1960, p. 323; Otávio de Barros. Responsabilidade pública, 1956, p. 103), e outros que entendem ter sido agasalhada pela Constituição Federal posta a lume em 05.10.1988, o que contestamos. Portanto, como acima observado, a teoria do risco integral é a modalidade exacerbada da doutrina do risco administrativo, repudiada pela maioria e inadmitida na prática, por conduzir ao excesso e à injustiça social.

Compartilha-se, aqui, de tal entendimento, uma vez que a sua acolhida, em última instância, prestigia, nos casos em que há culpa exclusiva da vítima, o enriquecimento ilícito, o que é reprovável, em regra, pelos ordenamentos jurídicos positivos, ante a sua manifesta injustiça.

²⁷³ Ibidem. p.533.

Ressalte-se, por fim, que a distinção sobre o acolhimento da teoria do risco administrativo ou do risco integral em nosso ordenamento jurídico positivo perde sentido, na medida em que tanto uma como outra corrente não colidem quando admitem a possibilidade de exclusão ou atenuação da responsabilidade civil estatal quando outros fatores tiverem prevalecido na causação do dano (fato exclusivo da vítima ou de terceiro e força maior), como bem ressalta Yussef Said Cahali²⁷⁴.

Uma vez assentada, em apertada síntese, a evolução histórica da responsabilidade civil tanto no âmbito do Direito Privado, como no do Direito Público, cabe verificar como se deu esse desenvolvimento no Direito Brasileiro.

5.3 DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO DIREITO BRASILEIRO

No Estado Brasileiro, a tese da irresponsabilidade do Poder Público pelos seus atos jamais foi aceita tanto pela doutrina como pela jurisprudência, consoante os valiosos ensinamentos de Amaro Cavalcanti.²⁷⁵ Defendia-se o dever de reparar o dano como princípio geral e fundamental de Direito, não obstante a ausência, à época, de normas jurídicas expressas que reconhecessem a responsabilidade do ente estatal²⁷⁶.

A evolução do instituto no ordenamento jurídico pátrio seguiu, em linhas gerais, aquela verificada no Exterior, à exceção da tese da irresponsabilidade. Inicialmente, adotou-se a culpa civil, na qual o Estado respondia por ato culposo de seus funcionários. Posteriormente, passou-se pela noção de “falta do serviço” ou “teoria da culpa administrativa”, dispensando-se a demonstração da culpa individual do agente público e, ao final, acolheu-se a responsabilidade objetiva (teoria do risco administrativo).

Deveras, da leitura dos dispositivos constitucionais das Cartas Políticas do Estado Brasileiro acerca do tema revela a evolução acima relatada. Veja-se:

²⁷⁴ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 3ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p.40-41.

²⁷⁵ CAVALCANTI, Amaro. *Responsabilidade do estado*. Rio de Janeiro: 1905, p.500.

²⁷⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. cit.*, 2006. p.979-81.

A Constituição Imperial de 1824, em seu artigo 178, n. 29, estabelecia:

Art. 178. nº 29 Os empregados públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões praticados no exercício de suas funções e por não fazerem efetivamente responsáveis por seus subalternos." A Carta de 1891, em seu artigo 82, repetiu a mesma redação do citado dispositivo.

O art. 82 da Constituição de 1891, de modo semelhante, dispunha:

Art. 82 – Os funcionários públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões em que incorrerem no exercício de seus cargos, assim como pela indulgência ou negligência em não responsabilizarem efetivamente os seus subalternos.

Parágrafo único – O funcionário público obrigar-se-á por compromisso formal, no ato da posse, ao desempenho dos seus deveres.

Das normas constitucionais acima transcritas, depreende-se que apenas o funcionário era responsável pelos danos causados aos particulares, no exercício de suas funções. No entanto, como anota Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁷⁷, à época, já existiam leis ordinárias que estabeleciam a responsabilidade solidária do Estado e do funcionário público, as quais foram acolhidas pela jurisprudência.

Se antes do advento do Código Civil de 1916 já existiam diplomas legais que estabeleciam a responsabilidade solidária do Estado pelos atos de seus funcionários, com a entrada em vigor daquele diploma legal, passa-se a prever, expressamente, a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de Direito Público. Assim era a redação do art. 15:

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

Conforme se observa da leitura do dispositivo legal, adotava este a teoria da responsabilidade subjetiva, ante a exigência da prova da conduta culposa do agente público.

²⁷⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., 2002. p.528.

Nas Constituições Federais de 1934 e 1937, o instituto da responsabilidade civil do Estado recebeu o seguinte tratamento:

Art. 171 – Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda nacional, estadual ou municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos.

§ 1º - Na ação proposta contra a Fazenda pública, e fundada em lesão praticada por funcionário, este será sempre citado como litisconsorte.

§ 2º - Executada a sentença contra a Fazenda, esta promoverá execução contra o funcionário público.

Art. 158 – Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda Nacional, estadual ou municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos.

A par da previsão expressa da responsabilidade solidária entre Estado e funcionário, persistia ainda nas referidas Cartas Magnas o prestígio à teoria subjetiva da responsabilidade estatal.

No entanto, com o advento da Constituição de 1946, foi acolhida, entre nós, a teoria da responsabilidade *objetiva* do Estado no seu art. 194, na medida em que o referido dispositivo constitucional não fazia referências aos termos que a doutrina vinculava à teoria da culpa (negligência, omissão ou abuso):

Art. 194 – As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.

Parágrafo único – Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes.

A Carta Política de 1967 e a Emenda nº 1 de 1969, não inovaram na matéria, mantendo-se a norma inserta na Constituição de 1946, embora tenha previsto que a ação regressiva em face do funcionário seria cabível nos casos de *culpa* ou *dolo* do mesmo:

Art. 105 – As pessoas jurídicas de direito público respondem pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.

Parágrafo único – Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos caso de culpa ou dolo.

Por fim, tem-se a atual Carta Política de 1988, que, de igual modo, manteve a responsabilidade civil objetiva do Estado no seu artigo 37, § 6º, alargando-a, no entanto, no que tange às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos:

Art. 37. § 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.

Em apertada síntese, a evolução da responsabilidade civil do Estado no Brasil.

5.4 NOÇÕES GERAIS E ESPÉCIES

5.4.1 Considerações preliminares

Antes de se iniciar o exame dos pressupostos da responsabilidade civil, necessário se faz assentar algumas noções gerais acerca do Instituto, com as respectivas classificações elaboradas para a sua melhor compreensão.

Com efeito, nos dias de hoje, o tema da responsabilidade alcançou vastíssimo campo no ordenamento jurídico positivo, subdividido em diversas categorias, a partir da norma violada, a exemplo da subdivisão em responsabilidade civil, penal e administrativa, dentre outros inúmeros critérios de classificação do instituto, como por exemplo, aqueles que levam em consideração, o fato gerador, o agente ou o fundamento do dever de responder.

De igual modo, não se desconhece os primorosos estudos da doutrina nacional e estrangeira acerca dos elementos que compõem a responsabilidade e sua respectiva configuração jurídica, com o inegável avanço do instituto.

Diante dessas colocações, cumpre anotar que o presente estudo não tem a pretensão de examinar os aspectos em si que circundam esse amplíssimo tema da responsabilidade, senão o de procurar delimitar a responsabilidade do Estado e do agente fomentado em decorrência da ação promocional no domínio social.

5.4.2 Noções gerais

A palavra “responsabilidade” decorre do verbo latino *respondere*, que explicita o fato de alguém se constituir garantidor de algo. Por seu turno, o mencionado verbo latino contém a raiz *spondeo*, também de origem latina, que era a fórmula pela qual se vinculava, no direito romano, o devedor nos contratos verbais²⁷⁸.

Atualmente, o conceito de responsabilidade civil exige que se contemple tanto a idéia da culpa, como a do risco, e do dever de reparação dos danos decorrentes tanto dos atos lícitos (art. 931 do CC) como ilícitos (art. 186 c/c 927 do CC). Daí Maria Helena Diniz²⁷⁹ definir a responsabilidade civil como:

a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda, ou, ainda, de simples imposição legal.

A finalidade do instituto, por sua vez, consiste em assegurar o restabelecimento do equilíbrio afetado pelo dano, com base no princípio da *restitutio in integrum*, vale dizer, da reposição do ofendido ao *status quo ante*. Nesse passo, pode-se identificar ao menos duas funções principais da responsabilidade civil na esfera jurídica do prejudicado: a) garantir o direito do lesado à segurança; b) servir como sanção civil de natureza compensatória²⁸⁰.

5.4.3 Das espécies de responsabilidade

Relativamente às espécies de responsabilidade civil, a sua classificação decorre de distintos critérios. Examina-se aqui as principais espécies²⁸¹. São elas:

²⁷⁸ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Vol. 7., 22ª ed. São Paulo: Saraiva. 2008, p. 33.

²⁷⁹ *Ibidem*. p. 34.

²⁸⁰ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Vol. 7., 22ª ed. São Paulo: Saraiva. 2008, p. 7-8.

²⁸¹ A classificação que leva em conta a responsabilidade subjetiva e a objetiva já foi objeto de exame no tópico relativo à evolução histórica do instituto, tanto sob o prisma do Direito Privado, como do Direito Público. Não obstante, o tema será retomado na análise dos pressupostos da responsabilidade civil subjetiva e objetiva.

- a) **fato gerador**: responsabilidade contratual ou extracontratual;
- b) **norma violada**: responsabilidade civil, penal ou administrativa;
- c) **agente**: responsabilidade direta ou indireta.

5.4.3.1 Da responsabilidade contratual e extracontratual

A obrigação de reparar um dano decorre da violação a um dever jurídico *lato sensu*, da qual resulte dano a outrem.

Na responsabilidade contratual, há a ofensa a um dever jurídico estabelecido em contrato, ou seja, em uma relação jurídica obrigacional preexistente. Por seu turno, na responsabilidade extracontratual, a violação do dever jurídico decorre diretamente da lei, vale dizer, não há qualquer relação jurídica obrigacional anterior entre o agente que causou o dano e a sua vítima.

No que se refere à responsabilidade civil extracontratual, consoante exposto no tópico relativo à evolução histórica do Instituto, esta caminhou da teoria da culpa - *responsabilidade subjetiva ou aquiliana* para a teoria do risco - *responsabilidade objetiva*, com a coexistência de ambas no ordenamento jurídico positivo.

Relativamente à responsabilidade civil contratual, esta tem como fundamento o art. 389 do Novo Código Civil, que assim dispõe:

Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

Tal disposição normativa estava disciplinada no Código Civil de 1916 sob a rubrica “*Das conseqüências da inexecução das obrigações*”, e agora vem encartada sob a denominação: “*Do inadimplemento das obrigações*”.

Embora existam inúmeras semelhanças entre ambas as espécies, que justifiquem a defesa da unificação das responsabilidades contratual e delitual, ante a identidade de princípios que as regulam (transgressão de um dever jurídico), ao menos duas distinções relevantes podem ser apontadas: i) o dever jurídico violado pode ter por fonte a própria vontade dos indivíduos (contrato) ou a lei; e ii) o ônus da prova, pois na responsabilidade extracontratual incumbe à vítima comprovar a

existência do dano, a culpa do agente e o nexo de causalidade entre o comportamento do agente e o dano experimentado e na contratual cabe ao credor apenas demonstrar que a obrigação não foi cumprida. Por outro lado, o devedor deverá provar que não agiu com culpa ou a ocorrência de causa excludente no nexo causal²⁸².

5.4.3.2 Da responsabilidade civil, penal e administrativa

O fato gerador da responsabilidade pode decorrer de uma violação de uma norma civil, penal ou administrativa, provocando, respectivamente, uma responsabilidade civil, penal ou administrativa.

A princípio, em face da autonomia das normas violadas, há independência quanto às distintas espécies de responsabilidade. É dizer, a responsabilidade civil não acarreta, obrigatoriamente, a penal e a administrativa. Por outro lado, a administrativa não depende da responsabilidade civil ou penal. Ressalte-se, contudo, que determinada conduta pode, simultaneamente, violar as normas civil, penal e administrativa, cabendo, então, à responsabilização do infrator nos respectivos âmbitos.

A responsabilidade penal pressupõe uma turbação social, ou seja, um dano social, ao passo que a responsabilidade civil alcança um prejuízo a terceiro. Na verdade, ontologicamente, não há distinção entre o ilícito civil, penal e o administrativo. Todos resultam de uma infração à lei. O que se diferencia é o grau de gravidade do ilícito. Relembre-se, pois, que determinadas condutas são passíveis de reação da ordem jurídica tanto nos aspectos penal, civil e administrativo, a exemplo do crime de peculato – art. 312 do CP.

5.4.3.3 Da responsabilidade direta e indireta

A responsabilidade civil pode ser ainda subdividida em direta ou indireta, levando-se em consideração o agente, ou seja, a pessoa que pratica a conduta.

Assim, há responsabilidade direta quando proveniente de ato do próprio responsável, vale dizer, o agente responderá por ato próprio. Por seu turno, há

²⁸² CAVALIERI FILHO, Sergio. Op. cit., 2003. p.278.

responsabilidade indireta quanto provém de ato de terceiro, com o qual o agente tem vínculo legal de responsabilidade, de fato de animal e de coisas sob sua guarda²⁸³.

5.5 OS PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil, na sua aceção clássica, como visto, está assentada no tripé: i – conduta culposa; ii – dano; e iii) nexos de causalidade. Como bem ressalta Sergio Cavalieri Filho²⁸⁴:

Há primeiramente um elemento formal, que é a violação de um dever jurídico mediante conduta voluntária; um elemento subjetivo, que pode ser o dolo ou a culpa; e, ainda, um elemento causal-material, que é o dano e a respectiva relação de causalidade. Esses três elementos, apresentados pela doutrina francesa como pressupostos da responsabilidade civil subjetiva, podem ser claramente identificados no art. 186 do Código Civil, mediante simples análise do seu texto, a saber:

- a) conduta culposa do agente, o que fica patente pela expressão “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia”;
- b) nexos causal, que vem expresso no verbo causar; e
- c) dano, revelado nas expressões “violar direito ou causar dano a outrem.

A **culpa**, como pressuposto de índole subjetiva, pode ser conceituada como a “conduta voluntária contrária ao dever de cuidado imposto pelo Direito, como a produção de um evento danoso involuntário, porém previsto ou previsível.”²⁸⁵

Consoante o escólio de Alvino Lima²⁸⁶:

Inúmeras são as definições de culpa baseadas na reunião de dois elementos: um elemento objetivo – a lesão do direito de outrem, o atentado ilegal ao direito alheio; e um elemento subjetivo, psicológico – o fato de prever ou ter podido prever o atentado ao direito de outrem. Nesse sentido se desenvolvem os ensinamentos de Demogue, Pierre de Harven, Rafael Bielsa, Jacques Bichot, J. Charles Schmidt, Joseph Rutsaert, Demofilo de Buen, Savatier, Eduardo Espínola e outros, que

²⁸³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Vol. 7., 22ª ed. São Paulo: Saraiva. 2008, p. 128.

²⁸⁴ *Ibidem*. p.40-1.

²⁸⁵ *Ibidem*. p.55.

²⁸⁶ LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. 2ª ed. revista e atualizada pelo Prof. Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1998, p.52.

vêm na culpa um ato violador do direito de outrem praticado com negligência ou imprudência.

Ora, trata-se de ato ilícito em virtude da conduta ser contrária ao dever de cuidado imposto pelo Direito, condição necessária a erigi-lo como fato gerador do dever de indenizar. Conforme as lições de Caio Mário da Silva Pereira²⁸⁷, na análise da culpa sobressaem os seus extremos:

O ponto de partida é a violação de uma norma preexistente. Haverá, sempre, uma norma de conduta (legal ou contratual). A sua observância é um fator de harmonia social. Quando uma pessoa deixa de a ela obedecer, desequilibra a convivência coletiva. Para que se caracterize a responsabilidade civil, é necessário que desse confronto resulte dano a alguém. A conduta contraveniente pode em termos genéricos, ser voluntária ou involuntária. Cumpre, todavia, assinalar que se não insere, no contexto de “voluntariedade” o propósito ou a consciência do resultado danoso, ou seja, a deliberação ou a consciência de causar prejuízo. Este é um elemento definidor do dolo. A voluntariedade pressuposta na culpa é a da ação em si mesma. É a consciência do procedimento, que se alia à previsibilidade. Quando o agente procede voluntariamente, e sua conduta voluntária implica ofensa ao direito alheio, advém o que se classifica como procedimento culposos.

A culpa abrange as modalidades de culpa *stricto sensu* e dolo (ambos inseridos na culpa *lato sensu*).

A culpa *stricto sensu* pressupõe o erro de conduta (não intencional), a previsibilidade do resultado e a falta de cuidado, cautela, diligência ou atenção (imprudência, negligência ou imperícia). Daí porque há a necessidade da imputabilidade psíquica. No dolo, por sua vez, há vontade consciente dirigida à produção de um resultado ilícito ou ainda embora não presente esta vontade de produzir um resultado ilícito, a consciência de que tal conduta poderia causar lesão.

No ponto, as preciosas lições de José de Aguiar Dias²⁸⁸:

Nem mesmo a classificação dos atos ilícitos em dolosos ou culposos apresenta interesse para o civilista brasileiro, que só cogita do gênero ato ilícito, que é o fato, não autorizado pelo direito, causador de dano a outrem, embora se vislumbrem, no

²⁸⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit, 1993. p.69-70.

²⁸⁸ DIAS, José Aguiar. *Da responsabilidade civil*. vol.I. 8ªed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p.143.

texto do citado dispositivo, as duas espécies: dolo (ação ou omissão voluntária) e culpa (negligência ou imprudência). Das noções expostas, ficou-nos a concepção de culpa genérica, que se desdobra em dolo e culpa propriamente dita; aquele não é o vício de vontade, mas o elemento interno, que reveste o ato da intenção de causar o resultado, ao passo que na culpa, em sentido restrito, a vontade é dirigida ao fato causador da lesão, mas o resultado não é querido pelo agente. A culpa é falta de diligência na observância da norma de conduta, isto é, o desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la, com resultado, não objetivado, mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das conseqüências eventuais da sua atitude.

Relativamente ao segundo pressuposto da responsabilidade civil subjetiva, o **dano** pode ser conceituado como uma lesão a um bem jurídico patrimonial (susceptível de avaliação pecuniária) ou moral (natureza imaterial – insusceptível de avaliação pecuniária, porém, susceptível de compensação) de outrem.

Exige-se, portanto, uma diminuição do bem patrimonial (que abrange o dano emergente e os lucros cessantes) ou moral da vítima, cujo prejuízo sofrido por esta deva ser restaurado ao *statu quo ante*. Daí o ilustre Caio Mário Pereira da Silva invocar a feliz síntese de *Henri Lalou*, na qual proclama: “*que não há responsabilidade civil onde não existe prejuízo*”, e de *Ruggiero e Maroi*: “*a obrigação não nasce se falta o dano.*”²⁸⁹

Por outro lado, o dano deve ser certo e efetivo. Assim, não há que se falar em reparação de dano eventual, dano hipotético, ou seja, que pode não vir a se concretizar. Este deve ser atual, “*que já existe ou já existiu ‘no momento da ação de responsabilidade; certo, isto é, fundado sobre um fato preciso e não sobre hipótese’* (*Lalou, Traité Pratique de la responsabilité Civile, n° 137*).”²⁹⁰

Não obstante, a doutrina admite a possibilidade de dano futuro (lucro cessante), desde que a “chance perdida” possua algum valor, do qual a vítima se privou, e puder situar-se a *certeza* do dano.²⁹¹ Nas sábias palavras de Aguiar Dias²⁹²:

²⁸⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., 1993. p.33.

²⁹⁰ Ibidem. p.40.

²⁹¹ Ibidem. p.40.

²⁹² DIAS, José Aguiar. Op. cit., vol.II, 1987. p.841.

Para, autorizadamente, se computar o lucro cessante, a mera possibilidade não basta, mas também não se exige a certeza absoluta. O critério acertado está em condicionar o lucro cessante a uma probabilidade objetiva resultante do desenvolvimento normal dos acontecimentos conjugados às circunstâncias peculiares ao caso concreto.

No que se refere ao último pressuposto da responsabilidade civil subjetiva - **nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano**, exige-se que a primeira tenha dado causa à segunda, e no caso de várias condutas concorrentes, a responsabilidade solidária de todos os agentes, nos termos do art. 942, parágrafo único, do Código Civil.

A questão se torna tormentosa na medida em que verifiquem causas concomitantes ou sucessivas, haja vista a dificuldade de se determinar qual aquela determinante para a ocorrência do dano. Para tanto, foram elaboradas algumas teorias, das quais se destacam: i - a *teoria da causa próxima*; ii) a *teoria da equivalência das causas*; iii - a *teoria da causalidade adequada*; e iv- *teoria do dano direto e imediato ou da interrupção do nexo causal*.

Pela *teoria da causa próxima* a responsabilidade pela reparação do dano recai sobre o agente que praticou o último evento causador do dano, o que se revela insuficiente haja vista a possibilidade de eventos antecedentes serem, de fato, os determinantes para a lesão. Já a *teoria da equivalência das causas*, como o próprio nome expõe, considera a equivalência de todas as condutas para a produção do dano, com a repartição equitativa da responsabilidade a todos os agentes. Assim como a teoria da causa próxima, não leva em consideração a predominância de determinada conduta para a ocorrência do prejuízo.

Para a *teoria da causalidade adequada*, como observa Sergio Cavalieri Filho, causa é o “*antecedente não só necessário mas, também, adequado à produção do resultado. Logo, nem todas as condições serão causas, mas apenas aquela que for mais apropriada para produzir o evento*”. Nesse sentido, complementa o professor, com apoio nas lições de Antunes Varela:

A idéia fundamental da doutrina é a de que só há uma relação de causalidade adequada entre fato e dano quando o ato ilícito praticado pelo agente seja de molde a provocar o dano sofrido

pela vítima, segundo o curso normal das coisas e a experiência comum da vida ²⁹³.

Por fim, tem-se a teoria do dano direto e imediato ou da interrupção do nexo causal, a qual exige uma relação de causa e efeito, imediata e direta, entre o fato e o dano, conforme acolhido pelo ordenamento jurídico positivo – art. 403 do Código Civil. Nas palavras do Ministro Moreira Alves em voto proferido no RE nº 130764:

[...] só admite o nexo de causalidade quando o dano é efeito necessário de uma causa, o que abarca o dano direto e imediato sempre, e, por vezes o dano indireto e remoto, quando, para a produção deste, não haja concausa sucessiva.

Entendeu a E. Corte Suprema, naquela oportunidade, ser o dispositivo aplicável inclusive para os casos de responsabilidade extracontratual do Estado objetiva.

Relativamente às hipóteses de exclusão do nexo causal²⁹⁴, apontam-se como causas excludentes do dever de indenizar: o **caso fortuito**²⁹⁵ (art. 393, parágrafo único, do CC), a **força maior** (art. 393, parágrafo único, do CC), o **fato exclusivo da vítima ou de terceiro** (não se adota a expressão “culpa exclusiva da vítima”, pois a questão se desloca para o campo do nexo causal e não da culpa).

A distinção entre força maior e caso fortuito já foi objeto de intenso debate doutrinário. O Código Civil, no entanto, no parágrafo único do art. 393, caracteriza ambos como “*fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir*”.

A inevitabilidade ou a imprevisibilidade são imprescindíveis, pois, para se afastar o dever de reparar o dano.

No que toca ao fato exclusivo da vítima ou de terceiro, também não se verifica o dever de indenizar, na medida em que o prejuízo suportado pela lesada foi por ela própria causado ou por fato de terceiro, que não o suposto ofensor.

²⁹³ CAVALIERI FILHO, Sergio. Op. cit., 2003. p.69.

²⁹⁴ Não se confundem com as hipóteses de exclusão de ilicitude ou responsabilidade previstas no art. 188 do Código Civil: exercício regular de direito, legítima defesa e estado de necessidade, com as hipóteses de exclusão do nexo causal ora tratadas. Naquelas, pode existir o dever de indenizar, na medida em que a conduta praticada exceda os limites fixados na norma jurídica. Ademais, há ainda a possibilidade do exercício do direito de regresso do autor do dano em face do terceiro culpado – art. 930 do Código Civil.

²⁹⁵ Anote-se, por enquanto, que no tocante à responsabilidade extracontratual do Estado, parcela da doutrina não admite o caso fortuito como capaz de elidir a responsabilidade do ente estatal, conforme será adiante analisado.

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, em interessante artigo denominado “*Responsabilidade civil: circunstâncias naturalmente, legalmente e convencionalmente escusativas do dever de indenizar o dano*”, tece pertinentes ponderações sobre essas circunstâncias:

Caso fortuito e força maior: conformam, provavelmente, as mais conhecidas excludentes de responsabilidade, exatamente porque a ocorrência de tais fenômenos ou fatos eliminam a culpabilidade, já que são estranhos ao poder daquele a quem se imputaria a responsabilização, eis que se apresentam como inevitáveis. [...] Neste sentido de idéias, acompanho Maria Helena Diniz, que assim também entende, sendo que esta concepção parece ser a de maior aceitação, segundo preconiza Washington de Barros Monteiro⁽⁸⁾, considerando como de *força maior* os fenômenos relacionados às causas naturais, como terremoto, inundação, seca, geada, chuva de granizo, vulcão, tufão, incêndios não provocados e, como caso *fortuito*, o que resulte de fato alheio, embora não determinável ou identificável, mas inevitável enquanto evento danoso, como a greve, o motim, a guerra.

Culpa exclusiva da vítima: esta situação ocorreria sempre por fato ou ato exclusivo da vítima do dano, operando no sentido da afastabilidade de responsabilidade do agente, exatamente porque elimina a causalidade entre a sua atuação e o evento danoso. Assim ocorrendo, a vítima arcará com todos os prejuízos advindos, eis que culpada exclusiva pela emergência deles. [...]

Culpa de terceiro: mostra-se como fundamento de isenção de responsabilidade apenas em situações muito bem definidas, conforme aponta a clara lição de Aguiar Dias⁽⁵⁾, isto é, quando efetivamente não conte com a participação culposa do devedor, afastando, completamente, o nexos de causalidade entre sua ação e o dano advindo. Assim, este dano deverá se ligar apenas ao fato de terceiro, fato este que deverá ocorrer sem a provocação do ofensor (pois, senão, haveria concorrência de culpas), apresentando-se, enfim, como fato exclusivamente causador do dano. Seria interessante anotar que, do conceito de *terceiro*, estarão excluídas aquelas pessoas por quem o agente responde, como os filhos, tutelados, curatelados, prepostos, empregados, etc. [...]

Cabe ressaltar que, tanto na responsabilidade subjetiva como na objetiva, não há o dever de indenizar, uma vez ausente o nexos de causalidade entre a conduta e o dano, de modo que, as hipóteses de exclusão do nexos causal acima arroladas aplicam-se a ambas indistintamente.

À guisa de síntese, convém apenas registrar que são pressupostos da responsabilidade civil subjetiva, na sua acepção clássica: i) conduta culposa; ii) dano; e iii) nexo de causalidade, e na objetiva dispensa-se o elemento culpa (conduta culposa). Em outras palavras, havendo ou não a conduta culposa, esta será irrelevante para que se estabeleça o dever de indenizar, bastando apenas a comprovação do dano e do nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano. No que se refere à responsabilidade contratual exige-se: existência de um contrato válido; a inexecução total ou parcial do contrato (inadimplemento ou mora), além do dano e da relação de causalidade entre este e o inadimplemento²⁹⁶.

Resta ainda o exame dos pressupostos do dever estatal de indenizar. Algumas palavras, no entanto, devem ser registradas. No presente Capítulo, examinou-se até agora a evolução histórica da responsabilidade civil no âmbito do Direito Privado e do Direito Público, assentando-se as principais teorias elaboradas para atender os reclamos decorrentes do desenvolvimento da sociedade. Nesse contexto, analisou-se, ainda, a evolução histórica da responsabilidade civil do Estado Brasileiro, à luz do ordenamento jurídico pátrio.

Em seguida, registraram-se as noções gerais do Instituto, bem como as espécies destacadas pela doutrina, a partir de variados critérios, tais como o do fato gerador – *responsabilidade contratual ou extracontratual/aquiliana*, o da natureza da norma violada – *responsabilidade penal, civil e administrativa* etc.

Na sequência, passou-se ao exame dos pressupostos da responsabilidade civil subjetiva e objetiva, no âmbito do Direito Privado, com o estudo da conduta culposa, do dano e do nexo causal. Neste último, foram tecidas considerações sobre as hipóteses de exclusão do nexo causal (força maior, caso fortuito, fato exclusivo da vítima ou de terceiro), que afastam o dever de indenizar.

Pois bem. Cumpre, adiante, à luz da Constituição da República de 1988, demarcar as causas deflagradoras do dever do Estado de indenizar, vale dizer, os pressupostos da responsabilidade civil estatal. Antes, porém, algumas considerações preliminares.

²⁹⁶ A doutrina civilista aponta a cláusula de não indenizar como uma excludente do nexo causal no campo da responsabilidade civil contratual e, portanto, que dispensa o dever de indenizar. Não se tratará de tal cláusula, uma vez que, por se tratar de vínculos de parceria com o Poder Público, este, como curador do interesse público, não pode dispensar o parceiro da obrigação de reparar o dano, tendo vista a indisponibilidade do interesse público.

É o que se passa a realizar.

5.6 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

O Estado, como ente com personalidade jurídica, pode, em face de seu comportamento comissivo ou omissivo, lícito ou ilícito e material ou jurídico, causar dano a outrem, submetendo-se, pois, ao dever de repará-lo, nos termos da ordem jurídica vigente.

Deveras, conforme leciona Celso Antônio Bandeira de Mello²⁹⁷, nos dias atuais, a noção do dever estatal de reparar o dano causado a outrem é curial no Direito Público, razão pela qual assevera que: “*Todos os povos, todas as legislações, doutrina e jurisprudência universais, reconhecem, em consenso pacífico, o dever estatal de ressarcir as vítimas de seus comportamentos danosos.*”

A responsabilidade civil do Estado não se confunde com aquelas situações em que o dever de indenizar do Poder Público decorre de ato que, embora atente contra direito de terceiros, sacrificando-o, está previsto no ordenamento jurídico, com vistas à consecução de um interesse público, a exemplo do instituto da desapropriação.

Essa distinção foi bem apontada por Renato Alessi, na doutrina italiana, ao sustentar a diferença entre o instituto do *ressarcimento* e o instituto da *indenização*. No primeiro, de acordo com o autor, tem-se a responsabilidade em face de danos ilegítimos causados a terceiros por ato ilícito (violação a direito alheio). No segundo, os danos são legitimamente provocados (há apenas uma lesão de direitos, os quais são convertidos em justa indenização), ou seja, são causados em razão do sacrifício de direitos particulares, porém, autorizado pela lei.²⁹⁸

²⁹⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., 2006. p.947.

²⁹⁸ ALESSI, Renato. *La responsabilità della pubblica amministrazione*. 3ªed. Milão: Giuffrè, 1955, p. 241.

Não obstante seja extremamente útil a distinção acima apontada – sacrifício de direito x responsabilidade do Estado, acolhe-se aqui o entendimento de Weida Zancaner²⁹⁹ no sentido de que a responsabilidade do Estado abrange tanto os danos advindos dos atos lícitos como aqueles decorrentes dos atos ilícitos³⁰⁰.

Antes do exame das condições deflagradoras do dever estatal de indenizar, cabe ressaltar que estas não se confundem com os fundamentos da responsabilidade objetiva do Estado. As primeiras dizem respeito aos requisitos do dever de reparar o dano e os segundos às justificativas para a sua reparação. Estes últimos, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, são:

- a) No caso de comportamentos ilícitos comissivos ou omissivos, jurídicos ou materiais, o dever de reparar o dano é a contrapartida do princípio da legalidade. Porém, no caso de comportamento ilícitos comissivos, o dever de reparar já é, além disso, imposto também pelo princípio da igualdade.
- b) No caso de comportamentos lícitos, assim como na hipótese de danos ligados à situação criada pelo Poder Público – mesmo que não seja o Estado o próprio autor do ato danoso -, entendemos que o fundamento da responsabilidade estatal é garantir uma equânime repartição do ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa de atividades desempenhadas no interesse de todos. De conseguinte, seu fundamento é o princípio da igualdade, noção básica do Estado de Direito.

Assentadas essas considerações preliminares, reputadas de suma importância, passa-se, pois ao exame das causas deflagradoras do dever estatal de reparar o dano, à luz do ordenamento jurídico pátrio.

²⁹⁹ ZANCANER, Weida. *Da Responsabilidade Extracontratual da Administração Pública*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p.39-40.

³⁰⁰ No mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello anota: “*Parece-nos que só deessasiste falar em responsabilidade quando a ordem jurídica estabelece em prol do Estado um poder – consoante já disse – cujo conteúdo reside especificamente em aniquilar um direito alheio, que se converterá em correlativa expressão patrimonial. Pelo contrário, caberá falar em responsabilidade do Estado por atos lícitos nas hipóteses em que o poder deferido ao Estado e legitimamente exercido acarreta, indiretamente, como simples consequência – não como sua finalidade própria -, a lesão a um direito alheio.*” *Ibidem*, p. 949.

5.7 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

5.7.1 Das espécies de responsabilidade civil do estado acolhidas pela carta magna

A responsabilidade civil extracontratual do Estado está disciplinada no art. 37, § 6º, da Constituição da República, assim redigida:

Art. 37. [...] § 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.

Se por um lado há entendimento pacífico na doutrina e na jurisprudência, ante o teor do dispositivo constitucional acima transcrito, da **responsabilidade objetiva** do Estado pelos atos comissivos de seus agentes e da **responsabilidade subjetiva** deste último³⁰¹, pairam, ainda hoje, dúvidas acerca da espécie de responsabilidade estatal (subjetiva ou objetiva) que deve ser aplicada nos casos de danos oriundos dos atos omissivos do Poder Público.

É que o referido dispositivo constitucional, com pequena alteração redacional, como já dito, manteve a orientação fixada nas pretéritas Constituições de 1946, 1967 da Emenda nº 1/69, deixando de referir-se aos termos que a doutrina até então vinculava à teoria subjetiva (negligência, omissão ou abuso).

Desde 1946, pois, instalou-se na doutrina e jurisprudência pátria divergência quanto à subsistência ou não, entre nós, da responsabilidade estatal subjetiva, o que tem suscitado interessantes e importantes trabalhos na área acadêmica, a exemplo da obra *“Responsabilidade Civil do Estado por Omissão na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”*, de autoria de Helena Elias Pinto, Lúmen Júris Editora,

³⁰¹ Atualmente, em face da orientação adotada pelo E. STF no RE nº 228.997 (informativo STF nº 263), deve-se demandar contra o Estado, cabendo a este exercer o direito de regresso em face do agente. Em outras palavras, de acordo com o entendimento da Corte Suprema, a norma em apreço não legitima o lesado a ajuizar ação indenizatória diretamente contra o agente público, cuja responsabilidade é regressiva. Daí porque no E. STJ, atualmente, já não se discute mais a obrigatoriedade de denunciação da lide, mas sim a sua vedação em face do inegável prejuízo à vítima, com a procrastinação do feito em virtude da discussão da culpa.

2008, que examina a evolução do entendimento da Corte Suprema sobre a matéria, compilando julgados proferidos desde 1946 até os dias atuais.

Na corrente que sustenta a responsabilidade por atos omissivos pela teoria subjetiva, frise-se, da culpa do serviço ou da culpa administrativa, cita-se Oswaldo Aranha Bandeira de Mello³⁰², seguido por Celso Antônio Bandeira de Mello³⁰³, Lúcia Valle Figueiredo³⁰⁴, Maria Sylvia Zanella Di Pietro³⁰⁵, Diógenes Gasparini³⁰⁶, Sílvio Luís Ferreira da Rocha³⁰⁷ e José dos Santos Carvalho Filho³⁰⁸.

De acordo com a referida corrente, a omissão estatal não é causa do resultado danoso, mas sim sua condição, daí porque para existir a responsabilização do Estado por sua conduta omissiva imprescindível a análise do elemento subjetivo.

Em outras palavras, na omissão o Estado não age e por isso não causa o dano. Todavia, caso esteja obrigado a impedi-lo em face de dever legal que lhe compete, então, deve responder, haja vista o descumprimento dessa norma jurídica. Trata-se, sempre, de responsabilidade por ato ilícito.

Calha, aqui, o preciso ensinamento do eminente mestre Lourival Vilanova³⁰⁹, sob o prisma da lógica jurídica:

Mais claramente se vê essa normatividade do nexos causal se se tem em conta que se não existisse, no sistema jurídico, norma proibitiva da omissão, ou norma que fizesse obrigatória a ação, a omissão não passaria a essa categoria de fato jurídico causal. Podemos dizer que, se no sistema faltasse a obrigação de impedir o evento (pois o modal proibir uma omissão equivale à obrigação de fazer), a omissão não teria consequência punitiva. Não é qualquer omissão, mas a omissão de uma ação estatuída como obrigação, que se faz penalmente relevante.

³⁰² BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. Op. cit., 1974. p.487.

³⁰³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., 2006. p.966-71.

³⁰⁴ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 8ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p.281.

³⁰⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 21ªed. São Paulo: Editora Atlas, 2008. p.617-19.

³⁰⁶ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 9ªed. São Paulo: Saraiva, 2004. p.886.

³⁰⁷ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro Setor*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p.165.

³⁰⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 18ªed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2007. p.503.

³⁰⁹ VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 4ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p.66.

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello,³¹⁰ há tempos, ensinava que a responsabilidade fundada na teoria do risco-proveito alcança tão somente os atos comissivos do agente público, nunca a omissão:

A responsabilidade fundada na teoria do risco-proveito pressupõe sempre ação positiva do Estado, que coloca terceiro em risco, pertinente à sua pessoa ou ao seu patrimônio, de ordem material, econômica ou social, em benefício da instituição governamental ou da coletividade em geral, que o atinge individualmente, e atenta contra a igualdade de todos diante dos encargos públicos, em lhe atribuindo danos anormais, acima dos comuns inerentes à vida em sociedade. Consiste em ato comissivo, positivo, do agente público, em nome e por conta do Estado, que redunde em prejuízo a terceiro, conseqüência de risco decorrente da sua ação, repita-se, praticado tendo em vista o proveito da instituição governamental ou da coletividade em geral. Jamais omissão negativa.

Isso porque a responsabilidade do Estado por omissão somente ocorre quando o serviço não funciona, funciona mal ou em atraso:

Destarte, a responsabilidade do descumprimento da lei, que deixou de ser obedecida na conformidade do seu comando. Em se desviando-se a prestação do serviço do regime legal a ele imposto, deixando de prestá-lo, ou prestando com atraso ou de modo deficiente, por falha na sua organização, verifica-se a responsabilidade da pessoa jurídica, e, portanto, do Estado, que, então, deve compor o dano conseqüente dessa falta administrativa, desse acidente quanto à realização do serviço. Mas, repita-se responsabilidade com base em culpa.³¹¹

Juan Carlos Cassagne³¹², no tocante à responsabilidade do Estado por omissão na prestação do serviço, assevera que:

A chave para determinar a falta de serviço e, conseqüentemente, a procedência da responsabilidade estatal por um ato omissivo se encontra na configuração ou não de uma omissão antijurídica. Esta última se delineia só quando seja razoável esperar que o Estado atue em determinado sentido para evitar os danos na pessoa ou nos bens dos

³¹⁰ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. Op. cit., 1974. p.487.

³¹¹ Ibidem. p.482.

³¹² CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. 6ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, p. 301, v. I.

particulares. Pois bem, a configuração de dita omissão antijurídica requer que o Estado ou suas entidades descumpram uma obrigação legal expressa ou implícita (art. 1074, Cód. Civ.) tal como são as vinculadas com o exercício da polícia administrativa, descumprimento que pode se achar imposto também por outras fontes jurígenas (v.g. o costume e os princípios gerais do direito).

A aferição da ineficiência do serviço causadora do dano deve ser examinada à luz do caso concreto, adotando-se, para tanto, o princípio da razoabilidade. Nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro³¹³, “*o que seria razoável exigir do Estado para impedir o dano*”.

Além disso, ante a natural dificuldade do administrado em provar que o serviço não foi prestado de acordo com os “padrões normais”, e para obstar, ao final, a total ineficácia da norma de responsabilização do Estado, é que se tem acolhido, como regra, a “presunção de culpa do Poder Público”, o qual deve provar que não agiu com negligência, imprudência ou imperícia, para que possa afastar a obrigação de indenizar. Esse é o escólio de Celso Antônio Bandeira de Mello³¹⁴:

Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser o autor do dano. E se não foi o autor, só pode responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar o evento lesivo. [...]

Se a ordem jurídica quer a responsabilidade pública nos casos de mau funcionamento do serviço, não pode negar as vias de direito indispensáveis para a efetiva responsabilização do Estado – o que, na verdade, só ocorrerá eficientemente com o reconhecimento de uma presunção *juris tantum* de culpa do Poder Público, pois, como regra, seria notavelmente difícil para o lesado dispor dos meios que permitiriam colocá-la em jogo.

Em sentido oposto, há corrente doutrinária que sustenta a responsabilidade objetiva do Estado tanto para os atos comissivos como para os atos omissivos, com fundamento na isonomia e na busca de igualdade de todos frente aos ônus do

³¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., 2008. p.619.

³¹⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., 2006. p.966-70.

Estado. Nesse sentido, a posição de Hely Lopes Meirelles³¹⁵ Gustavo Tepedino³¹⁶, Edmir Netto de Araújo³¹⁷, Juarez Freitas³¹⁸, Weida Zancaner³¹⁹, dentre outros.

Embora possa se identificar distintos fundamentos adotados pelos doutrinadores para se defender a responsabilidade objetiva, como por exemplo aqueles adotados pelo professor Juarez Freitas³²⁰ no artigo “*Responsabilidade Civil do Estado e o princípio da proporcionalidade: vedação de excesso e de inoperância*”, no qual propõe o exame do tema à luz do princípio da proporcionalidade, em linhas gerais, concordam que a Constituição Federal não distinguiu no artigo 37, § 6º, os atos comissivos dos omissivos, não cabendo ao intérprete assim fazê-lo.

Sustentam ainda que o entendimento da subsistência da responsabilidade subjetiva para os atos omissivos consubstancia inegável retrocesso à evolução da responsabilidade civil do Estado e que existe a possibilidade de se invocar as causas excludentes do nexo de causalidade, o que, de certa forma, obstaría a consideração de se tornar o Estado segurador universal.

Essa divergência doutrinária, de igual modo, se estende ao âmbito dos nossos Tribunais, alcançando, inclusive, a E. Corte Suprema.

De fato, conforme registra Helena Elias Pinto³²¹, no período de 1946 até 1988, identificam-se **21 acórdãos** prolatados pelo E. Supremo Tribunal Federal acolhendo a responsabilidade subjetiva do Estado por atos omissivos: Recursos Extraordinários n°s 14058/MG; 18975/RS; 17746/MG; 22349/ES; 24746/MG; 28191/MG; 28539/ES; 30958/ES; 32518/RS; 43477/MG; 56320/SP; 55806/SP; 58673/GO; 61387/SP; 72700/PR; 75548/SP; 81602/MG; 84072/BA; 102160-8/MG e Agravos de Instrumento n°s 58094/PR e 58561/SP, e **2 acórdãos** sem a adoção

³¹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 28ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p.626-29.

³¹⁶ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.190.

³¹⁷ ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p.732-34.

³¹⁸ FREITAS, Juarez. “Responsabilidade Civil do Estado e o Princípio da Proporcionalidade: vedação de excesso e de inoperância”. In: FREITAS, Juarez (org.). *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p.170-97.

³¹⁹ ZANCANER, Weida. “Responsabilidade do Estado, Serviço Público e os Direitos dos Usuários”. In: FREITAS, Juarez (org.). Op. cit., 2006. p.337-52.

³²⁰ FREITAS, Juarez. Op. cit., 2006. p.170-97.

³²¹ PINTO, Helena Elias. *Responsabilidade Civil do Estado por Omissão na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris Editora, 2008. p.63.

implícita ou explícita de um sistema: Recursos Extraordinários nºs 43626/CE e 100762-1/PR.

Entretanto, no período de 1988 até 2006, observa a autora³²² houve a alteração desse quadro, na medida em que, do total de **39 acórdãos**, apenas 10 adotaram a corrente subjetivista, enquanto 16 acolheram a teoria objetiva, e 13 não adotaram, de forma explícita ou implícita, um sistema.

A controvérsia entre ambas as correntes pode ser constatada do confronto dos seguintes julgados: **pela responsabilidade subjetiva** (10 acórdãos): Recursos Extraordinários nºs 115766-6/SP; 163147-3/SP; 170014-9/SP; 179147-1/SP; 184118-4/RS; 369820-6/RS; 372472-0/RN; 382054-1/RJ; Agravos Regimentais nºs 489254-2/RS; 512698-4/A e **pela responsabilidade objetiva** (16 acórdãos): Recursos Extraordinários nºs 109615-2/RJ; 130764-1/PR; 136247-2/RJ; 176564-0/SP; 180602-8/SP; 188093-7/RS; 209137-5/RJ; 220999-7/PE; 215981-6/RJ; 238453-6/SC; 283989-2/PR; 286444-7/RJ; 313915-1/RN; 272839-0/MT; Agravos Regimentais nºs 190772-0/RJ e 363999-4/RJ.

Interessante notar que, a par da semelhante redação dos dispositivos constitucionais que versaram sobre o tema ora em debate, desde a égide da Constituição de 1946, passando pela Carta Magna de 1967/1969, até a atual Carta Política de 1988, assim não se sucedeu com a sua interpretação pelos Tribunais, ora variando para o acolhimento de uma responsabilidade subjetiva, ora de uma objetiva, com maior incidência desta última a partir da década de 90.

Com o devido respeito ao entendimento contrário, acolhe-se aqui a corrente subjetivista. Compartilha-se do entendimento de Marcelo Certain Toledo³²³, que ao examinar o art. 37, § 6º, da CF/88, com apoio nas lições de Alfredo de Almeida Paiva, assim observou:

Não existe na atual Carta, como também não existia na de 1946, prescrição para que a teoria objetiva seja aplicada a todos os casos de responsabilidade estatal. A Constituição rege a responsabilidade do Poder Público em termos gerais, fixando a responsabilidade subjetiva apenas no tocante ao agente estatal, ao assegurar “o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”. Pondere-se,

³²² Ibidem. p.63.

³²³ TOLEDO, Marcelo Certain. *Responsabilidade Patrimonial Extracontratual do Estado pelos Comportamentos Omissivos da Administração Pública*. São Paulo: no prelo. p.66-7.

ademais, que esse direito de regresso não é um indicativo, a contrario sensu, de que a Carta de 1988 tenha prescrito, exclusivamente, a responsabilidade objetiva do Estado. Ao tratar da Carta de 1946, Alfredo de Almeida Paiva asseverava o seguinte: “Enunciando o princípio da responsabilidade civil das pessoas jurídica de direito público em termos gerais, de modo a nele poder-se autorizar ampla liberdade de ação ao legislador ordinário, o constituinte de 1946 não quis, entretanto, que qualquer dúvida pudesse subsistir com relação à responsabilidade do funcionário causador do dano e, por este motivo, estabeleceu uma restrição, isto é, a ação regressiva somente seria admissível quanto agisse ele com culpa”.

Uma vez assentada a celeuma sobre a responsabilidade estatal por atos omissivos, cabe examinar os pressupostos para o dever de indenizar do Estado.

5.7.2 Pressupostos da responsabilidade civil do estado

Nos termos do art. 37, § 6º, da CF/88, são pressupostos do dever estatal de indenizar: i) *a existência de dano*; ii) *que este dano seja praticado por agente público, agindo nessa qualidade*; e iii) *o nexo de causalidade entre o comportamento estatal e o dano*.

No presente trabalho, em virtude de se acolher a responsabilidade subjetiva do Poder Público quanto aos danos decorrentes de atos omissivos, há a necessidade de agregar aos pressupostos acima elencados, especificamente, para esses atos, o exame da culpa, pela teoria da culpa do serviço.

5.7.2.1 Do dano indenizável

A mera ilegalidade ou irregularidade do comportamento estatal, comissivo ou omissivo, sem que este configure um dano a outrem, não atrai o dever indenizatório. Na feliz síntese de *Henri Lalou*: “*não há responsabilidade civil onde não existe prejuízo*”, e de *Ruggiero e Maroi*: “*a obrigação não nasce se falta o dano*.”³²⁴

O dano indenizável, como já visto, é aquele que acarreta uma lesão a bem jurídico patrimonial (susceptível de avaliação pecuniária) ou moral (natureza imaterial – insusceptível de avaliação pecuniária, porém, susceptível de

³²⁴ Apud PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., 1993. p.33.

compensação) de outrem. Em outras palavras, aquele que lesa um direito da vítima. Exige-se, pois, um “agravo a algo que a ordem jurídica reconhece como garantido em favor de um sujeito.”³²⁵

Nessa ordem de idéias, não há como se confundir o dano em direito (dano ressarcível), com o dano meramente econômico. Este último, por si só, não autoriza o dever de indenizar. Por outro lado, não se exige em todas as hipóteses a ocorrência de dano econômico. É que pode haver dano indenizável de natureza exclusivamente moral.

O dano indenizável pela ofensa a bem patrimonial, por seu turno, abrange tanto os danos emergentes como os lucros cessantes (danos futuros). Estes últimos, desde que a “chance perdida” possua algum valor, do qual a vítima se privou, e puder situar-se a *certeza* do dano.³²⁶

Além disso, o dano deve ser certo e efetivo. Assim, não há que se falar em reparação de dano eventual, dano hipotético, ou seja, que pode não vir a se concretizar. Este deve ser atual, “*que já existe ou já existiu ‘no momento da ação de responsabilidade; certo, isto é, fundado sobre um fato preciso e não sobre hipótese’* (Lalou, *Traité Pratique de la responsabilité Civile*, nº 137).”³²⁷

Essas notas características do dano – lesão a um direito da vítima (aquele que afeta bem jurídico patrimonial ou moral); dano certo, efetivo, atual ou futuro - também estão presentes na responsabilidade civil no âmbito do Direito Privado. Contudo, tais notas não são suficientes para a responsabilidade civil do Estado no âmbito do Direito Público.

A professora Weida Zancaner, na sua obra “*Da responsabilidade extracontratual da Administração Pública*”, registra a valiosa contribuição espanhola, em especial de Eduardo García de Enterría, ao deslocar a ilicitude da conduta do agente (conduta culposa) para o evento danoso (lesão jurídica do patrimônio) e, então, formular a noção de dano antijurídico.³²⁸

³²⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., 2006. p.975.

³²⁶ Ibidem. p.40.

³²⁷ Ibidem. p.40.

³²⁸ ZANCANER, Weida. *Da Responsabilidade Extracontratual da Administração Pública*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 41-47.

No entanto, com precisão, observa que a referida teoria não faz distinção entre os danos originários das atividades lícitas e das ilícitas, o que reputa, com razão, da maior importância. Diz a eminente administrativista³²⁹:

Essa teoria não faz distinção entre atividades lícitas e ilícitas em verdade; assim o fazendo, nivela a atividade lícita, causadora de dano, à mesma condição da atividade ilícita. Não havendo discrimen entre essas duas realidades fundamentalmente diferentes, como já vimos, se fornece ao particular os mesmos meios legais para defender-se de danos originados de causas diversas. Havíamos dito que era necessária a tolerância para com as atividades lícitas, no sentido de ter de suportá-las muitas vezes; já com as atividades ilícitas, dissemos que se podia ser intolerante, visto serem elas ilegais, viciadas, feitas ou acontecidas à revelia da vontade da administração estatal. Com estas últimas, a complacência inexistente, sendo possível, a qualquer tempo e em qualquer lugar, pedir-se o basta, tanto nas vias administrativas, quanto nas judiciais. Ao contrário, nos danos originados de atos lícitos, é necessária a existência de um dano anormal e especial. Dano anormal e especial, não simplesmente dano. Isso diferencia, fundamentalmente, os danos originários de atos lícitos dos danos originários de atos ilícitos.

Celso Antônio Bandeira de Mello³³⁰, de igual modo, ressalta que o dano decorrente de ato estatal lícito para ser indenizável deve ser anormal e especial, os quais consistem, respectivamente, em:

Dano especial é aquele que onera a situação particular de um ou alguns indivíduos, não sendo, pois, um prejuízo genérico, disseminado pela Sociedade. Corresponde a um agravo patrimonial que incide especificamente sobre certo ou certos indivíduos, e não sobre a coletividade ou genérica e abstrata categoria de pessoas. Por isso não estão acobertadas, por exemplo, as perdas de poder aquisitivo da moeda decorrentes de medidas econômicas estatais inflacionárias.

Dano anormal é aquele que supera os meros agravos patrimoniais pequenos e inerentes às condições de convívio social. A vida em Sociedade implica a aceitação de certos riscos de sujeição a moderados gravames econômicos a que todos estão sujeitos, ocasional e transitoriamente, conquanto em escala variável e na dependência de fatores circunstanciais. São pequenos ônus que não configuram dano anormal. Por esta razão descabe responsabilidade do Estado pela simples intensificação da poeira numa via pública objeto de reparação,

³²⁹ Ibidem. P. 44-45.

³³⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., 2006. p.977.

inobstante tal fato provoque, como é natural, deterioração mais rápida da pintura dos muros das casas adjacentes.

Depreende-se, pois, que os danos antijurídicos podem advir de comportamento ilícito ou lícito do Estado. Ressalte-se, no entanto, que os pressupostos dos primeiros não são os mesmos dos segundos. Como bem pontua Weida Zancaner:

Nas atividades ilícitas, eles (os danos) são sempre antijurídicos, e necessitam reunir apenas duas características, para que os tribunais acolham a pretensão do lesado: serem certos e não eventuais, podendo ser atuais ou futuros; atingirem situação jurídica suscetível de configurar um direito ou quando menos, um interesse legítimo. Caso o exame da legalidade conclua ser lícita a atividade do Estado, é necessário agregar às características “a” e “b”, as seguintes: ser anormal – exceder aos incômodos da vida societária; ser especial – isto é, relativo a uma ou a um grupo de pessoas.

5.7.2.2 Do nexo de causalidade

Relativamente ao nexo de causalidade, este já foi objeto de análise no tópico relativo aos pressupostos da responsabilidade civil no âmbito do Direito Privado. Tudo o que ali foi dito acerca da referida condição aqui se aplica. Em outras palavras, nada altera, especificamente, quanto ao nexo causal, o fato de se tratar de responsabilidade civil extracontratual do Estado. Remete-se, pois, às considerações já expendidas.

Isso não ocorre, entretanto, com as causas de exclusão do nexo de causalidade³³¹.

É que, embora a doutrina arrole como causas de exclusão do nexo causal: o **caso fortuito** (art. 393, parágrafo único, do CC), a **força maior** (art. 393, parágrafo único, do CC), o **fato exclusivo da vítima ou de terceiro**, estas devem ser examinadas com cautelas no que tange à fixação da responsabilidade civil do Estado, em face dos caracteres decorrentes do regime jurídico de Direito Público.

³³¹ No ponto, cabe abrir um parêntesis para registrar que a Constituição Federal de 1988 acolheu a teoria do risco administrativo e não a do risco integral, daí porque o Estado não responderá nos casos de exclusão do nexo causal, como por exemplo, quando o dano tiver como origem exclusiva o fato da vítima ou de terceiro.

Com efeito, na força maior, diante do caso concreto, há que se examinar se o Estado poderia obstar os danos provocados pela natureza (enchentes, tempestades etc.) ou diminuir-lhes os efeitos, por meio de medidas preventivas. Assim, na hipótese de sua previsibilidade e da inércia do ente estatal, deve este ser responsabilizado na medida de sua omissão.

Relativamente ao caso fortuito, há entendimento de respeitáveis administrativistas no sentido de que este, por não se tratar de evento externo, mas de causa verificada no interior da máquina estatal, ainda que desconhecida, não pode, a rigor, afastar o dever indenizatório. Nesse sentido, Celso Bandeira de Mello³³² assim assevera:

O caso fortuito não é utilmente invocável pois, sendo um acidente cuja raiz é tecnicamente desconhecida, não elide o nexó entre o comportamento defeituoso do Estado e o dano assim produzido. O porquê da incorreta atuação do Estado não interfere com o dado objetivo relevante, a saber: ter agido de modo a produzir a lesão sofrida por outrem. [...]
Se alguma falta técnica, de razão inapreensível, implica omissão de um comportamento possível, a impossibilidade de descobri-la, por seu caráter acidental, não elide o defeito do funcionamento do serviço devido pelo Estado.

No mesmo sentido, a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro³³³ e Yussef Said Cahali³³⁴, dentre outros.

Por fim, no tocante ao fato exclusivo da vítima ou de terceiro, assim como no âmbito do Direito Privado, rompe o nexó causal e, portanto, o dever do Estado de indenizar. Acaso haja fato concorrente da vítima ou de terceiro e do Estado, a responsabilidade deste último será atenuada na proporção da sua participação para o evento danoso.

Resta ainda o exame do pressuposto relativo ao agente público, que agindo nessa qualidade, causa o dano a terceiros.

³³² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., 2006. p.979.

³³³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., 2008. p.616.

³³⁴ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 3ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p.50.

5.7.2.3 Dos agentes do estado

O Estado, como pessoa jurídica, não tem vontade nem ação, sob o prisma da *manifestação psicológica e vida anímica próprias*, embora os tenham sob a ótica jurídica.

É que, por se tratar de entidade lógica (ser da razão), “*sua vontade e ação se constituem na e pela atuação dos seres físicos prepostos à condição de seus agentes, na medida em que se apresentem revestidos desta qualidade*”. Consiste numa relação de imputação direta dos atos dos agentes ao Estado, considerados como uma unidade.³³⁵

Daí porque o § 6º do artigo 37 da CF/88 estabelecer que *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.”*³³⁶

Celso Antônio Bandeira de Mello³³⁷ explicita se enquadrarem na acepção de agentes do Estado:

[...] todas aquelas que – em qualquer nível de escalão – toma decisões ou realizam atividades da alçada do Estado, prepostas que estão ao desempenho de um mister público (jurídico ou material), isto é, havido pelo Estado como pertinente a si próprio. Nesta qualidade ingressam desde as mais altas autoridades até os mais modestos trabalhadores que atuam pelo aparelho estatal. Ademais, para fins de responsabilidade subsidiária do Estado, incluem-se, também, as demais pessoas jurídicas de Direito Público auxiliares do Estado, bem como quaisquer outras, inclusive de Direito Privado, que, inobstante alheias à sua estrutura orgânica central, desempenham cometimentos estatais sob concessão ou delegação explícitas (concessionárias de serviço público e delegados de função pública) ou implícitas (sociedades mistas e empresas do Estado em geral, quando no desempenho de serviço público propriamente dito).

³³⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., 2006. p.961-3.

³³⁶ Não obstante o dispositivo constitucional em tela tenha fixado a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, por atos comissivos decorrentes dessa prestação, a 2ª Turma do E. Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 302.622-4, assentou entendimento de que esta não alcança o terceiro que não ostente a condição de usuário. Trata-se de interpretação, a nosso ver, na medida em que a norma constitucional não revela tal discrimen

³³⁷ Ibidem. p.962.

Com efeito, a expressão agente público é bem mais ampla do que a palavra “funcionário”, anteriormente adotada, embora esta fosse interpretada, à época, de modo amplo (prepostos ou agentes que agissem em nome do Estado). Como ressalta Lúcia Valle Figueiredo³³⁸, o termo “agente” constitui-se de denominação genérica que comporta as seguintes espécies: “a) *servidores públicos*; b) *particulares em colaboração com a Administração*; c) *agentes políticos*.”

O dispositivo constitucional sob comento exige que o dano seja causado pelo agente, em razão do exercício de função pública, a pretexto de exercê-la, ou ainda, por pessoa que tenha se valido da condição de agente³³⁹.

Cumprе anotar, por oportuno, que a norma constitucional em tela não alcança as empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica, haja vista que, nessas hipóteses não desempenham serviços públicos, e estão subordinadas ao regime de direito privado.

Por fim, haja vista que aqui se acolhe a responsabilidade subjetiva nos casos de danos decorrentes de condutas omissivas do Estado, em virtude de descumprimento do dever legal de agir, há que se ter como pressuposto, nesta específica situação, também o exame da conduta culposa, pela teoria da “culpa do serviço”, embora se reconheça a incidência da presunção da culpa do Poder Público, como já consignado, cabendo àquele comprovar que o serviço foi prestado adequadamente para fins de afastar o dever indenizatório.

Após assentados os pressupostos da responsabilidade civil nos âmbitos do Direito Privado e do Direito Público, cumpre, pois, no capítulo subsequente examinar a responsabilidade civil do Estado pela atividade administrativa de fomento no domínio social e a dos agentes fomentados em face do exercício das atividades objeto de fomento.

³³⁸ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Op. cit., 2006. p.284.

³³⁹ No entanto, conforme observa José dos Santos Carvalho Filho: “Havendo vinculação da conduta com a situação de agente público, o Estado será civilmente responsável. O STF já teve a oportunidade de confirmar acórdão do TJ-SP que atribuiu responsabilidade civil ao Estado em hipótese na qual um policial militar, sem estar fardado, agrediu a vítima com arma da corporação e lhe provocou danos. Defendeu-se o Estado como fato de o agressor não estar fardado, mas o Tribunal rejeitou o argumento ante a circunstância de que, embora não estando no exercício da função, utilizou equipamento própria dela, o que colocou o policial como estando a pretexto de exercê-la. Enquadrou-se, assim, o Estado na regra que o submete à responsabilidade objetiva. (RE nº 160.401-SP, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, em 20/04/99, apud Informativo do STF nº 146, DJ 28/4/1999).” CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., 2007. p.495, nota de rodapé nº.25.

CAPÍTULO VI - DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E A DO AGENTE FOMENTADO

6.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

No Capítulo anterior, registrou-se a evolução histórica da responsabilidade civil no âmbito do Direito Privado e do Direito Público, assentando-se as principais teorias elaboradas para atender os reclamos decorrentes do desenvolvimento da sociedade. Nesse contexto, analisou-se, ainda, em apartado, a evolução histórica da responsabilidade civil do Estado Brasileiro, à luz do ordenamento jurídico pátrio.

Em seguida, foram assentadas as noções gerais do Instituto, bem como as espécies destacadas pela doutrina, a partir de variados critérios, tais como o do fato gerador – *responsabilidade contratual ou extracontratual aquiliana*, o da natureza da norma violada – *responsabilidade penal, civil e administrativa etc.*

Na sequência, passou-se ao exame dos pressupostos da responsabilidade civil subjetiva e objetiva, com o estudo da conduta culposa, do dano e do nexo causal. Neste último, também foram tecidas considerações sobre as hipóteses de exclusão do nexo causal (força maior, caso fortuito, fato exclusivo da vítima ou de terceiro), que afastam o dever de indenizar.

Por fim, foram apontadas, à luz da Constituição da República de 1988, as causas deflagradoras do dever do Estado de indenizar, vale dizer, os pressupostos da responsabilidade civil estatal.

Pois bem. De posse de todos esses elementos, cumpre perquirir, no presente Capítulo, a responsabilidade civil do Estado pelos danos causados aos agentes fomentados e a terceiros, em virtude da atividade administrativa de fomento no domínio social, bem como a das organizações do terceiro setor em face do exercício das atividades objeto de fomento.

Começa-se pelos agentes fomentados.

6.2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO AGENTE FOMENTADO

Para se adentrar no exame da responsabilidade civil do agente fomentado no exercício de atividades objeto da ação promocional do Estado no domínio social, seja em face do Poder Público, seja em relação aos terceiros para os quais presta

serviço, imperioso se faz repisar a natureza jurídica de tais entes paraestatais, assim como de suas atividades, conforme assentado no capítulo IV.

Relativamente à natureza jurídica dessas organizações paraestatais, já restou consignado que são consideradas **pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos**, as quais embora não integrem a Administração Pública Direta ou Indireta, têm por objetivo social a consecução de interesses públicos considerados relevantes para a coletividade e por isso acolhidas pelo ordenamento jurídico positivo pátrio como aptas a receberem o fomento público.

No que diz respeito às atividades desenvolvidas por tais entes, afastou-se, desde logo, a natureza jurídica de serviços públicos. É que de acordo com o art. 175 da CF, a titularidade daqueles serviços pertence ao Estado, embora este possa delegá-los a terceiros por meio de autorização, permissão ou concessão.

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 está franqueado aos particulares no âmbito da livre iniciativa.

Trata-se de serviços que o Estado tem o dever de prestar, sob o regime de Direito Público, embora dado a sua relevância social, permita sejam, concomitantemente, desenvolvidos pelos particulares, na esfera da livre iniciativa. São eles: serviços de saúde, educação, previdência e assistência social.

É dizer, quando prestados pelo Estado, sob regime de Direito Público, possuem a natureza jurídica de serviços públicos não-exclusivos e quando prestados pelos particulares no âmbito da livre iniciativa, sob regime de Direito Privado ou predominantemente de Direito Privado, **atividade econômica stricto ou lato sensu**.

Com isso, não se adota aqui o emprego da expressão “serviços públicos sociais” ou “serviços sociais”, dado o equívoco que pode gerar no contexto do discurso jurídico.

Feitas essas considerações, passa-se a análise da responsabilidade dos agentes fomentados em face do Estado e dos terceiros para quem presta os serviços.

Nessa ordem de idéias, como já delimitado no capítulo IV, considera-se para fins do presente trabalho, agentes fomentados no domínio social: as *associações e fundações sem fins lucrativos com finalidades públicas* (que visam atender o

interesse social e o bem comum, em contraposição àquelas de interesse mútuo), os serviços sociais autônomos e as cooperativas sociais. Relativamente às primeiras, destacam-se ainda as Organizações Sociais e as OSCIPs.

Inicia-se, por dizer que o tema relativo à responsabilidade civil dos atos praticados por tais entes no desempenho dos seus objetivos sociais, ainda é pouco explorado pela doutrina pátria.

Por outro lado, conforme será visto adiante, não há uniformidade de entendimento acerca desta matéria entre os autores que se debruçaram sobre o tema.

Essa divergência doutrinária dá-se, principalmente, no que diz respeito à natureza da responsabilidade civil dos atos praticados pelos serviços sociais autônomos e pelas organizações sociais.

De fato, os primeiros têm como nota distintiva o fato de serem beneficiados com contribuições parafiscais, além de terem a sua criação autorizada por lei. As segundas, por seu turno, ante a manifesta inconstitucionalidade de alguns dispositivos da Lei nº 9.637/98, têm a seu favor, a autorização legal para receber bens e recursos públicos, além de servidores públicos, com ônus para a origem. Trata-se, pois, de características relevantes não contidas nas demais entidades paraestatais, as quais devem ser consideradas pelo cientista do direito.

Pois bem.

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).

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, caput c/c art. 186 do Código Civil, na hipótese de *responsabilidade extracontratual* ou no art. 389 do Código Civil, no caso de *responsabilidade contratual*, seja em relação ao Estado, seja em relação ao terceiro que se utiliza do serviço por ela prestado.

As exceções decorrem de duas distintas justificativas: a) a regra contida no parágrafo único do art. 927 do Código Civil, que autoriza a fixação da responsabilidade objetiva em casos previstos em lei, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor³⁴⁰; e b) 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.

Assim, acolhe-se aqui, como regra, a **responsabilidade subjetiva** de todos os entes paraestatais, incluindo-se, portanto, os serviços sociais autônomos e as organizações sociais. Estas últimas poderão atrair a responsabilidade objetiva apenas na hipótese se restar comprovada que houve mera substituição do Estado, no dever de prestar serviço público e não atividade administrativa de fomento, conforme será visto adiante.

Por sua vez, poderá ainda a legislação infraconstitucional, adotar a responsabilidade civil objetiva para as atividades desenvolvidas por tais entes, como já ocorre no caso de serviços remunerados, nos termos do Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078/90.

Não obstante esse posicionamento tem-se conhecimento da convergência e da divergência doutrinária acerca do tema, a qual merece ser aqui colacionada.

A incidência da responsabilidade civil subjetiva, na forma estabelecida no Código Civil, para as atividades desenvolvidas pelas entidades fomentadas é acolhida, dentre outros, por Célia Cunha Mello³⁴¹. Conclui a autora em sua obra “O fomento da Administração Pública”:

A responsabilidade civil do agente fomentado em face do Estado fomentador é subjetiva, no âmbito da responsabilidade

³⁴⁰ Com efeito, os serviços prestados pelos mencionados entes paraestatais aos cidadãos que deles necessitem **mediante remuneração**, atraem a incidência das regras de responsabilidade objetiva previstas na citada legislação consumerista³⁴⁰, em virtude da sua subsunção à norma contida no artigo 3º, § 2º, da Lei nº 8.078/90, prevalecendo, pois, a regra especial. Há que se ressaltar que aceitação de serviço remunerado alcança apenas aqueles decorrentes do pagamento de tarifa ou preço público. Excluem-se, pois, os serviços prestados mediante recursos advindos do pagamento de taxas ou impostos, ou de qualquer outra espécie tributária.

³⁴¹ MELLO, Célia Cunha. *O fomento da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.183-4.

extracontratual, ou seja, quando o dever de indenizar decorre da mera infringência da lei, hipótese em que sua aplicação prescinde da existência prévia de um instrumento contratual. Isso porque o artigo 159, do Código Civil brasileiro, que regula a responsabilidade extracontratual, se filiou à teoria subjetiva ao exigir a culpa como fundamento para a obrigação de reparar o dano.

Se preexistir um vínculo obrigacional, o dever de indenizar surge como consequência do inadimplemento, incidindo na espécie a regra básica da responsabilidade contratual disposta no artigo 1.056 do Código Civil pátrio, cujos pressupostos são comuns àqueles que informam a responsabilidade extracontratual, com a única atenuante de ser a prova da culpa, nesse caso, limitada à demonstração de que a prestação foi descumprida. A responsabilidade civil do agente fomento é, portanto, sempre subjetiva, podendo ser extracontratual, quando decorre da mera infringência de preceito legal, ou contratual, em consequência de inadimplemento.

Pelas lições ali consignadas, entende a autora que a responsabilidade dessas entidades é tão somente subjetiva. Vale dizer, embora afaste a aplicação da norma inserta no art. 37, § 6º, da CF/88, não faz referência à possibilidade de serem responsabilizadas objetivamente na forma da legislação infraconstitucional especial, consoante o disposto no art. 927, parágrafo único, do Código Civil e, como exemplo, do Código de Defesa do Consumidor.

No mesmo sentido, a posição do professor José dos Santos Carvalho Filho³⁴²:

[...] Caso o dano seja provocado por conduta da pessoa privada parceira, a indenização acaso devida terá por suporte a responsabilidade subjetiva do Código Civil. E isso, repita-se, pela circunstância de a atividade poder qualificar-se como serviço público ou atividade privada, dependendo da pessoa a quem seja atribuída a sua prestação.

Em nosso entendimento, em que pese a existência desses elementos de vinculação jurídica com o Estado, entendemos que sua responsabilidade é subjetiva e, conseqüentemente, regulada pelo Código Civil. É que esses entes não têm fins lucrativos e sua função é a de auxílio ao Poder Público para melhorar o resultado de certas atividades de interesse público e do próprio Estado. Assim, não se nos afigura que esse tipo de parceria desinteressada e de cunho eminentemente social

³⁴² CARVALHO FILHO, José dos Santos. "Responsabilidade Civil das Pessoas de Direito Privado Prestadoras de Serviços Públicos". *REPERE - Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*. nº.13. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, jan/fev/mar 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 14/11/2008.

carregue o ônus da responsabilidade objetiva, quando, sem parceria, estariam as referidas pessoas reconhecidamente sob a égide do Código Civil. De fato, parece-nos indispensável que o intérprete não perca de vista o sistema, o conjunto harmônico de princípios e normas. Se o ponto básico do regime de parceria é a cooperação mútua, inexistindo intuito lucrativo ou empresarial nas atividades, refugiria ao sistema equiparar o ente privado parceiro ao Estado para fins de responsabilização pela teoria objetiva. Assim, se o dano é causado diretamente pela ação do parceiro privado, o dever indenizatório será disciplinado pela lei civil geral.

Depreende-se do posicionamento dos ilustres doutrinadores, que este converge parcialmente com o adotado neste estudo. A aplicação da responsabilidade subjetiva prevista nos arts. 927, *caput* e 186 Código Civil às referidas entidades paraestatais. No entanto, admite-se aqui a possibilidade de responsabilização objetiva das citadas organizações, consoante o disposto no art. 927, parágrafo único, do Código Civil ou quando prevista em lei infraconstitucional especial, e ainda, especificamente, no caso das organizações sociais que substituam o Estado no desempenho de serviço público a seu encargo.

Luis Eduardo Patrone Regules³⁴³, no que tange às OSCIPs, especificamente, também entende se tratar de responsabilidade subjetiva, embora, de igual modo, admita a responsabilidade objetiva nos casos do parágrafo único do art. 927 do Código Civil. Diz o autor:

No que se refere à responsabilidade pelos atos dessas organizações a regra, a nosso ver, é subjetiva, portanto será exigido dolo ou culpa. Com efeito, não se trata de delegação de serviço público, o que afasta como regra geral a responsabilidade objetiva das referidas pessoas jurídicas de direito privado (art. 37, parágrafo 6º). Tal regra de responsabilidade subjetiva poderá ser elidida nos casos especificados em lei ou, ainda, quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (parágrafo único, art. 927 do Código Civil). Nestas hipóteses, conforme estipulado pelo Código Civil, haverá obrigação de reparar o dano independentemente de culpa.

³⁴³ REGULES, Luis Eduardo Patrone. *Terceiro Setor - Regime Jurídico das OSCIPs*. São Paulo: Método, 2006. p.161.

Relativamente às organizações sociais, também se identifica entendimentos respeitáveis no sentido da responsabilidade subjetiva e objetiva. No que toca ao primeiro, como já visto acima, Célia Cunha Mello e José dos Santos Carvalho Filho.

Já na corrente doutrinária que defende a responsabilidade objetiva de tais entes, cita-se: Lúcia Valle Figueiredo, Marçal Justen Filho, Cristiana Fortini e Carolina Zancaner Zockun.

Com efeito, Lúcia Valle Figueiredo³⁴⁴, no seu Curso de Direito Administrativo, ao examinar as organizações sociais, assim consigna: “*No tocante à responsabilidade pelos atos dessas sociedades, não temos dúvidas em afirmar que é objetiva, respondendo o Estado subsidiariamente.*”

Na mesma esteira, a observação de Marçal Justen Filho³⁴⁵:

Suponha-se que um paciente sofra dano nas instalações de um hospital transferido a organização social através de contrato de gestão. Não é cabível negar a aplicação do regime da 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.

De igual modo, a professora Cristiana Fortini³⁴⁶ entende ser aplicável a norma inserta no art. 37, § 6º, da Constituição da República nos casos de danos provocados a terceiros pelas organizações sociais, em virtude de ocuparem “*um lugar peculiar que não permite defender o total repúdio ao influxo de normas publicistas*”.

Carolina Zancaner Zockun³⁴⁷, acrescentando ao pensamento de Cristiana Fortini, destaca “*a possibilidade de a organização social ostentar o símbolo designativo da entidade pública que tiver absorvido, nos termos do artigo 22 da Lei*

³⁴⁴ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 8ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p.81. p.168.

³⁴⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 9ªed. São Paulo: Dialética, 2002. p.34.

³⁴⁶ FORTINI, Cristiana. “Organizações Sociais: Natureza Jurídica da Responsabilidade Civil das Organizações Sociais em face dos danos causados a terceiros”. *Revista Interesse Público*. vol.38. Porto Alegre: Editora Notadez, jul-ago 2006. p.120.

³⁴⁷ ZOCKUN, Carolina Zancaner. *Da intervenção do Estado no domínio social*. São Paulo: no prelo. p.265-7.

nº 9.637/98". No entanto, no entendimento da citada autora, tal espécie de responsabilidade atinge apenas os atos comissivos:

Assim, quando os constituintes conceberam a responsabilidade extracontratual do Estado tomaram em consideração as formas do exercício das atividades estatais existentes à época.

Ocorre que a figura *sui generis* da organização social não poderia, evidentemente, ter sido expressamente contemplada no texto constitucional, pois ela simplesmente não existia, surgindo somente 10 anos após a promulgação da Constituição de 1988.

Todavia, como a teleologia do artigo 37, § 6º pretende responsabilizar objetivamente as pessoas que atuam no lugar do Estado, só se pode concluir que essa nova figura jurídica (das organizações sociais) passou, implicitamente, a ser responsabilizada nos termos desse dispositivo. [...] Em suma, aquela que age substituindo o Estado em seus misteres constitucionalmente impostos, deverá ser responsabilizado da mesma forma que este seria se estivesse a prestar o serviço. Diante do exposto, vê-se que a responsabilidade das organizações sociais é objetiva, no que tange aos atos comissivos, e subjetiva na omissão, recebendo, portanto, o mesmo tratamento que é dado ao Estado e às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, frente aos danos que causarem a terceiros.

Com o devido acatamento aos entendimentos divergentes, conforme já se deixou consignado linhas atrás, adota-se, para fins do presente trabalho, a **responsabilidade subjetiva** como regra para tais organizações, embora se admita, em casos específicos, a incidência da responsabilidade objetiva: a) na hipótese do art. 927, parágrafo único, do Código Civil; b) quando prevista em lei infraconstitucional especial, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor; ou c) no caso das organizações sociais que substituam o Estado no desempenho de serviço público a seu encargo, mediante a cessão de bens e servidores públicos.

Daí porque, não há que se afastar, de pronto, a responsabilidade subjetiva, nos moldes do Código Civil.

É que não se pode ignorar, à luz da Lei nº 9.637/98, a possibilidade de determinada entidade sem fins lucrativos (associação ou fundação de direito privado) qualificada como Organização Social firmar contrato de gestão com o Poder Público e, não obstante isso, não absorver entidade federal extinta e nem ser beneficiada com a cessão de servidores públicos ou a destinação de bens.

Nesse caso, ainda que tal hipótese se apresente no mundo fenomênico como exceção - como infelizmente se acredita, salvo o reconhecimento da inconstitucionalidade manifesta dos arts. 2º, inciso II, 12 a 14 e 18 a 23, todos da Lei nº 9.637/98 -, é dizer, tratando-se de Organização Social que possua estabelecimento e bens próprios, assim como trabalhadores regularmente contratados para o desígnio de seus objetivos sociais, esta se assemelha aos demais entes paraestatais, no que toca à atividade complementar de colaboração com o Poder Público.

Em outras palavras, não 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 o origem, mas sim de atuação desta como ente de colaboração com o Estado, deve ser aplicada a regra responsabilidade subjetiva, nos moldes do Código Civil ou das normas consumeristas na hipótese de remuneração pelos serviços prestados, e não diretamente a regra inserta no art. 37, § 6º, da CF.

Veja-se, a propósito, que não há impossibilidade jurídica em face dos termos da Lei nº 9.637/98, que coexistam, concomitantemente, organizações sociais com nítido caráter de substituto do Estado (extraíndo-se como exemplo o próprio Laboratório Nacional de Luz Síncrotron, a ser absorvido pela organização social Associação Brasileira de Tecnologia de Luz Síncrotron – ABTLus, nos termos dos arts. 21 e 22 da Lei nº 9.637/98) e organizações sociais como expressão da parceria com o Estado, nos moldes das OSCIPs, sem que esta necessite da cessão de servidores públicos e a destinação de bens públicos.

Somente diante do caso concreto, poder-se-á afastar a responsabilidade subjetiva e, atribuir a responsabilidade objetiva à organização social, por meio de elementos que demonstrem ter havido burla ao regime jurídico administrativo, com a celebração de contrato de gestão. Exemplo dessa hipótese pode ser assim explicitado: 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.

Ora, no exemplo aventado, emerge cristalino, é verdade, com amparo em normas legais evidentemente inconstitucionais, que não se está diante de legítima atividade administrativa de fomento, mas sim de transferência do dever constitucional do Estado de prestar serviço público de saúde ao particular, mediante a “fuga do regime jurídico administrativo”, o que justificaria, então, a responsabilidade objetiva desta organização social, no que toca aos atos comissivos por ela praticados e subjetiva quanto aos seus atos omissivos³⁴⁸.

É que, consoante exposto nos capítulos precedentes, a atuação dos particulares no domínio social, à luz da Constituição da República, deve ser complementar à atuação do Estado. Vale dizer, o Estado não pode se desincumbir da prestação de serviços públicos a seu encargo, transferindo-os aos entes privados, por meio das organizações sociais.

Logo, atividade de fomento legítima, a rigor, seria aquela em que o Poder Público, por exemplo, não obstante mantenha hospital público em determinado bairro carente, decide fomentar entidade privada sem fins lucrativos devidamente instalada e em funcionamento naquela região, seja por meio de convênio, termo de parceria ou contrato de gestão, por vislumbrar que a sua atuação complementar na referida área é relevante para a consecução do interesse público, com o atendimento da demanda excedente do hospital por ele gerido.

A questão, como se vê, é tormentosa e está na pauta de julgamento do E. Supremo Tribunal Federal. Aguarda-se o acolhimento da inconstitucionalidade das normas que autorizam a instituição de organização social como substituto do Estado no que tange ao dever deste de prestação dos serviços públicos no domínio social (em especial, as normas contidas nos arts. 2º, 12 e 14 da Lei nº 9.637/98), admitindo-as tão somente como entes de colaboração com o ente estatal, oportunidade na qual restará superada a celeuma da responsabilidade civil dessas

³⁴⁸ Adota-se aqui a corrente doutrinária que sustenta a responsabilidade subjetiva nos casos de atos omissivos praticados pelo Estado ou por quem faça as suas vezes, conforme será tratado em tópico apartado, ante a divergência instalada no âmbito doutrinário e jurisprudencial, e que até hoje persiste.

entidades (nessa hipótese, como parceira do Estado e não substituta, a responsabilidade será, como nas demais, sempre subjetiva, salvo os casos que porventura venham ser previstos em lei – art. 927, parágrafo único, do Código Civil).

Por fim, algumas palavras sobre a responsabilidade dos serviços sociais autônomos. Sobre o tema, embora escassa na doutrina pátria, traz-se a colação o posicionamento de José Carvalho dos Santos Filho. Diz o eminente administrativista:

De outro lado, entendemos que as pessoas de cooperação governamental (ou serviços sociais autônomos) estão sujeitas à responsabilidade objetiva atribuída ao Estado. Sua atividade é, como já tivemos a oportunidade de ver, de caráter eminentemente social, podendo considerar-se que se qualifica como serviço público. Além do mais, têm vínculo com o Estado, porquanto 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.

Como visto, o eminente professor justifica a incidência da norma de responsabilidade objetiva aos serviços sociais autônomos, em razão de três relevantes fundamentos: a) caráter eminentemente social; b) vínculo com o Estado, que autoriza a sua criação por lei; e c) prestação de contas em razão dos recursos advindos do recolhimento de contribuições compulsórias a seu favor.

Não obstante os três fundamentos sejam relevantes, entende-se que aqueles apontados nas letras “b” e “c” são os que mais se destacam. É que o caráter eminentemente social também está previsto nas Organizações Sociais e nas OSCIPs.

De fato, a criação das demais entidades paraestatais não é autorizada por lei, além de não possuírem a seu favor receitas advindas de contribuições compulsórias, embora lhes sejam destinados recursos públicos e, por isso, também se submetam à prestação de contas ao Poder Público.

No que toca às características comuns: i) todas são pessoas jurídicas de direito privado não integrantes da Administração Pública direta ou indireta; ii) não possuem fins lucrativos; iii) almejam a satisfação de interesses públicos, de interesses gerais da coletividade, assim consagrados pelo ordenamento jurídico positivo; iv) possuem, em razão dos seus objetivos sociais, um regime jurídico

híbrido, com predominância das normas de Direito Privado, embora permeado por normas e princípios do Direito Público.

Ora, da contraposição entre características comuns e divergentes, extrai-se que os serviços sociais autônomos estão mais próximos das demais entidades paraestatais, não sendo decisivo para a identificação da sua natureza jurídica e da sua respectiva responsabilidade a autorização de sua criação por lei e a garantia de receitas advindas de contribuições compulsórias. É que tais notas distintivas embora revelem uma maior preocupação e proteção do Estado para com essas entidades, não altera a sua natureza jurídica de entidade de assistência social³⁴⁹.

A propósito, é farta a jurisprudência, inclusive da Corte Suprema, no sentido de que os serviços sociais autônomos, por se tratarem de entidades de assistência social, fazem jus à imunidade prevista no art. 150, VI, “c”, quanto aos impostos incidentes sobre a sua renda, patrimônio ou serviços (RE 116188/SP, AI-AGR 155822/SP etc.).

Destarte, haja vista que os serviços sociais autônomos possuem todas as características comuns inerentes às demais entidades paraestatais, como acima apontadas, entende-se que, a rigor, respondem subjetivamente, nos termos do Código Civil Brasileiro, não se lhes aplicando a norma inserta no art. 37, § 6º, da CF/88, sem prejuízo da incidência da responsabilidade objetiva, nos termos do art. 927, parágrafo único do Código Civil ou de legislação especial.

Conclui-se, pois, neste tópico, que a atuação complementar dos agentes fomentados sofre o influxo de regras publicísticas, como já dito, em razão das finalidades públicas e da gestão de recursos públicos, o que não afasta a sua natureza de pessoa jurídica de direito privado e a natureza jurídica de seus atos como atividade econômica lato sensu. Em face disso, via de regra, aplica-se a **responsabilidade civil subjetiva** prevista no art. 927, caput c/c art. 186 do Código Civil, na hipótese de *responsabilidade extracontratual* ou no art. 389 do Código Civil, no caso de *responsabilidade contratual*, seja em relação ao Estado, seja em relação ao terceiro que se utiliza do serviço por ela prestado.

³⁴⁹ No entanto, conforme se verá adiante, no tocante à responsabilidade do Estado pelos danos causados a terceiros pelos agentes fomentados, tais características distintivas serão essenciais para o deslinde da questão.

Por fim, as exceções à regra geral decorrem de duas distintas justificativas: a) a regra contida no parágrafo único do art. 927 do Código Civil, que autoriza a fixação da responsabilidade objetiva em casos previstos em lei, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor³⁵⁰; e b) 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, 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.

6.3 DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO EM FACE DA ATIVIDADE PROMOCIONAL

A responsabilidade civil do Estado pela atividade administrativa de fomento no domínio social em face dos agentes fomentados e de terceiros, estes destinatários das atividades privadas objeto de fomento, aqueles destinatários da própria atividade administrativa promocional, é tema pouco explorado pela doutrina e jurisprudência pátria.

O tema, como se observa, insere-se integralmente na advertência do eminente professor Agustín Gordillo³⁵¹, segundo a qual “*a problemática da responsabilidade do Estado e de seus funcionários públicos, conjuntamente com a proteção administrativa e jurisdicional dos administrados, constitui-se um dos pontos essenciais do Direito Administrativo do século XX.*”

Comece-se, pois, pelo enfrentamento da questão sob à ótica dos agentes fomentados.

³⁵⁰ Com efeito, os serviços prestados pelos mencionados entes paraestatais aos cidadãos que deles necessitem **mediante remuneração**, atraem a incidência das regras de responsabilidade objetiva previstas na citada legislação consumerista³⁵⁰, em virtude da sua subsunção à norma contida no artigo 3º, § 2º, da Lei nº 8.078/90, prevalecendo, pois, a regra especial. Há que se ressaltar que acepção de serviço remunerado alcança apenas aqueles decorrentes do pagamento de tarifa ou preço público. Excluem-se, pois, os serviços prestados mediante recursos advindos do pagamento de taxas ou impostos, ou de qualquer outra espécie tributária.

³⁵¹ “La problemática de la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios públicos, conjuntamente con la protección administrativa y jurisdicional de los administrados, constituyó uno de los puntos esenciales del derecho administrativo del siglo xx. GORDILLO, Agustín. Tratado de derecho administrativo. tomo 2. 2ª edición. Fundación de Derecho Administrativo. Buenos Aires. 1998. XVII-1 – XVII-2.

6.3.1 Da responsabilidade civil do estado em face dos agentes fomentados

A atividade estatal fomentadora, como já se analisou no capítulo II, não se confunde com aquela relativa à prestação de serviços e nem com a referente ao exercício do poder de polícia. Trata-se, nos termos do conceito aqui formulado, de **“atividade administrativa pela qual o Estado incentiva as atividades dos particulares e de outras entidades públicas que atendam o interesse público assim consagrado pelo ordenamento jurídico positivo, com a conseqüente satisfação, de modo indireto e mediato, desse interesse, sem o emprego de meios coercitivos e sem o desempenho de serviços públicos”**. Destaquei.

Assim, no desempenho da referida atividade estatal, os agentes públicos podem vir a causar danos aos agentes fomentados. Uma vez preenchidos os pressupostos do dever de indenizar e, não havendo causas de exclusão do nexo de causalidade, caberá ao Estado o dever de reparar o dano suportado pelo agente fomentado.

Na mesma esteira, assim assevera Lúcia Valle Figueiredo³⁵²:

Vejamos, agora, quando e como vai se caracterizar a responsabilidade estatal pela atividade de fomento. [...] Se o Estado conseguir que a iniciativa privada se engaje em seu plano de desenvolvimento, deverá ele, o Estado, cumprir sua parte no acordo. Se descumprir, caberá responsabilidade, certamente, por promessas não respeitadas. Na verdade, se houver dano ao particular imputável ao Estado, este responde, e seu funcionário, aquele que causou o dano, responderá regressivamente.

Compartilha-se, como se vê, integralmente, das lições da eminente professora de Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Porém, qual a espécie de responsabilidade a ser adotada?

Entende-se que esta somente será passível de definição diante do caso concreto, em virtude da amplitude de formas que pode se revestir a atividade administrativa de fomento, cada qual, com as suas respectivas peculiaridades, a exemplo dos fomentos honoríficos, econômicos, psicológicos e jurídicos.

³⁵² Ibidem. p.97.

Logo, em se tratando de dano decorrente de ato comissivo do Estado, aplica-se a regra de responsabilidade objetiva, nos termos do art. 37, § 6º, da CF/88, e verificando aquele ser oriundo de ato omissivo do Estado, por descumprimento de dever legal que lhe competia observar, adota-se a regra de responsabilidade subjetiva, pela teoria da culpa do serviço ou culpa administrativa, sem prejuízo do acolhimento da presunção de culpa do Poder Público, caso assim se justifique, conforme analisado linhas atrás.

Apenas a título de exemplo, suponha-se que o Estado, visando ampliar e renovar os equipamentos médicos de entidades de saúde sem fins lucrativos, edite lei concedendo isenção tributária para a aquisição de tais produtos oriundos do exterior pelas referidas pessoas jurídicas, ante a justificativa da necessidade de novos equipamentos para o atendimento da população carente, mediante a implantação de novas tecnologias aqui ainda não desenvolvidas.

A Administração Pública, por seu turno, após editar Decreto para regulamentar o gozo desse benefício fiscal, e de ter conhecimento do fechamento de diversos negócios jurídicos por tais entes com essa finalidade, decide, antes destes ingressarem no País, alterar os critérios para o gozo do benefício fiscal até então em consonância com o texto legal, para exigir outros em total desacordo com aquele diploma legislativo.

Com isso, dá-se a impossibilidade de liberação de tais equipamentos junto à alfândega e a sua utilização por tais entidades, ocasionando-lhes danos. Ora, uma vez comprovada: i) *a existência de dano*; ii) *que este dano tenha sido praticado por agente público, agindo nessa qualidade*; e iii) *o nexo de causalidade entre o comportamento estatal e o dano*, surge o dever do Estado de reparar o dano.

O exemplo acima colacionado é uma das inúmeras situações hipotéticas que pode vir a ocorrer no mundo fenomênico. Logo, o que é importante destacar é que a atividade promocional do Estado, enquanto atividade administrativa, deve seguir os mesmos critérios de responsabilização àqueles aplicados no exercício da função administrativa.

Convém, no entanto, registrar o entendimento divergente de Célia Cunha Mello³⁵³ ao aqui adotado. Para a referida autora a atividade administrativa de fomento está sujeita à responsabilidade subjetiva, nos moldes do Direito Civil. São suas as palavras:

Sendo assim, quanto aos danos causados aos agentes fomentados, ou a terceiros, em decorrência da atividade de fomento – atividade, como se viu, que não se enquadra tecnicamente como serviço público -, a responsabilidade indenizatória sujeita-se à disciplina do Direito comum, que não prescinde do exame do elemento subjetivo da culpa, em sentido lato (culpa e dolo), entre os demais requisitos ensejadores da obrigação de indenizar. [...]

Todavia, a despeito de não restarem dúvidas de que o Estado, ou a entidade privada que lhe faça as vezes, responde objetivamente somente quando presta serviço público, e de que medida de intervenção econômica de tabelamento de preços, por exemplo, assim como o fomento público, não se caracteriza como tal, os tribunais pátrios, equivocadamente, têm responsabilizado, civilmente, o Estado pelos danos advindos de eventuais tabelamentos de preços, com fundamento no artigo 37, § 6º, da Constituição da República, que cogita da responsabilidade civil do Estado nos moldes objetivos.

Tratando-se de ato comissivo do Estado (intervenção na economia), realizada em desacordo com os princípios e fundamentos que informam a ordem econômica, e que acarretaram danos aos particulares, entende-se correta a adoção da teoria da responsabilidade objetiva.

Desse modo, com o devido acatamento aos entendimentos opostos, reafirma-se aqui que em se tratando de dano decorrente de ato comissivo do Estado, aplica-se a regra de responsabilidade objetiva, nos termos do art. 37, § 6º, da CF/88, e verificando aquele ser oriundo de ato omissivo do Estado, por descumprimento de dever legal que lhe competia observar, adota-se a regra de responsabilidade subjetiva, pela teoria da culpa do serviço ou culpa administrativa, sem prejuízo do acolhimento da presunção de culpa do Poder Público, caso assim se justifique.

³⁵³ MELLO, Célia Cunha. *O fomento da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.153-4.

Se a definição de critérios para a demarcação da responsabilidade do Estado em decorrência do exercício da ação promocional não dispensa maiores considerações, o mesmo não se pode dizer no que toca à eventual responsabilidade estatal em face de danos provocados pelos agentes fomentados, no exercício das atividades objeto da ação promocional pelo Poder Público. É o que se verá a seguir.

6.3.2 Da responsabilidade civil do estado pelos danos causados pelos agentes fomentados a terceiros

O instituto da responsabilidade civil do Estado tem suscitado, como não poderia deixar de ser, numa sociedade contemporânea, com multiciplidade de interesses e relações, um sem número de vivas questões que desafiam os cientistas do Direito e os Tribunais.

A identificação da existência ou da inexistência de responsabilidade do Estado pelos danos causados pelos agentes fomentados³⁵⁴ a terceiros, no exercício das atividades objeto da ação promocional pelo Poder Público, é sem sombra de dúvidas uma dessas intrincadas questões.

É que há enorme dificuldade em precisar o alcance da responsabilidade do Estado pelos danos causados por tais organizações, em virtude das características peculiares que as identificam, a teor das normas esparsas contidas no ordenamento jurídico pátrio. Quais sejam:

- a) **são pessoas jurídicas de direito privado** que não integram a organização centralizada ou descentralizada da Administração Pública;
- b) **não perseguem o lucro**, embora possam obter resultados positivos no desenvolvimento de suas atividades³⁵⁵;

³⁵⁴ Haja vista que o presente trabalho limita-se ao exame da atividade de fomento no domínio social, adotou-se como agentes fomentados, conforme já consignado em capítulo próprio, os seguintes entes: as *associações e fundações sem fins lucrativos com finalidades públicas* (que visam atender o interesse social e o bem comum, em contraposição àquelas de interesse mútuo); os serviços sociais autônomos e as cooperativas sociais. Relativamente às primeiras, destacam-se ainda aquelas qualificadas como Organizações Sociais, OSCIPs e de Utilidade Pública Federal.

³⁵⁵ Compreende-se por pessoas jurídicas de direito privado sem fins econômicos aquelas que não distribuem os seus excedentes ("superávit da atividade") entre os seus membros (diretores, associados, conselheiros, doadores etc.). É dizer, no exercício das suas atividades não estão impedidas de obterem resultados econômicos positivos ("superávit"), mas apenas de distribuí-los,

- c) almejam a **satisfação de interesses públicos**, de interesses gerais da coletividade, assim consagrados pelo ordenamento jurídico positivo;
- d) possuem, em razão dos seus objetivos sociais, um **regime jurídico híbrido**, com predominância das normas de Direito Privado, embora permeado por normas e princípios do Direito Público;
- f) estão sujeitas a um **maior controle do Estado**, mediante a **atividade administrativa de polícia**, em razão da atuação em áreas que abrangem interesses relevantes das sociedades: saúde, educação, previdência e assistência social;
- g) quando recebem recursos públicos, a título de fomento, para o desempenho de suas atividades sociais, estão obrigadas a **prestar contas** ao ente fomentador, sem prejuízo da fiscalização pelo Tribunal de Contas.

Deveras, em virtude das características acima arroladas, como visto no capítulo anterior, é que se afastou, em regra, a aplicação da norma inserta no art. 37, § 6º, da CF/88 a essas entidades.

Isso porque não se tratam de pessoas jurídicas que integrem a Administração Direta ou Indireta do Estado. Por outro lado, a par da sua natureza de pessoa jurídica de direito privado, não desempenham “serviços públicos”, por delegação do Poder Público (autorização, permissão ou concessão).

Com efeito, desenvolvem “*atividade econômica lato sensu*”, no âmbito da livre iniciativa. A sua criação, salvo duas hipóteses singulares, cujos efeitos serão adiante examinados – serviços sociais autônomos e organizações sociais criadas para absorverem entidades públicas –, se dá por livre e espontânea vontade dos particulares.

Ora, todos esses caracteres não podem ser ignorados pelo cientista do direito, na medida em que extraídos do próprio ordenamento jurídico positivo.

Se assim é, **via de regra**, não se pode imputar ao Estado responsabilidade, seja ela solidária ou subsidiária, pelos danos causados por tais entes privados a terceiros, no desenvolvimento de suas atividades sociais.

devendo revertê-los, integralmente, nos objetivos da entidade. Ressalte-se que o art. 53 do Código Civil, quando dispõe sobre as associações, adota a expressão “sem fins econômicos”.

A ressalva, já nesse momento, é necessária, posto que, em situações específicas admite-se a responsabilidade do Estado, conforme será exposto adiante.

Não obstante, retomando a análise aqui iniciada, convém reforçar os fundamentos jurídicos que afastam o dever estatal de reparar os danos causados por tais entes.

É verdade que, à luz da Constituição da República, as características acima elencadas seriam suficientes para afastá-la. No entanto, algumas outras considerações podem ser tecidas em abono à tese ora sustentada.

Inicialmente, não se pode esquecer que as entidades de Utilidade Pública Federal, as Beneficentes de Assistência Social, as Organizações Sociais e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, embora qualificadas como tais, possuem, como natureza jurídica a forma de associação ou fundação, nos termos do art. 44 do Código Civil.

É dizer, não se tratam de novas pessoas jurídicas de direito privado. O formato institucional adotado (forma jurídica) se mantém inalterado, embora tal qualificação possa conferir alguns efeitos não verificados nas demais associações e fundações de direito privado que almejem finalidades públicas, a exemplo da possibilidade de gozo de determinados benefícios fiscais e de pactos específicos com a Administração Pública, tais como o termo de parceria e o contrato de gestão.

Com isso, quer se dizer que, via de regra, a qualificação, por si só, não altera a essência desses agentes fomentados³⁵⁶, razão pela qual não cabe ao Estado responder pelos danos por elas causados a terceiros – e também pelas demais associações e fundações com finalidades públicas que não detenham tais qualificações -, no desempenho de suas atividades.

Sob outro prisma, há que se ressaltar que o fato de receberem recursos públicos, a título de fomento, para o desenvolvimento de suas atividades, a princípio também não se apresenta como fundamento revelador da responsabilidade estatal.

Relembre-se que as sociedades empresárias também podem vir a receber recursos públicos, mediante a atividade administrativa de fomento³⁵⁷ no domínio

³⁵⁶ Na presente análise não se incluem os serviços sociais autônomos, que serão objeto de considerações apartadas.

³⁵⁷ No tocante ao fomento destinado às sociedades empresárias, vale conferir: SOUTO, Marcos Juruena Villela. “Estímulos positivos”. In: OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de (Coord.). *Terceiro*

econômico. Ora, o simples incentivo estatal, por si só, a determinadas atividades econômicas ou regiões, à vista do interesse público, não atrai a responsabilidade do Estado na hipótese dessas sociedades empresárias virem a causar danos a terceiros, no exercício da atividade econômica.

Aliás, a própria idéia da atividade administrativa de fomento explicita a noção de incentivo. Nesse âmbito, o Estado incentiva, promove a atuação do particular. Sobressai daí que o Estado não atua, vale dizer, não desenvolve a atividade objeto da ação promocional. Cabe ao agente fomentado desenvolver as referidas prestações materiais por vontade e iniciativa próprias.

Logo, se o Estado não pratica os atos causadores do dano, não pode responder pelos mesmos. Poder-se-ia, no entanto, argumentar que a omissão estatal em fiscalizar as atividades desenvolvidas pelos agentes fomentados permitiu a prestação dos serviços de modo deficiente, o que atrairia a sua responsabilização, na medida em que contribuiu para a ocorrência do dano.

Ocorre que, conforme visto anteriormente, nessa hipótese, a conduta omissiva do Estado não foi a causa do evento danoso (a causa foi a conduta da entidade fomentada), mas uma condição para que este ocorresse.

No entanto, já se registrou que o ordenamento jurídico pátrio não adota a teoria da equivalência das condições, mas sim a teoria do dano direto e imediato ou da interrupção do nexo causal, acolhida no art. 403 do Código Civil (art. 1.060 do CC de 1916). Nesse sentido, pertinente a transcrição de trecho do voto do Ministro Moreira Alves, no Recurso Extraordinário nº 130.764/PR (JSTF 172/197 e RT 688/230):

Em nosso sistema jurídico, como resulta do disposto no artigo 1.060 do Código Civil, a teoria adotada quanto ao nexo de causalidade é a teoria do dano direto e imediato, também teoria da interrupção do nexo causal. Não obstante aquele dispositivo da codificação civil diga respeito à impropriamente denominada responsabilidade contratual, aplica-se ele também à responsabilidade extracontratual, inclusive a objetiva, até por ser aquela que, sem quaisquer considerações de ordem subjetiva, afasta os inconvenientes das duas outras teorias existentes: a da equivalência das condições e a da causalidade adequada. (cf Wilson Melo da Silva, Responsabilidade sem

culpa, ns. 78 e 79, pp. 128 e ss). Essa teoria, como bem demonstra Agostinho Alvim (da Inexecução das Obrigações, 5a ed, n. 226, p. 370) só admite o nexo de causalidade quando o dano é efeito necessário da uma causa, o que abarca o dano direto e imediato sempre e, por vezes, o dano indireto e remoto, quando, para a produção deste, não haja concausa sucessiva. Daí dizer Agostinho Alvim (loc. cit): 'Os danos indiretos ou remotos não se excluem, só por isso; em regra, não são indenizáveis, porque deixam de ser efeito necessário, pelo aparecimento de concausas. Suposto não existam estas, aqueles danos são indenizáveis'.

Portanto, a omissão do Estado no tocante ao dever de fiscalização dos agentes fomentados³⁵⁸, por si só, não é suficiente para desencadear o dever da Administração Pública de reparar o dano causado pelas referidas entidades aqui estudadas, embora não se afaste a possibilidade deste vir a responder, em casos excepcionais, desde que presentes os pressupostos relativos à responsabilidade subjetiva.

Nessa hipótese, aplicar-se-á a teoria da culpa do serviço – *o dever de fiscalização não foi exercido, foi exercido com atraso ou com falha*, e o dever do Estado de reparar o dano será *subsidiário*, adotando-se, para tanto, a regra geral prevista no art. 265 do Código Civil.

Nesse particular, ressalte-se que tanto o professor Silvio Luís Ferreira da Rocha³⁵⁹ como a professora Carolina Zancaner Zockun³⁶⁰, ao discorrerem sobre as organizações sociais, compartilham entendimento no sentido de que havendo o dever do Estado de fiscalizar o exercício de atividades que envolvam a utilização de recursos públicos e a ocorrência de dano em virtude de omissão estatal no cumprimento deste encargo, deve a Administração Pública responder subjetivamente, de acordo com a teoria da culpa do serviço.

³⁵⁸ Ressalte-se que o dever de fiscalização dos agentes fomentados pode decorrer tanto do exercício da atividade administrativa de polícia, ante a área de atuação relevante dessas entidades, como também da atividade administrativa de fomento, por meio de norma específica, a teor do disposto nos artigos 8º da Lei nº 9.637/98 (OS) e 11 da Lei nº 9.790/99 (OSCIP), ou ainda em decorrência de normas que disciplinem a transferência e a gestão de recursos públicos, a exemplo do disposto no art. 36 da Lei nº 11.768/2008.

³⁵⁹ ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. Op. cit., 2003. p.165.

³⁶⁰ ZOCKUN, Carolina Zancaner. *Da intervenção do Estado no domínio social*. São Paulo: no prelo. p.269.

À vista do até aqui exposto, conclui-se que o Estado, via de regra, não responde pelos danos causados pelos agentes fomentados a terceiros no desempenho das suas atividades, ainda que estas sejam objeto de fomento estatal, com exceção dos danos oriundos de ato omissivo do Poder Público, nos termos acima expostos.

Ressalte-se que esse entendimento não abrange os danos causados a terceiros pelos serviços sociais autônomos e pelas organizações sociais que desempenhem suas atividades mediante cessão de bens e servidores públicos, haja vista as peculiaridades que envolvem essas duas situações, e que atraem a responsabilidade da Administração Pública.

Antes de adentrar-se no exame dessas duas questões, cabe pontuar que a doutrina pátria apresenta entendimentos coincidentes e divergentes com relação a todos ou a alguns aspectos ora consignados.

Carolina Zancaner Zockun consigna entendimento no sentido de que o Estado não responde pelos danos causados a terceiros pelas entidades fomentadas, salvo as organizações sociais. Diz a autora:

Em primeiro lugar, cumpre ressaltar que o Estado não é responsável pela má prestação dos serviços que fomenta, salvo em única hipótese, que será tratada adiante. Assim, se uma entidade particular que serve desinteressadamente à coletividade, não cobrando remuneração pelo fornecimento de seus serviços, lesa um indivíduo, por ação ou omissão, caberá exclusivamente a ela responder, nos termos da lei civil, pelos danos que causou. Isto porque se não foi o Estado a agir, não pode ser ele responsabilizado pela atuação dos outros, ainda que tenha concedido auxílio financeiro de forma direta ou indireta. O Estado, portanto, não responde, em hipótese alguma, pelos danos que a entidade beneficente causar. Não há, nem mesmo, responsabilidade estatal subsidiária, já que a entidade é totalmente alheia à máquina estatal, bem como não se trata de prestadora de serviço público.

Luis Eduardo Patrone Regules³⁶¹, por seu turno, ao examinar, especificamente, as OSCIPs, conclui pela responsabilidade subjetiva do Estado,

³⁶¹ REGULES, Luis Eduardo Patrone. *Terceiro Setor - Regime Jurídico das OSCIPs*. São Paulo: Método, 2006. p.161.

com apoio na lição de Silvío Luís Ferreira da Rocha acerca das OS, além de entender se tratar de responsabilidade solidária:

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. Fala-se, portanto, em responsabilidade subjetiva na medida em que, além do nexo causal, haverá de se constatar a negligência do Estado. Entendemos, ainda, que a falha na fiscalização pode tornar o Estado responsável solidário perante terceiros.

Por fim, o entendimento de José dos Santos Carvalho Filho³⁶². De acordo com o autor, as OS e as OSCIPs respondem subjetivamente por seus atos, nos termos do Código Civil, e o Estado possui responsabilidade subsidiária:

Assim, se o dano é causado diretamente pela ação do parceiro privado, o dever indenizatório será disciplinado pela lei civil geral.

Entretanto, parece-nos nesse ponto aplicável a mesma solução já comentada a propósito de obras e serviços contratados pelo Estado. Na eventualidade de o parceiro privado não lograr satisfazer o crédito do lesado, o Estado-parceiro terá responsabilidade subsidiária, eis que em última análise o parceiro privado não deixa de ser um de seus agentes. Tal responsabilidade – enfatize-se – somente terá incidência mediante a consumação do devido suporte fático: a insolvência do parceiro privado diante do interesse do credor.

Com o devido respeito ao entendimento em sentido contrário, mantém aqui o posicionamento no sentido de que o Estado, via de regra, não responde pelos danos causados pelos agentes fomentados a terceiros no desempenho das suas atividades, ainda que estas sejam objeto de fomento estatal, com exceção dos danos oriundos de ato omissivo do Poder Público, nos termos acima expostos.

Os agentes fomentados, nesse campo, apenas a título de conclusão, não atuam como agentes do Estado, mas como entes que desenvolvem “atividades econômicas lato sensu”, no âmbito da livre iniciativa, por iniciativa e vontade própria, e que por atender interesse público assim considerado pelo ordenamento jurídico

³⁶² CARVALHO FILHO, José dos Santos. “Responsabilidade Civil das Pessoas de Direito Privado Prestadoras de Serviços Públicos”. In: FREITAS, Juarez (org.). Op. cit., 2006. p.155.

positivo, são fomentadas pelo Poder Público. Note-se, atuam de forma complementar à atuação estatal nesse campo, e não como agentes deste.

Nessa ordem de idéias, há duas situações que, como já dito, apartam-se dessa orientação – ao menos em parte, e por isso justificam a responsabilidade do Estado.

A primeira dela diz respeito aos serviços sociais autônomos. Já tivemos a oportunidade de traçar as características de tais entes privados no capítulo IV, assim como concluir que os mesmos, a par de certas características que os distinguem das demais organizações fomentadas – criação autorizada por lei e recebimento de receitas permanentes (contribuições parafiscais), respondem subjetivamente por seus atos, nos termos do Código Civil ou da legislação consumerista, esta na hipótese de remuneração pelos serviços prestados.

Se por um lado, as características das referidas pessoas jurídicas de direito privado não são suficientes para enquadrá-las na norma inserta no artigo 37, § 6º, da CF/88, por outro lado, não há como se afastar a vinculação jurídica do Estado com esses entes e a responsabilidade daquele com relação aos danos causados por estes.

Deveras, distintamente dos demais agentes fomentados, os serviços sociais autônomos, como visto, têm a sua criação autorizada por lei. Em outras palavras, não se trata de “iniciativa e vontade do particular”, mas do Estado. Sob outro prisma, o Poder Público, por meio de lei, assegura fonte de receita permanente a esses entes para que possam bem desenvolver suas atividades, quais sejam contribuições parafiscais de natureza compulsória (o que revela uma porção da manifestação de império). Ora, tais características distintivas autorizam admitir a responsabilidade subsidiária do Estado com relação aos danos causados a terceiros por atos daqueles agentes fomentados.

Por fim, tem-se ainda a possibilidade do Estado vir a responder por danos causados a terceiros por atos de agentes da Organização Social, em situações específicas.

De fato, conforme já se deixou consignado linhas atrás, acolhe-se a responsabilidade subjetiva como regra para tais organizações, salvo nos casos de responsabilidade objetiva prevista em lei infraconstitucional especial, nos termos do art. 927, parágrafo único; ou no caso das organizações sociais que substituam o

Estado no desempenho de serviço público a seu encargo ou sejam beneficiados com a cessão de bens e servidores públicos com ônus para a origem.

No que toca à segunda hipótese, não se pode ignorar, como já dito, à luz da Lei nº 9.637/98, a possibilidade de determinada entidade sem fins lucrativos (associação ou fundação de direito privado), qualificada como Organização Social, firmar contrato de gestão com o Poder Público e, não obstante isso, não absorver entidade federal extinta e nem ser beneficiada com a cessão de servidores públicos ou a destinação de bens.

Nesse caso, depreende-se que a OS desenvolve suas atividades como ente de colaboração com o Estado, nos moldes dos demais agentes fomentados (OSCIIP, Entidade de Utilidade Pública Federal, cooperativas sociais, associação com finalidade pública etc.). Segue-se, daí, não haver responsabilidade por parte do Estado pelas razões já expostas linhas atrás.

Isso, porém, não ocorre no caso das organizações sociais que substituam o Estado no desempenho de serviço público a seu encargo ou sejam beneficiados com a cessão de bens e servidores públicos com ônus para a origem.

Em outras palavras, 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.

Convém, nesse passo, retomar o exemplo anteriormente adotado: 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.

Ora, no exemplo aventado, emerge cristalino, é verdade, com amparo em normas legais evidentemente inconstitucionais, que não se está diante de legítima atividade administrativa de fomento, mas sim de transferência do dever constitucional do Estado de prestar serviço público de saúde ao particular, mediante a “fuga do regime jurídico administrativo”, o que justifica, então, a responsabilidade objetiva desta organização social **e a do Estado**, no que toca aos atos comissivos por ela praticados e subjetiva quanto aos seus atos omissivos³⁶³.

Enquadram-se nessa situação o próprio Laboratório Nacional de Luz Síncrotron, a ser absorvido pela organização social Associação Brasileira de Tecnologia de Luz Síncrotron – ABTLus, nos termos dos arts. 21 e 22 da Lei nº 9.637/98.

É que, consoante exposto nos capítulos precedentes, a atuação dos particulares no domínio social, à luz da Constituição da República, deve ser complementar à atuação do Estado. Vale dizer, o Estado não pode se desincumbir da prestação de serviços públicos a seu encargo, transferindo-os aos entes privados, por meio das organizações sociais.

A questão, como já se disse e agora se repisa, por pertinente, é tormentosa e está na pauta de julgamento do E. Supremo Tribunal Federal. Aguarda-se o acolhimento da inconstitucionalidade das normas que autorizam a instituição de organização social como substituto do Estado no que tange ao dever deste de prestação dos serviços públicos no domínio social (em especial, as normas contidas nos arts. 2º, 12 e 14 da Lei nº 9.637/98), admitindo-as tão somente como entes de colaboração com o ente estatal, oportunidade na qual restará superada a celeuma da responsabilidade civil dessas entidades (nessa hipótese, como parceira do Estado e não substituta, a responsabilidade será, como nas demais, sempre subjetiva, salvo os casos que porventura venham ser previstos em lei – art. 927, parágrafo único, do Código Civil).

Extrai-se do presente tópico as seguintes conclusões: O Estado responde pelos danos que causar ao agente fomentado, no exercício da atividade administrativa de fomento. Em se tratando de dano decorrente de ato estatal

³⁶³ Adota-se aqui a corrente doutrinária que sustenta a responsabilidade subjetiva nos casos de atos omissivos praticados pelo Estado ou por quem faça as suas vezes, conforme será tratado em tópico apartado, ante a divergência instalada no âmbito doutrinário e jurisprudencial, e que até hoje persiste.

comissivo, aplica-se a regra da *responsabilidade objetiva*, nos termos do art. 37, § 6º, da CF/88, e verificando aquele ser oriundo de ato estatal omissivo, por descumprimento de dever legal que lhe competia observar, adota-se a regra de *responsabilidade subjetiva*, pela teoria da culpa do serviço ou culpa administrativa, sem prejuízo do acolhimento da presunção de culpa do Poder Público, caso assim se justifique.

O Estado, via de regra, não responde pelos danos causados pelos agentes fomentados a terceiros, no exercício das atividades objeto de fomento, posto que essas pessoas jurídicas não integram a Administração Direta ou Indireta do Estado e nem desempenham “serviços públicos”, por delegação do Poder Público (autorização, permissão ou concessão). Ao revés, desenvolvem “*atividade econômica lato sensu*”, no âmbito da livre iniciativa. A sua criação se dá por livre e espontânea vontade dos particulares.

Há três exceções que atraem a responsabilidade civil do Estado: (i) quanto aos danos causados a terceiros pelos serviços sociais autônomos, no desempenho da atividade fomentada; (ii) quanto aos danos causados a terceiros pelas organizações sociais criadas para absorverem entidades públicas ou beneficiadas com a cessão de bens e servidores públicos com ônus para a origem; e (iii) nos casos de omissão estatal em fiscalizar as atividades desenvolvidas pelos agentes fomentados, cuja prestação deficiente tenha causado danos a terceiros. Nessas três hipóteses específicas o Estado, antes as justificativas já explicitadas, responde subsidiariamente.

6.4 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELOS DANOS CAUSADOS A TERCEIROS EM DECORRÊNCIA DE CONTRATO OU CONVÊNIO ADMINISTRATIVO NO ÂMBITO DO SUS

Os serviços de saúde, conforme já visto, integram o rol de serviços não-exclusivos do Estado, ou seja, que podem ser por ele prestados sob regime de Direito Público (serviços públicos) e que admitem o seu exercício pelos particulares, no âmbito da iniciativa privada (atividade econômica).

Há uma peculiaridade, em face do sistema de saúde adotado pela Carta Magna, a qual, a nosso ver, não se enquadra adequadamente na atividade administrativa de fomento aqui examinada.

Com efeito, o art. 198 da Lei Maior estabelece que as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um **sistema único**, organizado de acordo com as diretrizes ali fixadas.

O art. 199, *caput*, da Constituição, por seu turno, após dispor que a assistência à saúde é livre à iniciativa privada, estabelece no seu §1º que as **instituições privadas** poderão participar **de forma complementar** do **sistema único de saúde**, segundo diretrizes deste, mediante **contrato de direito público** ou **convênio**, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

Com o objetivo de regulamentar os referidos dispositivos constitucionais, foi editada a Lei nº 8.080/90, que disciplina o denominado Sistema Único de Saúde – SUS, integrado pelas 03 (três) esferas de governo e é constituído pela rede pública e complementado pelos serviços filantrópicos e privados – art. 4º.

De acordo com os arts. 24 a 26 do citado diploma legal, a participação complementar dos serviços privados será formalizada mediante **contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público**, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos. Os critérios e valores para a remuneração de serviços e os parâmetros de cobertura assistencial serão estabelecidos pela direção nacional do Sistema Único de Saúde (SUS), aprovados no Conselho Nacional de Saúde.

Ora, em virtude das disposições normativas acima colacionadas, tem-se que os serviços de saúde prestados pelas entidades filantrópicas e as demais sem fins lucrativos, encontram-se vinculados às diretrizes do referido Sistema Único de Saúde.

Deveras, dispõe o art. 7º da Lei nº 8.080/90:

Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e **os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS)**, são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;

II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;

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

- IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;
- V - direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde;
- VI - divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário;
- VII - utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática;
- VIII - participação da comunidade;
- IX - descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo:
 - a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios;
 - b) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde;
- X - integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico;
- XI - conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população;
- XII - capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência; e
- XIII - organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos.

Em face do regime jurídico especial no qual se desenvolvem os serviços de saúde no Sistema Único de Saúde, não se trata aqui de responsabilidade civil do Estado pela atividade administrativa de fomento no domínio social.

As entidades sem fins lucrativos e as filantrópicas prestam serviços de saúde, nessa hipótese, como agentes do Estado, mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público. Segue daí a responsabilidade civil objetiva do Estado (União, Estado, Distrito Federal ou Município) pelos danos causados a terceiro no âmbito do Sistema Único de Saúde.

A propósito, trago à colação julgado da C. 1ª Turma do E. Superior Tribunal de Justiça. Embora tenha aquela C. Corte decidido pela ilegitimidade passiva *ad causam* da União Federal, a respeitável decisão reconhece a responsabilidade civil objetiva do Município (e, portanto, a responsabilidade civil extracontratual do Estado - gênero) em face dos danos causados a terceiro por médico em atividade em hospital privado, cujo atendimento foi custeado pelo SUS. Confira-se a ementa:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 535, I E II, DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL.

ERRO MÉDICO. HOSPITAL PRIVADO. ATENDIMENTO CUSTEADO PELO SUS. RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO. OFENSA AOS ARTS. 7º, IX, A, E 18, I, X E XI, DA LEI 8.080/90. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. PRECEDENTES. PROVIMENTO.

1. Não viola o art. 535, I e II, do CPC, nem importa negativa de prestação jurisdicional, o acórdão que decide, motivadamente, todas as questões argüidas pela parte, julgando integralmente a lide.

2. A questão controvertida consiste em saber se a União possui legitimidade passiva para responder à indenização decorrente de erro médico ocorrido em hospital da rede privada localizado no município de Campo Bom/RS, durante atendimento custeado pelo SUS.

3. A Constituição Federal diz que a "saúde é direito de todos e dever do Estado" (art. 196), competindo ao "Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado" (art. 197), ressalvando-se, contudo, que as "ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada", constituindo um sistema único, organizado, entre outras diretrizes, com base na descentralização administrativa, "com direção única em cada esfera de governo" (art. 198, I).

4. A Lei 8.080/90 – que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes – prevê as atribuições e competências da União, Estados, Distrito Federal e Municípios quanto aos serviços de saúde pública.

5. Compete à União, na condição de gestora nacional do SUS: elaborar normas para regular as relações entre o sistema e os serviços privados contratados de assistência à saúde; promover a descentralização para os Estados e Municípios dos serviços e ações de saúde, respectivamente, de abrangência estadual e municipal; acompanhar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde, respeitadas as competências estaduais e municipais (Lei 8.080/90, art. 16, XIV, XV e XVII).

6. Os Municípios, entre outras atribuições, têm competência para planejar, organizar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde e gerir e executar os serviços públicos de saúde; participar do planejamento, programação e organização da rede regionalizada e hierarquizada do SUS, em articulação com sua direção estadual; celebrar contratos e convênios com entidades prestadoras de serviços privados de saúde, bem como controlar e avaliar sua execução; controlar e fiscalizar os procedimentos dos serviços privados de saúde (Lei 8.080/90, art. 18, I, II, X e XI).

7. As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o SUS serão desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da CF/88, obedecendo, entre outros, o princípio da descentralização político-administrativa, com "ênfase na descentralização dos serviços para os Municípios" (Lei 8.080/90, art. 7º, IX, a).

8. "Relativamente à execução e prestação direta dos serviços, a Lei atribuiu aos Municípios essa responsabilidade (art. 18, incisos I, IV e V, da Lei n.º 8.080/90), compatibilizando o Sistema, no particular, com o estabelecido pela Constituição no seu artigo 30, VII: 'Compete aos Municípios (...) prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população'" (REsp 873.196/RS, 1ª Turma, Rel. p/ acórdão Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 24.5.2007).

9. Recurso especial provido, para se reconhecer a ilegitimidade passiva da União. (STJ - RESP 717800 Processo: 200500073107 UF: RS Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA - DJE 30/06/2008)

Conclui-se, pois, que as entidades sem fins lucrativos e as filantrópicas quando prestam serviços de saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS, mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público, o fazem como agentes do Estado, razão pela qual não se trata aqui de responsabilidade civil do Estado pela atividade administrativa de fomento no domínio social.

6.5 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E ASPECTOS PROCESSUAIS

O dever do Estado de reparar o dano no âmbito do direito processual civil suscita inúmeras questões, como por exemplo, aquelas relacionadas à competência do Juízo, às prerrogativas de natureza processual, ao rito específico para a execução da sentença etc.

Para fins do presente trabalho, o tema sob análise exige, ao menos, a atenção a um aspecto de suma relevância sob a ótica do direito processual civil: o da *responsabilidade subsidiária* do Poder Público quanto à reparação dos danos causados a terceiros pelos agentes fomentados, no exercício da atividade objeto de fomento.

Deveras, quando se admite que tal responsabilidade estatal é solidária com a do agente fomentado, esta não suscita maiores controvérsias no âmbito do direito processual civil. É que nesta hipótese, sendo o Estado e a organização do terceiro setor responsáveis solidários, tanto pode o lesado propor ação contra ambos ou contra apenas um deles, visando obter a indenização a que faz jus.

A questão, no entanto, adquire relevo na hipótese de se admitir, como ora se admite, a responsabilidade civil subsidiária do Estado, vale dizer, que assegura a reparação dos danos pelo Poder Público somente depois de esgotados todos os bens e os meios de sua reparação pelo responsável originário ou primitivo (agente fomentado).

Conquanto se reconheça a responsabilidade subsidiária do ente estatal no plano do direito material, cumpre perquirir como esta se reflete no plano do direito processual civil, ou seja, o Estado deve responder conjuntamente com tais entes fomentados na mesma ação ou somente poderá ser acionado judicialmente após frustrada a execução da sentença em face do responsável originário ou primitivo (agente fomentado)?

A doutrina administrativista, de um modo geral, apenas assenta a idéia da responsabilidade estatal subsidiária, sem aprofundar no exame dos aspectos processuais que envolvem o acolhimento dessa diretriz.

Assim, é assente que a responsabilidade primária ou originária do Estado decorre de dano provocado pelo próprio ente político (União, Estado, Município, Distrito Federal) ou por suas autarquias ou fundações autárquicas, por meio da ação ou omissão de seus agentes.

Por seu turno, a responsabilidade subsidiária decorre de dano provocado por pessoas vinculadas ao Poder Público, sob variados títulos. Costuma-se apontar a vinculação das pessoas integrantes da sua Administração Indireta, as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos (concessionários e permissionários) e as que executam obras públicas por força de contratos administrativos.

Celso Antônio Bandeira de Mello³⁶⁴, ao sustentar a responsabilidade subsidiária dessas pessoas jurídicas, assim se manifesta:

Ademais, para fins de responsabilidade subsidiária do Estado, incluem-se também, as demais pessoas jurídicas de Direito Público auxiliares do Estado, bem como quaisquer outras, inclusive de Direito Privado, que, inobstante alheias à sua estrutura orgânica central, desempenham cometimentos estatais sob concessão ou delegação explícitas (concessionários de serviço público e delegados de função

³⁶⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., 2006. p.963.

pública) ou implícitas (sociedades de economia mistas e empresas do Estado em geral, quando no desempenho de serviço público propriamente dito). Isto porque não faria sentido que o Estado se esquivasse a responder subsidiariamente – ou seja, depois de exaustas as forças da pessoa alheia à sua intimidade estrutural – se a atividade lesiva só foi possível porque o Estado lhe colocou em mãos o desempenho da atividade exclusivamente pública geradora do dano.

José dos Santos Carvalho Filho³⁶⁵, por seu turno, assim se pronuncia sobre o tema:

Por conseguinte, não abonamos o pensamento de que o Poder Público tem responsabilidade solidária pelos danos causados por pessoa privada à qual compete prestar determinado serviço público, só pelo fato de ter havido a delegação do serviço. Trata-se, a nosso ver, de conclusão tipicamente passional, de caráter radical e afastada dos cânones jurídicos que regem a matéria. O Poder Público não é, repita-se, o segurador universal de todos os danos causados aos administrados. O que é importante é verificar a conduta administrativa. Se a Administração concorreu com a pessoa responsável para o resultado danoso (o que ocorre algumas vezes por negligência ou omissão administrativa), haverá realmente solidariedade; a Administração terá agido com culpa *in omittendo* ou *in vigilando*, podendo ser demandada juntamente com o autor do dano. Contudo, se a culpa é exclusiva da pessoa prestadora do serviço, a esta deve ser imputada a responsabilidade primária e ao Poder Público a responsabilidade subsidiária. Resulta, pois, nessa hipótese, que eventual demanda indenizatória deve ser dirigida em face exclusivamente do causador do dano, sendo a Administração parte ilegítima ad causam na referida ação.

Entendimento distinto é defendido por Lucas Rocha Furtado³⁶⁶, que ao discordar da conclusão dos autores acima colacionado, assim se manifesta:

Discordamos, com a devida vênia, da conclusão dos ilustres autores. Os danos causados pelas concessionárias de serviço público podem ensejar a responsabilidade da própria concessionária ou do poder público concedente. A razão para que um ou que outro sejam responsabilizados é distinta. Não há que se falar, em qualquer caso, em responsabilidade subsidiária do poder público. A subsidiariedade do poder público importaria em que poder público somente poderia ser

³⁶⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 18ªed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2007. p.505-506.

³⁶⁶ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p.1035-1036.

chamado a ressarcir os danos causados pelos concessionárias na eventualidade destas últimas não terem condições de fazê-lo. Admitida a tese da subsidiariedade, a vítima deveria propor a ação contra a concessionária e esgotar as possibilidades de obter o ressarcimento dos danos sofridos junto a essa entidade para poder propor ação contra o poder público. Não é dessa forma, todavia, que se desenvolve a responsabilidade civil do Estado pelos danos causados pelos delegatários de serviços públicos. A responsabilidade do Estado, no caso, é direta. Deve-se, todavia, ter cuidado para não confundir a causa da responsabilidade civil da concessionária com a do poder concedente.

Esse também parece ser o posicionamento de Yussef Said Cahali³⁶⁷, ao asseverar que:

Tratando-se de concessão de serviço público, permite-se reconhecer que, em função do disposto no art. 37, § 6º, da atual Constituição, o Poder Público concedente responde objetivamente pelos danos causados pelas empresas concessionárias, em razão da presumida falha da Administração na escolha da concessionária ou na fiscalização de suas atividades, desde que a concessão tenha por objeto a prestação de serviço público, atividade diretamente constitutiva do desempenho do serviço público; responsabilidade direta e solidária, desde que demonstrado que a falha na escolha ou na fiscalização da concessionária possa ser identificada como a causa do evento danoso. (b) Tratando-se de danos oriundos de comportamentos alheios à própria prestação do serviço público (ou privado autorizado), a responsabilidade do Poder Público reveste-se de caráter subsidiário ou complementar, porém, não em função de uma eventual insolvência da empresa concessionária, mas em função de omissão culposa na fiscalização da atividade da mesma.

Com o devido acatamento aos entendimentos em sentido contrário, acolhe-se no presente trabalho a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, no sentido de que há que se esgotar primeiro as forças dos agentes delegatários para que se possa compelir o Poder Público a reparar o dano por aqueles causados, antes as seguintes razões: i) os delegatários de serviços públicos são pessoas jurídicas com personalidade jurídica, patrimônio e capacidade próprios; ii) os danos suportados pelo terceiro decorrem da conduta comissiva ou omissiva dos delegatários; iii) a

³⁶⁷ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 3ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p.123-124.

responsabilidade direta e pessoal dos concessionários e permissionários está prevista no art. 25 da Lei nº 8.987/95.

Além das justificativas acima elencadas, há outra de relevo que decorre da interpretação do próprio art. 37, § 6º, da CF/88.

Entende-se que ao se admitir a responsabilidade direta e solidária do Poder Público na hipótese ora sob exame comprometida estará a finalidade da norma constitucional em tela, inclusive com a possibilidade de enriquecimento ilícito do delegatário do serviço público, a nosso ver, responsável originário do dever de indenizar.

Explica-se. Ao se permitir que o Estado responda direta e solidariamente pelo dano causado, seja em razão da falha na fiscalização, seja em razão da má escolha do agente, cabe ao lesado a escolha pelo ajuizamento da ação indenizatória em face do Poder Público, do agente delegado ou em face de ambos.

Ora, ao adotar a primeira opção, qual seja, o ajuizamento apenas em face do Estado, e uma vez condenado este como responsável pelo dano, ante a sua conduta omissiva, indaga-se: Poderá o Poder concedente ajuizar ação contra o concessionário sustentando que a causa do dano foi a conduta comissiva ou omissiva daquele? Poderá, por seu turno, o concessionário sustentar que a sua conduta foi apenas uma das condições para o evento danoso, porém, que a causa determinante, conforme reconhecido em sentença, foi a conduta omissiva do Estado?

Ressalte-se ainda que, via de regra, a conduta omissiva do Estado não é causa do evento danoso, mas sim condição para sua ocorrência, cabendo ao Poder Público o dever de indenizar apenas nas situações excepcionais em que se apure ser ela (a omissão estatal) causa direta e imediata, ou seja, causa determinante da lesão a direito de outrem.

Relembre-se, além disso, que sob o prisma do responsável, embora sejam distintas as causas do dever de indenizar (delegatário do serviço – falha na execução e Estado – omissão no dever de fiscalizar ou falha na escolha do agente), sob a ótica do lesado, importa apenas ser ressarcido do dano injustamente suportado. Em outras palavras, à vítima não é dado o direito de perceber dupla indenização pelo mesmo evento danoso, uma por parte do Estado e outra pelo delegatário. A reparação do dano é que poderá ser compartilhada entre os devedores (independente se acolher a responsabilidade solidária ou subsidiária).

Por fim, tem-se que mesmo se tratando de responsabilidade subsidiária, o Estado detém legitimidade passiva ad causam, em conjunto com o agente delegatário ou fomentado (nos casos em que há subsidiariedade).

Essa questão guarda certa semelhança com aquela discutida no âmbito do Direito do Trabalho, objeto do Enunciado do E. TST nº 331, que fixou orientação no sentido da responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelo pagamento de verbas trabalhistas, ante a inadimplência das empresas terceirizadas por ela contratadas. A propósito, ementa de decisão que reflete tal posicionamento:

RELAÇÃO DE EMPREGO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. "... salvo a hipótese de comprovada fraude documental, dispõe a Administração de todos os elementos jurídicos suficientes a garantir a execução plena do contrato administrativo de terceirização lícita de serviços especializados, razão pela qual eventual inadimplemento de obrigações trabalhistas por parte da contratada frente aos empregados, certamente contou com a conivência, ainda que sem culpa ou dolo, dos agentes públicos responsáveis, tanto na escolha da prestadora, donde decorreria a culpa in eligendo por parte da Administração, quanto na falta ou insuficiência de acompanhamento da execução do contrato, o que materializaria a culpa in vigilando. E nesta circunstância, o dever de indenizar do Estado decorre da previsão constante do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, que por força do princípio da hierarquia das leis sobrepõe-se à vedação de que trata o § 1º, do art. 71, da Lei 8.666/93." (Rodrigo Curado Fleury, em estudo publicado na edição de setembro da revista jurídica eletrônica "jus navegandi" (<http://www.jus.com.br>). Daí porque a evolução de entendimento pessoal para acompanhar a nova jurisprudência do C. TST (Enunciado 331, IV, da Súmula de Jurisprudência do C. TST, na redação dada pela Resolução nº 96/2000, in DJU de 18.09.2000), no sentido de que ***"O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (artigo 71 da Lei nº 8.666/93)."***³⁶⁸ Destaquei.

³⁶⁸ MERCANTE, Carolina Pereira. A responsabilidade subsidiária do Estado pelos encargos trabalhistas decorrentes da contratação de serviços terceirizados. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 566, 24 jan. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6209>>. Acesso em: 08/12/2008.

No caso aqui analisado - serviços sociais autônomos e organizações sociais que absorvam entidades públicas ou que recebam a cessão de servidores e bens públicos, não há como se afastar a idéia de que o Estado, nessas hipóteses específicas, também se beneficia com a atuação das mesmas. Em razão do bônus, impõe-se o ônus.

A sua integração à lide, no pólo passivo da ação de conhecimento, em conjunto com o agente fomentado – ainda que o dever de reparar o dano seja subsidiário, ou seja, somente após esgotados os recursos em face do devedor originário -, se justifica por imperativos de ordem processual e constitucional: i) permite ao ente estatal exercer o contraditório e a ampla defesa, na relação de direito material; ii) permite que eventual condenação conste do título executivo judicial, ante a sua participação na relação processual; iii) permite o prestígio ao princípio da economia processual e da efetividade do processo, na medida em que não se exige que outra demanda seja ajuizada, agora em face do Poder Público, muitas vezes após anos em litígio com o responsável originário.

Anote-se que, a condenação do ente estatal em título executivo (sentença) é requisito imprescindível para que se possa, no futuro, uma vez não encontrado patrimônio suficiente do responsável originário, compelir o Poder Público a reparar o dano.

A presente hipótese não se confunde com aquela relativa ao redirecionamento da execução fiscal em face de sócio de pessoa jurídica que não constou da certidão da dívida ativa. Entendeu o E. STF que neste último caso, ante a qualidade de responsável tributário, nos termos da Lei, ainda que não conste do título executivo extrajudicial, deve suportar a constrição de seus bens:

EXECUÇÃO FISCAL. LEGITIMAÇÃO PASSIVA. AS PESSOAS REFERIDAS NO INCISO III DO ARTIGO 135 DO CTN SÃO SUJEITOS PASSIVOS DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA, NA QUALIDADE DE RESPONSÁVEIS POR SUBSTITUIÇÃO, E, ASSIM SENDO, SE LHE APLICA O DISPOSTO NO ARTIGO 568, V, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, NÃO OBSTANTE SEUS NOMES NÃO CONSTAREM NO TÍTULO EXTRAJUDICIAL. ASSIM, PODEM SER CITADAS - E TER SEUS BENS PENHORADOS INDEPENDENTEMENTE DE PROCESSO JUDICIAL PREVIO PARA A VERIFICAÇÃO DA OCORRENCIA INEQUÍVOCA DAS CIRCUNSTANCIAS DE FATO ALUDIDAS NO ARTIGO 135, CAPUT, DO C.T.N., MATÉRIA ESSA QUE, NO ENTANTO, PODERA SER DISCUTIDA, AMPLAMENTE, EM EMBARGOS DE

EXECUTADO (ART-745, PARTE FINAL, DO C.P.C.).
RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO.
(RE 93491/MG - Relator: Min. MOREIRA ALVES – 2ª TURMA
– DJ 03/04/81)

Deveras, não se trata aqui das hipóteses de **legitimidade passiva ordinária** (devedor originário - art. 568 do CPC) ou **ordinária superveniente** (art. 568, II e III, do CPC – espólio, os herdeiros ou sucessores do devedor e novo devedor). De igual modo, não se enquadra nas hipóteses de **legitimidade passiva extraordinária** (art. 568, IV – fiador judicial, V – responsável tributário; art. 592, I – sucessor a título singular, II – sócio, IV cônjuge).

Logo, uma vez não encontrado patrimônio suficiente do responsável originário, somente poderá ser exigido do Poder Público a reparação do dano, se este tiver participado da relação processual e mediante título executivo judicial tenha sido condenado para tanto.

Com isso não se quer dizer que se exija a formação de litisconsórcio³⁶⁹ passivo entre o Estado e o agente fomentado para fins de determinar o dever indenizatório. Não há dúvidas de que o lesado, querendo, poderá ajuizar ação indenizatória apenas em face do responsável originário, causador do dano. No entanto, caso não logre êxito na reparação do dano, ante a insuficiência de bens ou insolvência daquele réu, deverá ajuizar nova ação em face do responsável subsidiário.

Ante todas as considerações expendidas, cumpre a seguir extrair as conclusões finais do presente trabalho.

³⁶⁹ Consoante nos ensina o eminente professor Sérgio Ferraz, a relação jurídica, via de regra, se estabelece por meio da angularização composta pelo autor, juiz e réu. Todavia, pode figurar nos pólos ativo ou passivo da relação ou em ambos, mais de uma pessoa. Tem-se, nessa hipótese, o instituto do litisconsórcio. A pluralidade de sujeitos da relação jurídica, seja ela ativa, seja ela passiva, denomina-se litisconsortes. Para maiores esclarecimentos sobre o tema, vide FERRAZ, Sérgio.

CONCLUSÕES FINAIS

A partir do advento da Constituição Federal de 1988, instalou-se entre nós – ao menos se pretende instalar –, um Estado Social e Democrático de Direito.

Os distintos plexos de normas jurídicas extraídas do Texto Constitucional revelam as notas essenciais desse modelo, quais sejam, respectivamente: (i) a intervenção estatal nos domínios econômico e social com vistas à realização da Justiça Social (Estado Social), a maior participação do povo na consecução dos interesses públicos, no processo decisório e na formação dos atos de governo (Estado Democrático) e a submissão do Estado e dos administrados à ordem jurídica, com a observância dos direitos e garantias fundamentais (Estado de Direito).

Para alcançar os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, previstos no art. 3º da Lei Maior, assegurando, por conseguinte, a Justiça Social, o Estado deve intervir na ordem econômica e social.

A intervenção estatal na ordem social, objeto do presente estudo, se dá de modo direto por meio da *prestação de serviços públicos* e de modo indireto por intermédio da *atividade administrativa de fomento*.

A par da identidade de regime jurídico, serviço público e atividade fomentadora não se confundem. No primeiro, o próprio Estado ou quem lhe faça as vezes (agente delegado) executa, de forma direta e imediata, a atividade material que satisfaça concretamente as necessidades coletivas, ao passo que na segunda, as referidas necessidades são satisfeitas de modo indireto e mediato, ou seja, o Poder Público incentiva as atividades dos particulares ou de outros entes públicos menores que as realizam. Haja vista que na outorga do incentivo ao agente fomentado não há o uso da coação, esta espécie de atividade administrativa também não se confunde com o poder de polícia.

O Constituinte de 1988, para tanto, demarcou, claramente, o espaço reservado à Administração Pública para a prestação de serviços públicos e aquele destinado ao desempenho da atividade de fomento. Esta última incide, principalmente, sobre as atividades econômicas desenvolvidas pelos particulares no âmbito da livre iniciativa, embora possa alcançar também as atividades de outros entes públicos menores.

À luz da Carta Magna, de igual modo, pode ser identificada, com clareza, os campos reservados ao Estado para a prestação de serviços públicos e ao particular para o exercício de atividade econômica, com ou sem finalidade lucrativa. Aqueles sob regime de Direito Público, esta sobre regime de Direito Privado.

Em face da relevância de determinadas atividades materiais para a sociedade, a Constituição da República atribui ao Estado o dever de assegurá-las à sociedade, por meio da prestação de serviços públicos, submetidas, portanto, a regime de Direito Público, além de permitir ao particular que as desenvolvam no âmbito da livre iniciativa, subordinadas ao regime de Direito Privado (com finalidade lucrativa) ou predominantemente de Direito Privado (sem finalidade lucrativa – organizações do Terceiro Setor). São exemplos: os serviços de saúde, educação, previdência e assistência social.

A atuação do particular no domínio social, como agente colaborador do Estado (organizações do Terceiro Setor), ou seja, o exercício das citadas atividades sem o intuito de lucro e com vistas à consecução das finalidades públicas e do bem comum, tem como característica central, o seu *caráter complementar* em face da atuação do Estado nessa área. Daí porque o ente estatal não pode se desvencilhar do encargo constitucional de prestar serviços públicos mediante a adoção exclusiva da atividade de fomento, na medida em que esta última alcança apenas uma **atuação complementar** do particular na área social, e não substitutiva da Administração Pública nesse âmbito.

A nítida separação entre o dever do Estado de prestar serviço público e o de desenvolver a atividade promocional não pode ser desprezada pelo legislador infraconstitucional no momento da edição das leis que disciplinem tais institutos, assim como pelo administrador público e pelo juiz, estes dois últimos quando da interpretação e aplicação dos respectivos instrumentos legislativos.

A obrigatoriedade da Administração Pública em prestar serviço público revela que atividade administrativa de fomento, calcada no princípio da subsidiariedade, não exige a adoção de um Estado Liberal, com a conseqüente atuação mínima do ente estatal nos domínios econômico e social, devendo o conteúdo e o alcance do mencionado princípio ser delimitado em consonância com as disposições constitucionais em vigor e não a partir de modelos alienígenas que não correspondam à nossa realidade jurídica, política, econômica e social.

A legítima atividade administrativa de fomento no domínio social deve obedecer os princípios que regem a Administração Pública, explícitos e implícitos no Texto Constitucional, em especial, os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade administrativa, publicidade, eficiência, razoabilidade, proporcionalidade e segurança jurídica.

A ação promocional do Estado pode alcançar as atividades desenvolvidas pelos particulares, no âmbito da livre iniciativa e sob regime de direito privado, ou por entes públicos menores, nas seguintes áreas consideradas de relevante interesse público: saúde, educação, assistência social, cultura, proteção do patrimônio cultural brasileiro, práticas desportivas, desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológica, meio ambiente, crianças, adolescentes e idosos - arts. 197, 199, 204, inciso II, 205, 213, 215, 216, 217, 218, 225, 227 e 230 todos da Constituição da República.

Há um campo fértil para o desenvolvimento da ação promocional no domínio social, com a inegável ampliação dos modelos de colaboração entre o Poder Público e os administrados para a consecução dos interesses públicos estabelecidos no ordenamento jurídico pátrio, a partir do advento da Constituição Federal de 1988, fruto da realidade sócio-econômica do País, do crescente aumento das demandas sociais e da impossibilidade do Estado de atendê-las.

Nos dias atuais, ganha relevo, pois, a sadia manutenção dessas relações jurídicas de cooperação entre o Estado e as organizações do Terceiro Setor. Todavia, o que se tem observado no plano infraconstitucional é a edição de leis esparsas que, a pretexto da promoção desse objetivo, extrapolam os marcos gizados na Constituição (em especial a não observância ao caráter complementar da atuação do agente fomentado), como por exemplo, a edição da Lei nº 9.637/98, que trata das Organizações Sociais.

A sistematização legislativa da atividade administrativa de fomento, nela incluindo-se a rígida disciplina dos instrumentos jurídicos para a sua implementação e os requisitos objetivos para a qualificação de agente fomentado e para a escolha do parceiro do Estado, tudo em consonância com os contornos traçados pela Constituição da República, é tarefa imprescindível e de máxima urgência.

Não se desconhece a dificuldade desse propósito, ante as peculiaridades que envolvem o tema e a necessidade de correção das inúmeras deficiências e omissões atualmente detectadas nos diversos diplomas legais esparsos. No entanto,

uma vez alcançada, produzirá inestimáveis benefícios ao País e à coletividade, na busca de um autêntico Estado Republicano.

À mingua dessa sistematização legislativa da atividade administrativa de fomento, e das deficiências e omissões dos diplomas legais ora em vigor, a responsabilidade civil do Estado e a do agente fomentado deve ser demarcada à luz da Constituição da República e da legislação infraconstitucional, haja vista a necessidade de análise do instituto sob as óticas do Direito Privado e do Direito Público.

Relativamente à responsabilidade civil dos agentes fomentados pelos danos causados ao Estado ou a terceiro que se utiliza dos serviços por elas prestados, *via de regra*, aplica-se a *responsabilidade civil subjetiva* prevista no art. 927, caput c/c art. 186 do Código Civil, na hipótese de responsabilidade extracontratual ou no art. 389 do Código Civil, no caso de responsabilidade contratual.

A exceção, ou seja, a aplicação da responsabilidade civil objetiva, se dá em duas hipóteses: (i) quando esta espécie de responsabilidade esteja prevista em lei específica, nos termos da autorização contida no parágrafo único do art. 927 do Código Civil, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor; e (ii) quando as organizações sociais forem constituídas com a finalidade de substituir o Estado no que toca ao seu dever de prestar serviços públicos e de burlar o regime jurídico administrativo, contrariando, assim, os limites da atuação complementar do particular no domínio social.

No que se refere ao Estado, este responde pelos danos que causar ao agente fomentado, no exercício da atividade administrativa de fomento. Em se tratando de dano decorrente de ato estatal comissivo, aplica-se a regra da responsabilidade objetiva, nos termos do art. 37, § 6º, da CF/88, e verificando aquele ser oriundo de ato estatal omissivo, por descumprimento de dever legal que lhe competia observar, adota-se a regra de responsabilidade subjetiva, pela teoria da culpa do serviço ou culpa administrativa, sem prejuízo do acolhimento da presunção de culpa do Poder Público, caso assim se justifique.

O Estado, *via de regra*, não responde pelos danos causados pelos agentes fomentados a terceiros, no exercício das atividades objeto de fomento, posto que essas pessoas jurídicas não que integram a Administração Direta ou Indireta do Estado e nem desempenham “serviços públicos”, por delegação do Poder Público (autorização, permissão ou concessão). Ao revés, desenvolvem “*atividade*

econômica lato sensu”, no âmbito da livre iniciativa. A sua criação se dá por livre e espontânea vontade dos particulares. No entanto, caso o prejuízo suportado pelo terceiro também decorra de ato comissivo do Estado, ou seja, haja concorrência entre ação do agente fomentado e da Administração Pública, esta responde objetivamente, porém, nessa hipótese, em face de seus atos próprios.

O recebimento de recursos públicos pelos agentes fomentados, a título de incentivo, para o desenvolvimento de suas atividades, de igual modo, não se apresenta como fundamento revelador da responsabilidade estatal. A idéia dessa espécie de atividade administrativa explicita a noção de promoção, apoio. Nesse âmbito, o Estado incentiva, promove a atuação do particular. Sobressai daí que este não atua, vale dizer, não desenvolve a atividade objeto da ação promocional. Cabe ao agente fomentado desenvolver as referidas prestações materiais por vontade e iniciativa próprias. Logo, se o Estado não pratica os atos causadores do dano, não pode responder pelos mesmos.

Nos casos de omissão estatal em fiscalizar as atividades desenvolvidas pelos agentes fomentados, cuja prestação deficiente tenha causado danos a terceiros, a conduta omissiva do Estado não foi a causa do evento danoso (a causa foi a conduta da entidade fomentada), mas uma condição para que este ocorresse. Haja vista que o ordenamento jurídico pátrio não adota a teoria da equivalência das condições, mas sim a teoria do dano direto e imediato ou da interrupção do nexo causal, acolhida no art. 403 do Código Civil (art. 1.060 do CC de 1916), a omissão do Estado no tocante ao dever de fiscalização dos agentes fomentados, por si só, não é suficiente para desencadear o dever da Administração Pública de reparar o dano causado.

O Estado, no tocante aos danos causados por atos omissivos, pode vir a ser responsabilizado em casos excepcionais, desde que sua conduta omissiva tenha concorrido diretamente para o evento danoso, e presentes os demais pressupostos relativos à responsabilidade subjetiva.

Há duas exceções que atraem, desde logo, a responsabilidade civil do Estado: (i) quanto aos danos causados a terceiros pelos serviços sociais autônomos, no desempenho da atividade fomentada; e (ii) quanto aos danos causados a terceiros pelas organizações sociais criadas para absorverem entidades públicas, também no exercício da atividade fomentada. Nessas duas hipóteses específicas o Estado responde subsidiariamente.

Na primeira hipótese, a responsabilidade civil do Estado se justifica porque os mencionados entes têm a sua criação autorizada por lei. Em outras palavras, não se trata de “iniciativa e vontade do particular”, mas do Estado. Sob outro prisma, o Poder Público, por meio de lei, assegura fonte de receita permanente a esses entes para que possam bem desenvolver suas atividades, quais sejam contribuições parafiscais de natureza compulsória (o que revela uma certa porção da manifestação de império). Essas características distintivas autorizam admitir a responsabilidade subsidiária do Estado com relação aos danos causados a terceiros por atos daqueles agentes fomentados.

Na segunda hipótese, a responsabilidade civil do Estado se justifica porque, com a absorção de entidades públicas pelas organizações sociais ou com o benefício da cessão de bens e servidores públicos com ônus para a origem, ainda que com amparo em normas legais vigentes (evidentemente inconstitucionais), não se está diante da legítima atividade administrativa de fomento, mas sim de transferência do dever constitucional do Estado de prestar serviço público ao particular, mediante a “fuga do regime jurídico administrativo”. Há, pois, nessa específica situação responsabilidade objetiva desta organização social e *a do Estado*, no que toca aos atos comissivos por ela praticados e subjetiva quanto aos seus atos omissivos. No entanto, ante a ausência de norma legal específica, adota-se, assim como no caso dos serviços sociais autônomos, a regra geral prevista no art. 265 do Código Civil, devendo ser esgotado, primeiramente, o patrimônio da organização social para, então, ser possível a responsabilização do Estado.

FONTES E BIBLIOGRAFIA

ALCÁZAR, Baena. *Sobre El concepto de fomento*. Disponível em : <http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1967_054_043.PDF>. Acesso em : 21/02/2008.

ALESSI, Renato. *La responsabilit  della pubblica amministrazione*. 3^aed. Milão: Giuffr , 1955.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo*. 12^aed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

ALVES, Francisco de Assis. *Funda es, Organiza es Sociais e Agências Executivas, Organiza es da Sociedade Civil de Interesse Público e Outras Modalidades de Presta o de Serviços Públicos*. São Paulo: LTr, 2000.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vida Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 11^aed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ARAÚJO, Valter Shuenquener de. "Terceiro Setor: A experiência brasileira". *Revista da Se o Judiciária do Rio de Janeiro*. Constitucional e Administrativo. n.14. Rio de Janeiro, julho de 2005.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constitui o*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985.

_____. *Hipótese de Incidência Tributária*. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

_____. "Serviço público e sua feição constitucional no Brasil". In: MODESTO, Paulo; MENDONÇA, Oscar (Coords.). *Direito do Estado*. Novos rumos. São Paulo: Max Limonad, 2001.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 21ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 25ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. 1ªed. vol.II. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

_____. *A teoria das Constituições Rígidas*. 3ªed. São Paulo: José Buashatsky Editor, 1980.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O Princípio de Subsidiariedade. Conceito e Evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BARBIERI, Carla Bertucci. *Desafios e Perspectivas Constitucionais*. São Paulo, no prelo (2006).

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. 1ªed. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1994.

BENACCHIO, Marcelo. *Pressupostos da responsabilidade civil objetiva extracontratual*. São Paulo, no prelo (2000).

BEZNOS, Clovis. “Transporte coletivo de passageiros e tráfego: o caso dos perueiros”. *Revista Diálogo Jurídico*. vol.I, n.6. Salvador: Centro de Atualização Jurídica, set. de 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 18/12/2008.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. São Paulo: Renovar, 2006.

BOBBIO, Noberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 7ªed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 21ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Convênios e outros repasses*. Brasília: TCU, 2003. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 18/12/2008.

CAETANO, Marcelo. *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 3ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

CAMPOS, Luiz Cláudio Marques. “Dicionário de termos relacionados ao Terceiro Setor”. *Integração: Revista Eletrônica do Terceiro Setor*. Ano 5. nº.12. São Paulo,

FGV, mar. 2002. Disponível em: <<http://integração.fgvsp.br/ano5/12/administrando.htm>>.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O Problema da Responsabilidade do Estado por Actos Lícitos*. Coimbra: Almedina, 1974.

CARDINALI, Adriana Laporta. *Direito Administrativo da ordem econômica na Constituição Federal de 1.988 – a intervenção indireta do Estado no domínio econômico*. São Paulo, no prelo (2008).

CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. 18ªed. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

_____. “Responsabilidade Civil das Pessoas de Direito Privado Prestadoras de Serviços Públicos”. *RERE - Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*. nº.13. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, jan/fev/mar 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 14/11/2008.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 6ªed. São Paulo: Saraiva, 1993.

CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. 6ªed. vol.I. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

CAVALCANTI, Amaro. *Responsabilidade do estado*. Rio de Janeiro, 1905.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 4ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

CICONELLO, Alexandre. *Terceiro Setor - Temas Polêmicos 1*. São Paulo: Peirópolis, 2004.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo: Editora RT, 1993.

CRETELLA JÚNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 17ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DALLARI, Adilson de Abreu. "Credenciamento". *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. n.5. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, jan./fev./mar. de 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 16/01/2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 17ªed. São Paulo: Saraiva, 1993.

DELACROIX, José Maria Barbé. "Actividad administrativa de fomento, concepto". In: AROZTEGUI, Cesar I.; BACARINI, Pablo L.; BARBÉ, José et. al. *Regimen administrativo de la actividad privada*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitária, 1990.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição Federal de 1.988*. 2ªed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. "500 Anos de direito administrativo brasileiro". *Revista Diálogo Jurídico*. n.10. Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, jan. de 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 04/08/2008.

_____. "O Direito Administrativo Brasileiro sob a influência dos Sistemas de Base Romanística e do Commom Law". *Revista Eletrônica de Direito Administrativo*

Econômico. n.8. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nov./dez. de 2006 - jan. de 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 21/02/2008.

_____. *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas*. 5ªed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. *Direito administrativo*. 21ªed. São Paulo: Atlas, 2008.

DIAS, José Aguiar. *Da responsabilidade civil*. vol.I. 8ªed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

_____. *Da responsabilidade civil*. vol.II. 8ªed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. vol.7. 16ªed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. 4ªed. Buenos Aires: Actualizada, 1995.

ESCOLA, Hector Jorge. *Compendio de Derecho Administrativo*. vol.II. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1990.

FALCONER, Andrés Pablo. *A Promessa do Terceiro Setor: um Estudo sobre a Construção do Papel das Organizações sem fins lucrativos e do seu Campo de Gestão*. São Paulo: Centro de Estudos em Administração do Terceiro Setor, 1999.

FARIA, Edimur Ferreira de. *Curso de Direito Administrativo Positivo*. 6ªed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. Tradução de Cláudia Toledo e Luiz Moreira. São Paulo: Landy, 2004.

FERNANDES, Luciana de Medeiros. "Subsidiariedade e Parceria: O Terceiro Setor (As organizações da sociedade civil)". *Revista ESMAFE*. TRF 5ª Região. n.6. Recife, Pernambuco, 2004.

FERRAZ, Sérgio. *Assistência litisconsorcial no direito processual civil: breves notas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 16ªed. São Paulo: Saraiva, 1987.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. "As organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público: considerações sobre seu regime jurídico". *Revista de Direito Administrativo*. n.217. Rio de Janeiro: Renovar, jul./set. 1999.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. "O devido processo legal e a responsabilidade do Estado por dano decorrente do planejamento". *Revista Diálogo Jurídico*. n.13. Salvador: CAJ - Centro de Atualização Jurídica, abril-maio 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 12/08/2008.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 8ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

_____. *Direito Público Estudos*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle da moralidade na Constituição*. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

_____. "A Lei de Responsabilidade Fiscal - notas essenciais e alguns aspectos da improbidade administrativa". *Revista Diálogo Jurídico*. vol.I. n.9. Salvador: CAJ - Centro de Atualização Jurídica, dez. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 14/07/2008.

FORTINI, Cristiana. “Organizações Sociais: Natureza Jurídica da Responsabilidade Civil das Organizações Sociais em face dos danos causados a terceiros”. *Revista Interesse Público*. vol.38. Porto Alegre: Notadez, jul.-ago. 2006.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. “Reflexões sobre a prestação de serviços públicos por Entidades do Terceiro Setor”. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*. n.6. Salvador, jun./jul./ago. 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>> . Acesso em: 21/02/2008.

FREITAS, Juarez. “Responsabilidade Civil do Estado e o Princípio da Proporcionalidade: vedação de excesso e de inoperância”. FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 9ªed. São Paulo: Saraiva, 2004.

GENESCÁ, Pedro Carpenter. *Os novos instrumentos contratuais na relação Estado-Terceiro Setor*. Rio de Janeiro, no prelo (2006).

GONÇALVES, José Artur Lima. “A Imunidade Tributária do Livro”. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). *Imunidade Tributária do Livro Eletrônico*. 2ªed. São Paulo: Atlas, 2003.

GORDILLO, Agustín A. *Introducción al Derecho Administrativo*. 2ªed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 12ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*. Coleção Temas de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade civil: circunstâncias naturalmente, legalmente e convencionalmente escusativas do dever de indenizar o dano*. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigoscl/giselda_excludentes.doc>. Acesso em: 16/12/2008.

HORTA, Raul Machado. *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 9ªed. São Paulo: Dialética, 2002.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

JUSTEN, Mônica Spezia. *A noção de serviço público no Direito Europeu*. São Paulo: Dialética, 2003.

LAUBADÈRE, André de; VENEZIA, Jean-Claude; GUDMEMET, Yves. *Traité de droit administratif*. 14ªed. t.1. Paris: L.G.D.J, 1996.

LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; MAZEAUD, Jean; CHABAS, François. *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civil Délictuelle et Contractuelle*. Paris: Éditions Montchrestien, 1978.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 11ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 23ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

_____. *Direito Administrativo Brasileiro*. 28ªed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Direito Administrativo Brasileiro*. 32ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

MELLO, Célia Cunha. *O fomento da Administração Pública*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003.

MENEZES, Aderson de. *Teoria Geral do Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 1965.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 2ªed. Tomo LIII. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1966.

MODESTO, Paulo. “Reforma do Estado, Formas de Prestação de Serviços ao Público e Parcerias Público-Privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de serviço público, serviços de relevância pública e serviço de exploração econômica para as parcerias público-privadas”. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. n.2. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, mai./jun./jul. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 18/12/2008.

_____. “Reforma do marco legal do Terceiro Setor no Brasil”. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*. n.05. Salvador, mar./abr./mai. 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 10/12/2008.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. “Problemas de Responsabilidade Civil do Estado”. In: JUAREZ, Freitas (Org.). *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. “Organizações sociais de colaboração (descentralização social e administração pública não-estatal)”. *Revista de Direito Administrativo*. n.210. Rio de Janeiro: Renovar, out./dez. 1997.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. Parte introdutória. Parte geral. Parte especial. 14ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MUKAI, Toshio. *Licitações e Contratos Públicos*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de (coord.). *Terceiro Setor, Empresas e Estado. Novas Fronteiras entre o Público e o Privado*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

OSÓRIO, Fábio Medina, SOUTO, Marcos Juruena Villela. Coordenadores. *Direito Administrativo – estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações e Entidades de Interesse Social. Aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários*. 4ªed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

PALASÍ, José Luis Villar. *Las Técnicas Administrativas de Fomento Y de Apoio al Precio Político*. Disponível em: <http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1954_014_011.PDF>. Acesso em: 03/03/2008.

PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo I – Parte Geral*. 15ªed. Madrid, Barcelona: Marcial Pons Ediciones Jurídicas Y Sociales, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 4ªed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

PEREIRA, Marcelo. "A escola do serviço público". *Revista Diálogo Jurídico*. n.11. Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, fev. 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 10/10/2007.

PINTO, Helena Elias. *Responsabilidade Civil do Estado por Omissão na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

PORTA, Marcos de Lima. "A Noção Jurídica da República". *Revista de direito constitucional e internacional*. vol.32. São Paulo, 2000.

POZAS, Jordana de. *Ensayo de una Teoría del Fomento en el Derecho Administrativo*. Disponível em: <http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/2/REP_048_040.pdf>. Acesso em: 02/06/2008.

RAFAEL, Edson José. *Fundações e direito*. 1ªed. São Paulo: Melhoramentos, 1997.

REGULES, Luis Eduardo Patrone. *Terceiro Setor Regime Jurídico das OSCIPs*. São Paulo: Método, 2006.

RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Tradução de Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981.

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

ROMANO, Santi. *Princípios de Direito Constitucional Geral*. Tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977.

SANTOS, José Anacleto Abduch. "Licitação e Terceiro Setor". In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (Coord.). *Terceiro Setor, Empresas e Estado. Novas Fronteiras entre o Público e o Privado*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

SANTOS, Márcia Walquiria Batista do. "Convênios e Consórcios". *Boletim de Direito Administrativo - BDA*. n.11 São Paulo: Editora NDJ, nov. 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Almiro do Couto. "Os indivíduos e o estado na realização de tarefas públicas". *Revista de Direito Administrativo*. n.209. Rio de Janeiro: Renovar, jul./set. 1997.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 7ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Instituições de direito civil*. 20ªed. vol.I. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 23ªed. Edição revista e atualizada por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. "Estímulos positivos". In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (Coord.). *Terceiro Setor, Empresas e Estado - Novas Fronteiras entre o Público e o Privado*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

SOUZA, Leandro Marins. *Tributação do Terceiro Setor no Brasil*. São Paulo: Dialética, 2004.

STIRN, Bernard. *A jurisdição administrativa*. Disponível em: <<http://www.ambafrance.org.br/abr/imagesdelafrance/jurisdiacao.htm>>. Acesso em: 07/05/2008.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

SZAZI, Eduardo. *Terceiro Setor: Regulação no Brasil*. São Paulo: Fundação Petrópolis, 2001.

TÁCITO, Caio. “Retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro”. *Revista de Direito Administrativo*. n.202. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

_____. “Direito administrativo participativo”. *Revista de Direito Administrativo*. n.209. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. “Perspectivas do direito administrativo no próximo milênio”. *Revista de Direito Administrativo*. n.212. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TOLEDO, Marcelo Certain. *Responsabilidade Patrimonial Extracontratual do Estado pelos Comportamentos Omissivos da Administração Pública*. São Paulo, no prelo (2004).

TORRES, Silvia Faber. *O princípio da subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo*. São Paulo; Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 4ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

VIOLIN, Tarso Cabral. *Uma análise crítica do ideário do “Terceiro Setor” no contexto neoliberal e as parcerias entre a Administração Pública e Sociedade Civil Organizada no Brasil*. Curitiba, no prelo (2006).

_____. “Estado, Ordem Social e Privatização. As terceirizações ilícitas da Administração Pública por meio das Organizações Sociais, OSCIPs e demais entidades do Terceiro Setor”. *RERE - Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*. n.12. Salvador, dez/jan/fev 2008. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 05/02/2009.

ZANCANER, Weida. *Da Responsabilidade Extracontratual da Administração Pública*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1981.

_____. “Razoabilidade e moralidade: princípios concretizadores do perfil constitucional do Estado Social e Democrático de Direito”. *Revista Diálogo Jurídico*. Ano I, n.9. Salvador: CAJ - Centro de Atualização Jurídica, dez. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 11/08/2008.

_____. “Responsabilidade do Estado, Serviço Público e os Direitos dos Usuários”. FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. *Da intervenção do Estado no domínio social*. São Paulo, no prelo (2008).

ZOCKUN, Maurício. *Regime Jurídico da Obrigação Tributária Acessória*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

ANEXOS

ANEXO 1 - LEGISLAÇÃO BÁSICA

LEI Nº 9.790, DE 23 DE MARÇO DE 1999.

Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

CAPÍTULO I - DA QUALIFICAÇÃO COMO ORGANIZAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO

Art. 1º Podem qualificar-se como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público as pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, desde que os respectivos objetivos sociais e normas estatutárias atendam aos requisitos instituídos por esta Lei.

§ 1º Para os efeitos desta Lei, considera-se sem fins lucrativos a pessoa jurídica de direito privado que não distribui, entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados ou doadores, eventuais excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplica integralmente na consecução do respectivo objeto social.

§ 2º A outorga da qualificação prevista neste artigo é ato vinculado ao cumprimento dos requisitos instituídos por esta Lei.

Art. 2º Não são passíveis de qualificação como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, ainda que se dediquem de qualquer forma às atividades descritas no art. 3º desta Lei:

- I - as sociedades comerciais;
- II - os sindicatos, as associações de classe ou de representação de categoria profissional;
- III - as instituições religiosas ou voltadas para a disseminação de credos, cultos, práticas e visões devocionais e confessionais;
- IV - as organizações partidárias e assemelhadas, inclusive suas fundações;
- V - as entidades de benefício mútuo destinadas a proporcionar bens ou serviços a um círculo restrito de associados ou sócios;
- VI - as entidades e empresas que comercializam planos de saúde e assemelhados;
- VII - as instituições hospitalares privadas não gratuitas e suas mantenedoras;
- VIII - as escolas privadas dedicadas ao ensino formal não gratuito e suas mantenedoras;
- IX - as organizações sociais;
- X - as cooperativas;

XI - as fundações públicas;

XII - as fundações, sociedades civis ou associações de direito privado criadas por órgão público ou por fundações públicas;

XIII - as organizações creditícias que tenham quaisquer tipo de vinculação com o sistema financeiro nacional a que se refere o art. 192 da Constituição Federal.

Art. 3º A qualificação instituída por esta Lei, observado em qualquer caso, o princípio da universalização dos serviços, no respectivo âmbito de atuação das Organizações, somente será conferida às pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujos objetivos sociais tenham pelo menos uma das seguintes finalidades:

I - promoção da assistência social;

II - promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico;

III - promoção gratuita da educação, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei;

IV - promoção gratuita da saúde, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei;

V - promoção da segurança alimentar e nutricional;

VI - defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável;

VII - promoção do voluntariado;

VIII - promoção do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza;

IX - experimentação, não lucrativa, de novos modelos sócio-produtivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito;

X - promoção de direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar;

XI - promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais;

XII - estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos que digam respeito às atividades mencionadas neste artigo.

Parágrafo único. Para os fins deste artigo, a dedicação às atividades nele previstas configura-se mediante a execução direta de projetos, programas, planos de ações correlatas, por meio da doação de recursos físicos, humanos e financeiros, ou ainda pela prestação de serviços intermediários de apoio a outras organizações sem fins lucrativos e a órgãos do setor público que atuem em áreas afins.

Art. 4º Atendido o disposto no art. 3º, exige-se ainda, para qualificarem-se como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, que as pessoas jurídicas interessadas sejam regidas por estatutos cujas normas expressamente disponham sobre:

I - a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e da eficiência;

II - a adoção de práticas de gestão administrativa, necessárias e suficientes a coibir a obtenção, de forma individual ou coletiva, de benefícios ou vantagens pessoais, em decorrência da participação no respectivo processo decisório;

III - a constituição de conselho fiscal ou órgão equivalente, dotado de competência para opinar sobre os relatórios de desempenho financeiro e contábil, e sobre as operações patrimoniais realizadas, emitindo pareceres para os organismos superiores da entidade;

IV - a previsão de que, em caso de dissolução da entidade, o respectivo patrimônio líquido será transferido a outra pessoa jurídica qualificada nos termos desta Lei, preferencialmente que tenha o mesmo objeto social da extinta;

V - a previsão de que, na hipótese de a pessoa jurídica perder a qualificação instituída por esta Lei, o respectivo acervo patrimonial disponível, adquirido com recursos públicos durante o período em que perdeu aquela qualificação, será transferido a outra pessoa jurídica qualificada nos termos desta Lei, preferencialmente que tenha o mesmo objeto social;

VI - a possibilidade de se instituir remuneração para os dirigentes da entidade que atuem efetivamente na gestão executiva e para aqueles que a ela prestam serviços específicos, respeitados, em ambos os casos, os valores praticados pelo mercado, na região correspondente a sua área de atuação;

VII - as normas de prestação de contas a serem observadas pela entidade, que determinarão, no mínimo:

a) a observância dos princípios fundamentais de contabilidade e das Normas Brasileiras de Contabilidade;

b) que se dê publicidade por qualquer meio eficaz, no encerramento do exercício fiscal, ao relatório de atividades e das demonstrações financeiras da entidade, incluindo-se as certidões negativas de débitos junto ao INSS e ao FGTS, colocando-os à disposição para exame de qualquer cidadão;

c) a realização de auditoria, inclusive por auditores externos independentes se for o caso, da aplicação dos eventuais recursos objeto do termo de parceria conforme previsto em regulamento;

d) a prestação de contas de todos os recursos e bens de origem pública recebidos pelas Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público será feita conforme determina o parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal.

Parágrafo único. É permitida a participação de servidores públicos na composição de conselho de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, vedada a percepção de remuneração ou subsídio, a qualquer título. (Incluído pela Lei nº 10.539, de 2002)

Art. 5º Cumpridos os requisitos dos arts. 3º e 4º desta Lei, a pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos, interessada em obter a qualificação instituída por esta Lei, deverá formular requerimento escrito ao Ministério da Justiça, instruído com cópias autenticadas dos seguintes documentos:

I - estatuto registrado em cartório;

II - ata de eleição de sua atual diretoria;

III - balanço patrimonial e demonstração do resultado do exercício;

IV - declaração de isenção do imposto de renda;

V - inscrição no Cadastro Geral de Contribuintes.

Art. 6º Recebido o requerimento previsto no artigo anterior, o Ministério da Justiça decidirá, no prazo de trinta dias, deferindo ou não o pedido.

§ 1º No caso de deferimento, o Ministério da Justiça emitirá, no prazo de quinze dias da decisão, certificado de qualificação da requerente como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público.

§ 2º Indeferido o pedido, o Ministério da Justiça, no prazo do § 1º, dará ciência da decisão, mediante publicação no Diário Oficial.

§ 3º O pedido de qualificação somente será indeferido quando:

I - a requerente enquadrar-se nas hipóteses previstas no art. 2º desta Lei;

II - a requerente não atender aos requisitos descritos nos arts. 3º e 4º desta Lei;

III - a documentação apresentada estiver incompleta.

Art. 7º Perde-se a qualificação de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, a pedido ou mediante decisão proferida em processo administrativo ou judicial, de iniciativa popular ou do Ministério Público, no qual serão assegurados, ampla defesa e o devido contraditório.

Art. 8º Vedado o anonimato, e desde que amparado por fundadas evidências de erro ou fraude, qualquer cidadão, respeitadas as prerrogativas do Ministério Público, é parte legítima para requerer, judicial ou administrativamente, a perda da qualificação instituída por esta Lei.

CAPÍTULO II DO TERMO DE PARCERIA

Art. 9º Fica instituído o Termo de Parceria, assim considerado o instrumento passível de ser firmado entre o Poder Público e as entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes, para o fomento e a execução das atividades de interesse público previstas no art. 3º desta Lei.

Art. 10. O Termo de Parceria firmado de comum acordo entre o Poder Público e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público discriminará direitos, responsabilidades e obrigações das partes signatárias.

§ 1º A celebração do Termo de Parceria será precedida de consulta aos Conselhos de Políticas Públicas das áreas correspondentes de atuação existentes, nos respectivos níveis de governo.

§ 2º São cláusulas essenciais do Termo de Parceria:

I - a do objeto, que conterá a especificação do programa de trabalho proposto pela Organização da Sociedade Civil de Interesse Público;

II - a de estipulação das metas e dos resultados a serem atingidos e os respectivos prazos de execução ou cronograma;

III - a de previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de resultado;

IV - a de previsão de receitas e despesas a serem realizadas em seu cumprimento, estipulando item por item as categorias contábeis usadas pela organização e o detalhamento das remunerações e benefícios de pessoal a serem pagos, com recursos oriundos ou vinculados ao Termo de Parceria, a seus diretores, empregados e consultores;

V - a que estabelece as obrigações da Sociedade Civil de Interesse Público, entre as quais a de apresentar ao Poder Público, ao término de cada exercício, relatório sobre a execução do objeto do Termo de Parceria, contendo comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados, acompanhado de prestação de contas dos gastos e receitas efetivamente realizados, independente das previsões mencionadas no inciso IV;

VI - a de publicação, na imprensa oficial do Município, do Estado ou da União, conforme o alcance das atividades celebradas entre o órgão parceiro e a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, de extrato do Termo de Parceria e de demonstrativo da sua execução física e financeira, conforme modelo simplificado estabelecido no regulamento desta Lei, contendo os dados principais da documentação obrigatória do inciso V, sob pena de não liberação dos recursos previstos no Termo de Parceria.

Art. 11. A execução do objeto do Termo de Parceria será acompanhada e fiscalizada por órgão do Poder Público da área de atuação correspondente à atividade fomentada, e pelos Conselhos de Políticas Públicas das áreas correspondentes de atuação existentes, em cada nível de governo.

§ 1º Os resultados atingidos com a execução do Termo de Parceria devem ser analisados por comissão de avaliação, composta de comum acordo entre o órgão parceiro e a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público.

§ 2º A comissão encaminhará à autoridade competente relatório conclusivo sobre a avaliação procedida.

§ 3º Os Termos de Parceria destinados ao fomento de atividades nas áreas de que trata esta Lei estarão sujeitos aos mecanismos de controle social previstos na legislação.

Art. 12. Os responsáveis pela fiscalização do Termo de Parceria, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou bens de origem pública pela organização parceira, darão imediata ciência ao Tribunal de Contas respectivo e ao Ministério Público, sob pena de responsabilidade solidária.

Art. 13. Sem prejuízo da medida a que se refere o art. 12 desta Lei, havendo indícios fundados de malversação de bens ou recursos de origem pública, os responsáveis pela fiscalização representarão ao Ministério Público, à Advocacia-Geral da União, para que requeiram ao juízo competente a decretação da indisponibilidade dos bens da entidade e o seqüestro dos bens dos seus dirigentes, bem como de agente público ou terceiro, que possam ter enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público, além de outras medidas consubstanciadas na Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, e na Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990.

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

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

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

Art. 14. A organização parceira fará publicar, no prazo máximo de trinta dias, contado da assinatura do Termo de Parceria, regulamento próprio contendo os procedimentos que adotará para a contratação de obras e serviços, bem como para compras com emprego de recursos provenientes do Poder Público, observados os princípios estabelecidos no inciso I do art. 4º desta Lei.

Art. 15. Caso a organização adquira bem imóvel com recursos provenientes da celebração do Termo de Parceria, este será gravado com cláusula de inalienabilidade.

CAPÍTULO III

DAS DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS

Art. 16. É vedada às entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público a participação em campanhas de interesse político-partidário ou eleitorais, sob quaisquer meios ou formas.

Art. 17. O Ministério da Justiça permitirá, mediante requerimento dos interessados, livre acesso público a todas as informações pertinentes às Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público.

Art. 18. As pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos, qualificadas com base em outros diplomas legais, poderão qualificar-se como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, desde que atendidos aos requisitos para tanto exigidos, sendo-lhes assegurada a manutenção simultânea dessas qualificações, até cinco anos contados da data de vigência desta Lei. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.216-37, de 2001)

§ 1º Findo o prazo de cinco anos, a pessoa jurídica interessada em manter a qualificação prevista nesta Lei deverá por ela optar, fato que implicará a renúncia automática de suas qualificações anteriores. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.216-37, de 2001)

§ 2º Caso não seja feita a opção prevista no parágrafo anterior, a pessoa jurídica perderá automaticamente a qualificação obtida nos termos desta Lei.

Art. 19. O Poder Executivo regulamentará esta Lei no prazo de trinta dias.

Art. 20. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 23 de março de 1999; 178º da Independência e 111º da República.

LEI Nº 9.637, DE 15 DE MAIO DE 1998.

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

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

CAPÍTULO I
DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

Seção I

Da Qualificação

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

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

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

- a) natureza social de seus objetivos relativos à respectiva área de atuação;
- b) finalidade não-lucrativa, com a obrigatoriedade de investimento de seus excedentes financeiros no desenvolvimento das próprias atividades;
- c) previsão expressa de a entidade ter, como órgãos de deliberação superior e de direção, um conselho de administração e uma diretoria definidos nos termos do estatuto, asseguradas àquele composição e atribuições normativas e de controle básicas previstas nesta Lei;
- d) previsão de participação, no órgão colegiado de deliberação superior, de representantes do Poder Público e de membros da comunidade, de notória capacidade profissional e idoneidade moral;
- e) composição e atribuições da diretoria;
- f) obrigatoriedade de publicação anual, no Diário Oficial da União, dos relatórios financeiros e do relatório de execução do contrato de gestão;
- g) no caso de associação civil, a aceitação de novos associados, na forma do estatuto;
- h) proibição de distribuição de bens ou de parcela do patrimônio líquido em qualquer hipótese, inclusive em razão de desligamento, retirada ou falecimento de associado ou membro da entidade;
- i) previsão de incorporação integral do patrimônio, dos legados ou das doações que lhe foram destinados, bem como dos excedentes financeiros decorrentes de suas atividades, em caso de extinção ou desqualificação, ao patrimônio de outra organização social qualificada no âmbito da União, da mesma área de atuação, ou ao patrimônio da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, na proporção dos recursos e bens por estes alocados;

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

Seção II

Do Conselho de Administração

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

I - ser composto por:

- a) 20 a 40% (vinte a quarenta por cento) de membros natos representantes do Poder Público, definidos pelo estatuto da entidade;
 - b) 20 a 30% (vinte a trinta por cento) de membros natos representantes de entidades da sociedade civil, definidos pelo estatuto;
 - c) até 10% (dez por cento), no caso de associação civil, de membros eleitos dentre os membros ou os associados;
 - d) 10 a 30% (dez a trinta por cento) de membros eleitos pelos demais integrantes do conselho, dentre pessoas de notória capacidade profissional e reconhecida idoneidade moral;
 - e) até 10% (dez por cento) de membros indicados ou eleitos na forma estabelecida pelo estatuto;
- II - os membros eleitos ou indicados para compor o Conselho devem ter mandato de quatro anos, admitida uma recondução;
- III - os representantes de entidades previstos nas alíneas "a" e "b" do inciso I devem corresponder a mais de 50% (cinquenta por cento) do Conselho;
- IV - o primeiro mandato de metade dos membros eleitos ou indicados deve ser de dois anos, segundo critérios estabelecidos no estatuto;
- V - o dirigente máximo da entidade deve participar das reuniões do conselho, sem direito a voto;
- VI - o Conselho deve reunir-se ordinariamente, no mínimo, três vezes a cada ano e, extraordinariamente, a qualquer tempo;
- VII - os conselheiros não devem receber remuneração pelos serviços que, nesta condição, prestarem à organização social, ressalvada a ajuda de custo por reunião da qual participem;
- VIII - os conselheiros eleitos ou indicados para integrar a diretoria da entidade devem renunciar ao assumirem funções executivas.
- Art. 4º Para os fins de atendimento dos requisitos de qualificação, devem ser atribuições privativas do Conselho de Administração, dentre outras:
- I - fixar o âmbito de atuação da entidade, para consecução do seu objeto;
 - II - aprovar a proposta de contrato de gestão da entidade;
 - III - aprovar a proposta de orçamento da entidade e o programa de investimentos;
 - IV - designar e dispensar os membros da diretoria;
 - V - fixar a remuneração dos membros da diretoria;
 - VI - aprovar e dispor sobre a alteração dos estatutos e a extinção da entidade por maioria, no mínimo, de dois terços de seus membros;
 - VII - aprovar o regimento interno da entidade, que deve dispor, no mínimo, sobre a estrutura, forma de gerenciamento, os cargos e respectivas competências;
 - VIII - aprovar por maioria, no mínimo, de dois terços de seus membros, o regulamento próprio contendo os procedimentos que deve adotar para a contratação de obras, serviços, compras e alienações e o plano de cargos, salários e benefícios dos empregados da entidade;
 - IX - aprovar e encaminhar, ao órgão supervisor da execução do contrato de gestão, os relatórios gerenciais e de atividades da entidade, elaborados pela diretoria;
 - X - fiscalizar o cumprimento das diretrizes e metas definidas e aprovar os demonstrativos financeiros e contábeis e as contas anuais da entidade, com o auxílio de auditoria externa.

Seção III

Do Contrato de Gestão

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

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

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

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

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

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

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

Seção IV

Da Execução e Fiscalização do Contrato de Gestão

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

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

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

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

Art. 9º Os responsáveis pela fiscalização da execução do contrato de gestão, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou bens de origem

pública por organização social, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.

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

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

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

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

Seção V

Do Fomento às Atividades Sociais

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

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

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

§ 2º Poderá ser adicionada aos créditos orçamentários destinados ao custeio do contrato de gestão parcela de recursos para compensar desligamento de servidor cedido, desde que haja justificativa expressa da necessidade pela organização social.

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

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

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

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

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

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

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

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

Seção VI

Da Desqualificação

Art. 16. O Poder Executivo poderá proceder à desqualificação da entidade como organização social, quando constatado o descumprimento das disposições contidas no contrato de gestão.

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

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

CAPÍTULO II

DAS DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

I - os servidores integrantes dos quadros permanentes dos órgãos e das entidades extintos terão garantidos todos os direitos e vantagens decorrentes do respectivo cargo ou emprego e integrarão quadro em extinção nos órgãos ou nas entidades indicados no Anexo II, sendo facultada aos órgãos e entidades supervisoras, ao seu critério exclusivo, a cessão de servidor, irrecusável para este, com ônus para a origem, à organização social que vier a absorver as correspondentes atividades, observados os §§ 1º e 2º do art. 14;

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

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

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

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

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

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

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

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

Art. 24. São convalidados os atos praticados com base na Medida Provisória nº 1.648-7, de 23 de abril de 1998.

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

Brasília, 15 de maio de 1998; 177º da Independência e 110º da República.

ANEXO I (Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998)

ÓRGÃO E ENTIDADE EXTINTOS	ENTIDADE AUTORIZADA A SER QUALIFICADA	REGISTRO CARTORIAL
Laboratório Nacional de Luz Síncrotron	Associação Brasileira de Tecnologia de Luz Síncrotron - ABTLus	Primeiro Ofício de Registro de Títulos e Documentos da Cidade de Campinas - SP, nº de ordem 169367, averbado na inscrição nº 10.814, Livro A-36, Fls 01.
Fundação Roquette Pinto	Associação de Comunicação Educativa Roquette Pinto - ACERP	Registro Civil das Pessoas Jurídicas, Av. Pres. Roosevelt, 126, Rio de Janeiro - RJ, apontado sob o nº de ordem 624205 do protocolo do Livro A nº 54, registrado sob o nº de ordem 161374 do Livro A nº 39 do Registro Civil das Pessoas Jurídicas.

ANEXO II (Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998)

ÓRGÃO E ENTIDADE EXTINTOS	QUADRO EM EXTINÇÃO
Laboratório Nacional de Luz Síncrotron	Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - CNPq
Fundação Roquette Pinto	Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado

LEI Nº 9.867, DE 10 DE NOVEMBRO DE 1999.

Dispõe sobre a criação e o funcionamento de Cooperativas Sociais, visando à integração social dos cidadãos, conforme especifica.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º As Cooperativas Sociais, constituídas com a finalidade de inserir as pessoas em desvantagem no mercado econômico, por meio do trabalho, fundamentam-se no interesse geral da comunidade em promover a pessoa humana e a integração social dos cidadãos, e incluem entre suas atividades:

I – a organização e gestão de serviços socio sanitários e educativos; e

II – o desenvolvimento de atividades agrícolas, industriais, comerciais e de serviços.

Art. 2º Na denominação e razão social das entidades a que se refere o artigo anterior, é obrigatório o uso da expressão "Cooperativa Social", aplicando-se-lhes todas as normas relativas ao setor em que operarem, desde que compatíveis com os objetivos desta Lei.

Art. 3º Consideram-se pessoas em desvantagem, para os efeitos desta Lei:

I – os deficientes físicos e sensoriais;

II – os deficientes psíquicos e mentais, as pessoas dependentes de acompanhamento psiquiátrico permanente, e os egressos de hospitais psiquiátricos;

III – os dependentes químicos;

IV – os egressos de prisões;

V – (VETADO)

VI – os condenados a penas alternativas à detenção;

VII – os adolescentes em idade adequada ao trabalho e situação familiar difícil do ponto de vista econômico, social ou afetivo.

§ 1º (VETADO)

§ 2º As Cooperativas Sociais organizarão seu trabalho, especialmente no que diz respeito a instalações, horários e jornadas, de maneira a levar em conta e minimizar as dificuldades gerais e individuais das pessoas em desvantagem que nelas trabalharem, e desenvolverão e executarão programas especiais de treinamento com o objetivo de aumentar-lhes a produtividade e a independência econômica e social.

§ 3º A condição de pessoa em desvantagem deve ser atestada por documentação proveniente de órgãos da administração pública, ressalvando-se o direito à privacidade.

Art. 4º O estatuto da Cooperativa Social poderá prever uma ou mais categorias de sócios voluntários, que lhe prestem serviços gratuitamente, e não estejam incluídos na definição de pessoas em desvantagem.

Art. 5º (VETADO)

Parágrafo único. (VETADO)

Art. 6º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 10 de novembro de 1999; 178º da Independência e 111º da República.

LEI Nº 91, DE 28 DE AGOSTO DE 1935.

Determina regras pelas quaes são as sociedades declaradas de utilidade publica.

O Presidente da Republica dos Estados Unidos do Brasil: Faço saber que o Poder Legislativo decreta e eu sanciono a seguinte lei:

Art 1º As sociedades civis, as associações e as fundações constituídas no paiz com o fim exclusivo de servir desinteressadamente á collectividade podem ser declaradas de utilidade publica, provados os seguintes requisitos:

- a) que adquiriram personalidade juridica;
- b) que estão em effectivo funcionamento e servem desinteressadamente á collectividade;
- c) que os cargos de sua diretoria, conselhos fiscais, deliberativos ou consultivos não são remunerados. (Redação dada pela Lei nº 6.639, de 8.5.1979)

Art. 2º A declaração de utilidade publica será feita em decreto do Poder Executivo, mediante requerimento processado no Ministerio da Justiça e Negocios Interiores ou, em casos excepcionaes, *ex-officio* .

Paragrapho unico. O nome e caracteristicos da sociedade, associação ou fundação declarada de utilidade publica serão inscriptos em livro especial, a esse fim destinado.

Art. 3º Nenhum favor do Estado decorrerá do titulo de utilidade publica, salvo a garantia do uso exclusivo, pela sociedade, associação ou fundação, de emblemas, flammulas, bandeiras ou distinctivos proprios, devidamente registrados no Ministerio da Justiça e a da menção do titulo concedido.

Art 4º As sociedades, associações e fundações declaradas de utilidade publica ficam obrigadas a apresentar todo os annos, excepto por motivo de ordem superior reconhecido,a criterio do ministerio de Estado da Justiça e Negocios Interiores,relação circunstanciada dos serviços que houverem prestado á collectividade.

Paragrapho unico. Será cassada a declaração de utilidade publica, no caso de infracção deste dispositivo, ou se, por qualquer motivo, a declaração exigida não for apresentada em tres annos consecutivos.

Art 5º Será tambem cassada a declaração de utilidade publica, mediante representação documentada do Orgão do Ministerio Publico, ou de qualquer interessado, da séde da sociedade, associação ou fundação, sempre que se provar que ella deixou de preencher qualquer dos requisitos do art. 1º.

Art. 6º Revogam as disposições em contrario.

Rio de Janeiro, 28 de agosto de 1935; 114º da Independencia e 47º da Republica.

GETULIO VARGAS

Vicente Ráo

ANEXO II - JURISPRUDÊNCIA

1. TEORIA DO DANO DIRETO E IMEDIATO

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANO DECORRENTE DE ASSALTO POR QUADRILHA DE QUE FAZIA PARTE PRESO FORAGIDO VÁRIOS MESES ANTES.

- A responsabilidade do Estado, embora objetiva por força do disposto no artigo 107 da Emenda Constitucional n. 1/69 (e, atualmente, no parágrafo 6. do artigo 37 da Carta Magna), não dispensa, obviamente, o requisito, também objetivo, do nexo de causalidade entre a ação ou a omissão atribuída a seus agentes e o dano causado a terceiros.

- Em nosso sistema jurídico, como resulta do disposto no artigo 1.060 do Código Civil, a teoria adotada quanto ao nexo de causalidade e a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexo causal. Não obstante aquele dispositivo da codificação civil diga respeito a impropriamente denominada responsabilidade contratual, aplica-se ele também a responsabilidade extracontratual, inclusive a objetiva, até por ser aquela que, sem quaisquer considerações de ordem subjetiva, afasta os inconvenientes das outras duas teorias existentes: a da equivalência das condições e a da causalidade adequada.

- No caso, em face dos fatos tidos como certos pelo acórdão recorrido, e com base nos quais reconheceu ele o nexo de causalidade indispensável para o reconhecimento da responsabilidade objetiva constitucional, e inequívoco que o nexo de causalidade inexistente, e, portanto, não pode haver a incidência da responsabilidade prevista no artigo 107 da Emenda Constitucional n. 1/69, a que corresponde o parágrafo 6. do artigo 37 da atual Constituição. Com efeito, o dano decorrente do assalto por uma quadrilha de que participava um dos evadidos da prisão não foi o efeito necessário da omissão da autoridade pública que o acórdão recorrido teve como causa da fuga dele, mas resultou de concausas, como a formação da quadrilha, e o assalto ocorrido cerca de vinte e um meses após a evasão. Recurso extraordinário conhecido e provido. (STF - RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Processo: 130764 UF: PR - PARANA - DJ 07-08-1992 - Relator MOREIRA ALVES)

2. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA PELA TEORIA DA “CULPA DO SERVIÇO” – ATO OMISSIVO

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. DANO MORAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO E DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO. ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO: MORTE DE PRESIDIÁRIO POR OUTRO PRESIDIÁRIO: RESPONSABILIDADE SUBJETIVA: CULPA PUBLICIZADA: FAUTE DE SERVICE. C.F., art. 37, § 6º.

I. - A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo,

ocorre diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde que haja nexos causal entre o dano e a ação administrativa.

II. - Essa responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, admite pesquisa em torno da culpa da vítima, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade da pessoa jurídica de direito público ou da pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público.

III. - Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, numa de suas três vertentes, negligência, imperícia ou imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a faute de service dos franceses.

IV. - Ação julgada procedente, condenado o Estado a indenizar a mãe do presidiário que foi morto por outro presidiário, por dano moral. Ocorrência da faute de service.

V. - R.E. não conhecido. (STF - RECURSO EXTRAORDINÁRIO - Processo: 179147 UF: SP - SÃO PAULO DJ 27-02-1998 - Relator CARLOS VELLOSO)

3. RESPONSABILIDADE OBJETIVA PELA TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO – ATO OMISSIVO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO: § 6º DO ART. 37 DA MAGNA CARTA. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. AGENTE PÚBLICO (EX-PREFEITO). PRÁTICA DE ATO PRÓPRIO DA FUNÇÃO. DECRETO DE INTERVENÇÃO.

O § 6º do artigo 37 da Magna Carta autoriza a proposição de que somente as pessoas jurídicas de direito público, ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, é que poderão responder, objetivamente, pela reparação de danos a terceiros. Isto por ato ou omissão dos respectivos agentes, agindo estes na qualidade de agentes públicos, e não como pessoas comuns.

Esse mesmo dispositivo constitucional consagra, ainda, dupla garantia: uma, em favor do particular, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público, ou de direito privado que preste serviço público, dado que bem maior, praticamente certa, a possibilidade de pagamento do dano objetivamente sofrido. Outra garantia, no entanto, em prol do servidor estatal, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (STF - RECURSO EXTRAORDINÁRIO - Processo: 327904 UF: SP - SÃO PAULO - DJ 08-09-2006 - Relator CARLOS BRITTO)

“RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ARTIGO 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. LATROCÍNIO COMETIDO POR FORAGIDO. NEXO DE CAUSALIDADE CONFIGURADO. PRECEDENTE. A NEGLIGÊNCIA ESTATAL NA VIGILÂNCIA DO CRIMINOSO, A INÉRCIA DAS AUTORIDADES POLICIAIS DIANTE DA TERCEIRA FUGA E O CURTO ESPAÇO DE TEMPO QUE SE SEGUIU ANTES DO CRIME SÃO SUFICIENTES PARA CARACTERIZAR O NEXO DE CAUSALIDADE. ATO OMISSIVO DO ESTADO QUE ENSEJA A RESPONSABILIDADE OBJETIVA

NOS TERMOS DO DISPOSTO NO ARTIGO 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.” (STF - RE 573.595-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 24-6-08, DJE de 15-8-08)

4. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO.

“A INTERVENÇÃO ESTATAL NA ECONOMIA, MEDIANTE REGULAMENTAÇÃO E REGULAÇÃO DE SETORES ECONÔMICOS, FAZ-SE COM RESPEITO AOS PRINCÍPIOS E FUNDAMENTOS DA ORDEM ECONÔMICA. CF, ART. 170. O PRINCÍPIO DA LIVRE INICIATIVA É FUNDAMENTO DA REPÚBLICA E DA ORDEM ECONÔMICA: CF, ART. 1º, IV; ART. 170. FIXAÇÃO DE PREÇOS EM VALORES ABAIXO DA REALIDADE E EM DESCONFORMIDADE COM A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL AO SETOR: EMPECILHO AO LIVRE EXERCÍCIO DA ATIVIDADE ECONÔMICA, COM DESRESPEITO AO PRINCÍPIO DA LIVRE INICIATIVA. CONTRATO CELEBRADO COM INSTITUIÇÃO PRIVADA PARA O ESTABELECIMENTO DE LEVANTAMENTOS QUE SERVIRIAM DE EMBASAMENTO PARA A FIXAÇÃO DOS PREÇOS, NOS TERMOS DA LEI. TODAVIA, A FIXAÇÃO DOS PREÇOS ACABOU REALIZADA EM VALORES INFERIORES. ESSA CONDUTA GEROU DANOS PATRIMONIAIS AO AGENTE ECONÔMICO, VALE DIZER, À RECORRENTE: OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR POR PARTE DO PODER PÚBLICO. CF, ART. 37, § 6º. PREJUÍZOS APURADOS NA INSTÂNCIA ORDINÁRIA, INCLUSIVE MEDIANTE PERÍCIA TÉCNICA.” (STF - RE 422.941, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 6-12-05, DJ de 24-3-06)

5. EXCLUDENTES DO NEXO CAUSAL

“A DISCUSSÃO RELATIVA À RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL DO ESTADO, REFERENTE AO SUICÍDIO DE PACIENTE INTERNADO EM HOSPITAL PÚBLICO, NO CASO, FOI EXCLUÍDA PELA CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA, SEM POSSIBILIDADE DE INTERFERÊNCIA DO ENTE PÚBLICO” (STF - RE 318.725-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 16-12-08, 2ª Turma, DJE de 27-2-09)

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ACIDENTE EM BURACO (VOÇOROCA) CAUSADO POR EROÇÃO PLUVIAL. MORTE DE MENOR. INDENIZAÇÃO. CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR. INEXISTÊNCIA. SÚMULA 7/STJ. NÃO-INCIDÊNCIA.

1. Ação indenizatória proposta em face do Município de Costa Rica/MS, em que se pleiteia pensão vitalícia no montante de dois salários mínimos mensais e despesas de funeral, pela morte de filho menor, em decorrência de acidente em buraco (voçoroca) causado pelas águas da chuva.
2. A instância especial, por suas peculiaridades, inadmite a discussão a respeito de fatos narrados no processo - vale dizer, de controvérsias relativas à existência ou inexistência de fatos ou à sua devida caracterização -, pois se tornaria necessário o revolvimento do conjunto probatório dos autos.
3. Entretanto, a qualificação jurídica de fatos incontroversos, ou seja, seu devido enquadramento no sistema normativo, para deles extrair determinada consequência jurídica, é coisa diversa, podendo ser aferida neste âmbito recursal. Não-incidência da Súmula 7/STJ.

4. Segundo o acórdão recorrido, a existência da voçoroca e sua potencialidade lesiva era de "conhecimento comum", o que afasta a possibilidade de eximir-se o Município sob a alegativa de caso fortuito e força maior, já que essas excludentes do dever de indenizar pressupõem o elemento "imprevisibilidade".

5. Nas situações em que o dano somente foi possível em decorrência da omissão do Poder Público (o serviço não funcionou, funcionou mal ou tardiamente), deve ser aplicada a teoria da responsabilidade subjetiva. Se o Estado não agiu, não pode ser ele o autor do dano. Se não foi o autor, cabe responsabilizá-lo apenas na hipótese de estar obrigado a impedir o evento lesivo, sob pena de convertê-lo em "segurador universal".

6. Embora a municipalidade tenha adotado medida de sinalização da área afetada pela erosão pluvial, deixou de proceder ao seu completo isolamento, bem como de prover com urgência as obras necessárias à segurança do local, fato que caracteriza negligência, ensejadora da responsabilidade subjetiva.

7. Em atenção à jurisprudência da Corte e aos limites do recurso especial, deve a indenização ser fixada no montante de 2/3 do salário mínimo, a partir da data em que a vítima completaria 14 anos de idade (28 de agosto de 1994) até o seu 25º aniversário (28 de agosto de 2005), calculado mês a mês, com correção monetária plena.

8. Os honorários advocatícios devem ser fixados em 10% sobre o valor atualizado da condenação, a ser apurado em liquidação de sentença.

9. Recurso especial conhecido e provido em parte. (STJ - RECURSO ESPECIAL Nº 135542 Processo: 199700400140 – Relator CASTRO MEIRA - 2ª TURMA - DJ 29/08/2005)

6. RESPONSABILIDADE POR DANOS CAUSADOS A TERCEIRO POR ORGANIZAÇÃO SOCIAL.

RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. ORGANIZAÇÃO SOCIAL. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ESTADO. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO, ESTADO E MUNICÍPIO. EXTINÇÃO MANTIDA. AGRAVO DESPROVIDO. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO – AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 446.599-4/0-00 – 5ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO – RELATORA DIMAS CARNEIRO – J. 20/06/2007).

7. DESQUALIFICAÇÃO DE ORGANIZAÇÃO SOCIAL

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.

1. O presente mandamus é dirigido contra ato praticado pela Excelentíssima Senhora Ministra de Estado do Meio Ambiente, que, analisando o processo administrativo n. 02000.001704/2001-14, acolheu o relatório da Comissão Processante e aprovou o parecer n. 346/CONJUR/MMA/2004, por seus jurídicos fundamentos, determinando a desqualificação da Organização Social impetrante.
2. No caso dos autos, a impetrante foi qualificada como organização social por meio de Decreto Presidencial (em 18.3.1999) e celebrou contrato de gestão com a União, representada pelo Ministério do Meio Ambiente, em 14.11.2001. Em virtude da apuração de irregularidades no cumprimento do referido contrato, a autoridade apontada como coatora determinou a instauração de processo administrativo que, após os trâmites legais - inclusive a análise da defesa apresentada pela ora impetrante - culminou com o ato impetrado, determinando a desqualificação da impetrante como organização social.
3. Diversamente do que alega a impetrante, não houve cerceamento de defesa, tampouco ocorreu violação dos princípios do contraditório e do devido processo legal. Isso porque o processo administrativo foi regularmente instaurado e processado, oportunizando-se o oferecimento de defesa pela impetrante, que foi exaustivamente analisada pelo Ministério do Meio Ambiente.
4. A impetrante não fez prova das nulidades que alega, como a vedação de acesso aos autos, e sequer indica a existência de prejuízo causado pelo trâmite do processo administrativo nos moldes como ocorreu. Pelo contrário, a substancial defesa apresentada pela demandante evidencia que essa pôde impugnar todas as imputações contra si realizadas no processo em questão.
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.
6. Por outro lado, é inviável o reexame, em sede de mandado de segurança, dos critérios e percentuais de avaliação utilizados pelo Ministério do Meio Ambiente para atribuir o índice de 70,4% de cumprimento das metas do contrato de gestão celebrado com a impetrante. Além disso, cumpre registrar que o contrato em discussão, de acordo com o art. 5º e seguintes da Lei 9.637/98, objetivamente prevê as metas e os critérios da sistemática de avaliação. No caso em apreço, é inviável a revisão do mérito administrativo pelo Poder Judiciário, estando este Tribunal limitado a apreciar a legalidade do ato praticado pela autoridade impetrada.
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 impetrado, 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. (STJ - MS 10527/DF - Relatora Ministra DENISE ARRUDA – 1ª Seção - DJ 07/11/2005)

8. CONVÊNIOS, TERMOS DE PARCERIA, CONTRATOS DE GESTÃO E LICITAÇÃO

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. IMPUGNAÇÃO JUDICIAL DE "CONVÊNIO" OU "PROTOCOLO DE INTENÇÕES" CELEBRADO ENTRE O ESTADO DO RIO DE JANEIRO E A TELEMAR. NATUREZA JURÍDICA: CONTRATO ADMINISTRATIVO. SUPOSTA VIOLAÇÃO DO ART. 2º DA LEI 8.666/93. REEXAME DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS E DA PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS 5 E 7 DO STJ. PRECEDENTE. NÃO-CONHECIMENTO DO RECURSO.

1. A EMBRATEL impetrou mandado de segurança com pedido de liminar contra ato da Governadora do Estado do Rio de Janeiro e do Secretário de Segurança Estadual, pleiteando a concessão de ordem para declarar a nulidade do "Termo de Convênio e Cooperação" celebrado entre a TELEMAR e o Estado, por ofensa ao princípio da obrigatoriedade de licitação pública, e para garantir o seu direito líquido e certo de participar do Programa Estadual de Parcerias no Combate à Violência no que diz respeito à integração de soluções de telecomunicações às atividades de segurança pública.

2. O Tribunal de Justiça julgou procedente o mandamus com base nos seguintes fundamentos: (I) "é inquestionável que, embora se busque mascarar o que foi feito, como um singelo convênio, estabeleceu-se verdadeiro e oneroso contrato administrativo, visando prestação de serviços e aquisição de bens, indicadas duas empresas escolhidas pelos Administradores, sem observância da regra constitucional e da lei de regência pela qual serão necessariamente precedidas de licitação"; (II) "um mero protocolo de intenções, de cooperação técnica, prescindiria da assinatura da Governadora do Estado, pela própria natureza de tal ato, salvo se, violando-se o princípio administrativo da transparência, se pretenda, em verdade, um contrato oneroso de vulto (a imprensa referiu valores superiores a R\$ 100.000.000,00 – cem milhões de reais), já com a instalação e funcionamento, nos próximos três a cinco meses, de cerca de 500 câmaras de segurança; a instalação de um call-center para unificar todos os serviços do Estado pelo nº 190; a instalação de novos rádios nos carros da polícia, reformas e transferência de prédios".

3. O recorrente afirma que o ato impugnado constitui mero "convênio" ou "protocolo de intenções", e não um contrato administrativo oneroso. Por isso, defende a desnecessidade de licitação prévia e, por conseguinte, a violação do art. 2º da Lei 8.666/93. Contudo, o julgamento da pretensão recursal –

para fins de se analisar a natureza jurídica do instrumento ou admitir a inexistência de obrigações contratuais entre as partes e, assim, afastar o direito líquido e certo da impetrante e julgar improcedente o mandamus – depende, necessariamente, do reexame de cláusulas contratuais e da prova pré-constituída nos autos, atividade cognitiva vedada nesta instância superior (Súmulas 5 e 7 do STJ).

4. Recurso especial não-conhecido. (STJ - RESP nº 809705 – Processo nº 200600011844 – 1ª Turma - Relatora DENISE ARRUDA - DJ 19/11/2007)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PRIVADA PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À SAÚDE SEM PRÉVIA LICITAÇÃO. NULIDADE.

I - Afigura-se legítima a anulação de contrato firmado entre o Estado do Maranhão e entidade privada, com vistas na prestação de serviços de saúde, sem prévio procedimento licitatório.

II - A participação complementar dos serviços privados no Sistema Único de Saúde deve ser formalizada mediante contrato ou convênio, observadas as normas de direito público que disciplinam a espécie (arts. 37, XXI, da Constituição Federal, e art. 2º da Lei 8.666/93).

III - Apelação e remessa oficial desprovidas. Sentença confirmada. (TRF - PRIMEIRA REGIÃO - APELAÇÃO CIVEL Nº 200101000258859 - Processo: 200101000258859 – 6ª TURMA DJ 11/06/2007 - Relator DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ENTIDADE PRIVADA DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. PRESTAÇÃO DE ENSINO ESPECIALIZADO. REPASSE DE VERBAS DESTINADAS À EDUCAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE CONVÊNIO. IMPOSSIBILIDADE. ENSINO FUNDAMENTAL A PORTADORES DE DEFICIÊNCIA. NÃO-OFERECIMENTO PELO PODER PÚBLICO. CONSEQÜÊNCIA. PAGAMENTO DAS DESPESAS REALIZADAS PELA IMPETRANTE. PRETENSÃO INCABÍVEL. SÚMULA 269-STF.

1. Os recursos públicos, por disposição constitucional, serão repassados às escolas públicas, podendo ser dirigidos às comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei, que comprovem finalidade não lucrativa e apliquem seus excedentes financeiros em educação e, ainda, que assegurem a destinação de seu patrimônio a outras instituições de idêntica natureza, ou ao poder público, no caso de encerramento de suas atividades.

2. Entidade privada declarada de utilidade pública pelo Governo Federal e reconhecida como de assistência social sem fins lucrativos. Repasse de verbas destinadas à educação. Necessidade de se observar as condições impostas pela Carta da República e de estabelecer convênio com o poder público. 2.1.Repasse de recursos financeiros por decisão judicial. Impossibilidade de o Poder Judiciário imiscuir-se na liberdade do ente público de celebrar contratos administrativos. Direito líquido e certo. Inexistência.

3. Ensino obrigatório a portadores de deficiência. Não- oferecimento pelo poder público. Conseqüência: imputação de responsabilidade à autoridade competente. Apuração. Necessidade de produção de provas. Mandado de Segurança. Inadequação da via eleita.

4. Comprometimento do poder público com o pagamento de dívida contraída por entidade privada na realização de trabalho social, de competência estatal. Pretensão incabível. O mandado de segurança não é sucedâneo de ação de cobrança. Incidência da Súmula 269/STF. Agravo regimental não-provido. (STF - RE-AgR - Processo nº 241757/MA – Relator Ministro MAURÍCIO CORRÊA)

PROCESSUAL CIVIL, TRIBUTÁRIO, CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – ENTIDADE PÚBLICA MUNICIPAL DE JUIZ DE FORA/MG (ASSOCIAÇÃO MUNICIPAL DE APOIO COMUNITÁRIO - AMAC), PRESTADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS ESTATAIS TÍPICOS (ASSISTENCIAIS), QUE, TRAVESTIDA DE ENTIDADE PRIVADA, PLEITEIA OBTENÇÃO DO "CEBAS" (PARA GOZAR DE ISENÇÃO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS): IMPOSSIBILIDADE – BENEFÍCIO RESTRITO ÀS ENTIDADES (DE FATO) PRIVADAS - APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

1- O Estado, em qualquer de suas esferas (federal, estadual e municipal), presta serviços públicos - dentro de sua competência constitucional – via órgão da Administração Direta ou Indireta (autarquias, fundações ou empresas públicas e sociedades de economia mista, essas últimas sob "formas" de direito privado), ou, eventualmente, via concessão, autorização ou permissão em prol de entidade privada, precedida, de regra, de prévia licitação.

2- Ao administrador só é lícito fazer aquilo que a lei e a Constituição determinam: a prestação de serviços públicos (de assistência social) somente se pode realizar pelo meio e modo legais (pessoas jurídicas e órgãos legalmente previstos - em, em tese, "concebíveis" - para tal mister).

3- Os preceitos da CF/88 (art. 30, I e V, e art. 37); do DL nº 600/67; da Lei Orgânica Municipal (art. 6º); e do CC/1916 (art. 13 e art. 16) militam contra a requerente: a atividade administrativa (de assistência social) tem "forma" no Direito Administrativo brasileiro. O Estado só atua, exatamente para permitir o controle da legalidade dos seus atos, sob um dos modos permitidos pelo Direito.

4- O STF (ADI-MC nº 2587/GO e ADI nº 575/PI) vem entendendo que, em tema de organização administrativa, legislativa e judiciária, prevalece o modelo federal (que não prevê prestação de serviço público (de assistência) por entidade que ostente os caracteres da autora).

5- Serviços públicos de assistência social (em amplo sentido), por sua própria natureza não-econômica, serão prestados diretamente por "Secretaria de Assistência Social" ou, indiretamente, por "autarquia" (ou, quiçá, "fundação pública") - legalmente instituídas - ou, se o caso, via delegação (concessão ou permissão) entidades (verdadeiramente) de direito privado, na forma da lei.

6- Diversos fatos evidenciam ou reforçam o caráter público da autora ("essência" sob a "frágil forma"): [a] o Prefeito do Município é seu Diretor-Presidente, responsável pela nomeação do Superintendente da autora (que administra de fato a entidade, prestando contas ao Prefeito); [b] o Município de Juiz de Fora/MG, um de seus Departamentos, duas de suas Empresas Públicas e uma Fundação Municipal são seus os "sócios fundadores", sendo a associação autora financiada mediante convênios municipais, nos quais o Município é o único responsável pelas obrigações correlatas; [c] há previsão estatutária de responsabilidade (subsidiária) do Município (sócio-fundador); [d] a autora integra a estrutura da administração municipal, utilizando, inclusive, dependências e papel timbrado da Prefeitura e constando (no "site" da Prefeitura) com órgão componente do Governo Municipal; e [e]

nos Termos de Convênios firmados (em 2003) entre a Prefeitura e autora (envolvendo repasses da ordem de 15 milhões de reais), o Prefeito assina como representante do Município e o Superintendente, exercendo poderes delegados pelo Diretor-Presidente da AMAC (o mesmo Prefeito), assina como representante da autora (retirado o véu da aparência, vê-se que a vontade do Prefeito anima "ambas" as partes).

7- Nominar de "associação privada" um complexo ou aglomerado de entes públicos municipais reunidos para prestar serviço público típico (ademais) soa indevido escape aos moldes de atuação do administrador público (fincados na legalidade estrita).

8- Não se nega possa o Estado fomentar, ainda, via convênios (pontuais e esparsos), a prestação de determinadas atividades assistenciais por pessoas jurídicas de direito privado (vide Lei nº 8.742/93). O que não pode fazer é destacar parcela significativa de sua competência e considerável de seu orçamento para destiná-la a entidade absolutamente híbrida e "sui generis" (quase mitológica), na forma e no conteúdo, com o fito de soltar as rédeas da legalidade a que se sujeita - ou a que se deveria sujeitar - o administrador, transformando, quanto à parcela de competência e orçamento transferida do município à autora, o Prefeito (do Município) em Diretor-Presidente (da associação-autora).

9- Para fins de isenção das contribuições previdenciárias, não há falar em obtenção do CEBAS pela autora, restrito às entidades privadas, o que não é, em verdade, o seu caso (art. 206 do Decreto nº 3.048/99).

10- Quanto a possíveis prejuízos aos administrados assistidos pelos programas sociais, é suficiente que a Prefeitura cumpra sua obrigação constitucional (dentro das regras jurídicas brasileiras), sem tencionar transferir a outrem a responsabilidade pelos problemas por ela mesma criados: a assistência social é dever do Estado (art. 203 da CF/88).

11- Apelação não provida.

12- Peças liberadas pelo Relator, em 11/09/2006, para publicação do acórdão. (TRF 1ª Região - APELAÇÃO CIVEL – 200338010023509 - Processo: 200338010023509 – 7ª Turma - DJ 06/10/2006 DESEMBARGADOR FEDERAL LUCIANO TOLENTINO AMARAL)

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO - OSCIPs. TERMO DE PARCERIA. INOBSERVÂNCIA DA LEI Nº 9.790/99. EXECUÇÃO DO OBJETO DO TERMO POR EMPRESA SUBCONTRATADA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO ESTATUTÁRIA PARA CONSTRUÇÃO DE OBRAS DE INFRA-ESTRUTURA. NULIDADE. OBRAS REALIZADAS. DIREITO AO RESSARCIMENTO PELAS OBRAS JÁ REALIZADAS.

I - A Lei nº 9.790/99 permite a celebração de termo de parceria entre o Poder Público e as organizações da sociedade civil de interesse público, para execução das atividades nela elencadas, que deverão ser realizadas diretamente pelo parceiro (art. 3º, parágrafo único), afrontando, pois, a legislação de regência, a celebração do termo de parceria para construção de obras de infraestrutura, quando a empresa parceira, de acordo com o seu estatuto, não tem como finalidade social

a execução das aludidas obras públicas, utilizando-se de empresas subcontratadas para tal, como no caso.

II - Reconhecida a nulidade parcial do termo de parceria firmado, sem a observância da Lei nº 9.790/99, no que se refere à construção de obras públicas, a condenação da parceira à devolução da verba recebida para realização das referidas obras deve ser limitada ao montante que ultrapassar os valores das obras já realizadas, de modo a não ensejar o enriquecimento ilícito da Administração.

III - Apelação do INCRA desprovida. Apelação da ABRADESE e remessa oficial parcialmente providas. (TRF - PRIMEIRA REGIÃO - APELAÇÃO CIVEL 200543000018285 – Processo 200543000018285 – 6ª Turma - DJ 26/11/2007 - Relator DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO, DÚVIDA OU FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CONTRATO DE GESTÃO. BENEFÍCIOS PATRIMONIAIS. NECESSIDADE DE LICITAÇÃO. DANO PRESUMIDO.

1. Fundamentos, nos quais se suporta a decisão impugnada, apresentam-se claros e nítidos. Não dão lugar a omissões, obscuridades, dúvidas ou contradições. O não-acatamento das teses contidas no recurso não implica cerceamento de defesa. Ao julgador cabe apreciar a questão de acordo com o que ele entender atinente à lide. Não está obrigado o magistrado a julgar a questão posta a seu exame de acordo com o pleiteado pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento (art. 131 do CPC), utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso. Não obstante a oposição de embargos declaratórios, não são eles mero expediente para forçar o ingresso na instância especial, se não houve omissão do acórdão que deva ser suprida. Inexiste ofensa ao art. 535, II, do CPC, quando a matéria enfocada é devidamente abordada no voto a quo.

2. “O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública, fundamentada em inconstitucionalidade de lei, na qual opera-se apenas o controle difuso ou incidenter tantum de constitucionalidade. Precedente do STF.” (Resp nº 493270/DF, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 24/11/2003)

3. O ato discutido nos autos evidencia-se como viciado, flagrantemente, pela ilegalidade. O contrato de gestão, por resultar benefícios patrimoniais, deve, obrigatoriamente, ser precedido de licitação. O fato de já ter sido celebrado e consumado não afasta a possibilidade da decretação de sua nulidade, com efeitos ex-tunc. A Administração Pública tem compromisso maior com os princípios da legalidade, moralidade, publicidade, impessoalidade, eficiência e transparência. O procedimento licitatório só pode ser dispensado ou inexigível nas situações previstas na Lei nº 8.666/93. Impossível ampliar as situações nela previstas. O descumprimento ou inobservância de princípios legais e constitucionais que norteiam a atuação estatal presume o risco do dano.

4. Recurso não provido. (STJ - RECURSO ESPECIAL 623197 - Processo: 200400000283 – 1ª Turma - DJ 08/11/2004 – Relator Ministro JOSÉ DELGADO)

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. ORGANIZAÇÃO SOCIAL. QUALIFICAÇÃO. DESNECESSIDADE DE EFETIVO EXERCÍCIO DAS ATIVIDADES FOMENTADAS PELA LEI ESTADUAL Nº. 5.217/03. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE DECLARAÇÃO DE OFÍCIO PELO MAGISTRADO. RISCO À ORDEM ECONÔMICA. BLOQUEIO DE RECURSOS.

1. A Lei estadual não exige o efetivo exercício de uma das atividades fomentadas pela referida norma legal.
2. Inexiste nos autos qualquer referência à existência de outra organização social com objetivo de promover o desenvolvimento científico e tecnológico local, pelo que resta configurada a inviabilidade de licitação com o fito de escolher determinada organização social para firmar contrato de gestão.
3. É inegável o risco de grave prejuízo à ordem econômica, uma vez que a suspensão do Contrato de Gestão nº 02/2005 impediria o repasse de recursos federais já previstos no Orçamento Geral da União, paralisando, conseqüentemente, as obras e serviços para a implantação do Sergipe Parque Tecnológico.
4. Agravo regimental improvido. (TRF 5ª REGIAO - AGVSEL - Agravo na Suspensão de Execução de Liminar 3580/01 - Processo: 20050500016409401 – Pleno - DJ 26/08/2005 - Relator Desembargador Federal Francisco Cavalcanti)

9. RESPONSABILIDADE PELOS DANOS CAUSADOS PELOS SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO, CUMULADA COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. ENTE DE COLABORAÇÃO PARAESTATAL (SERVIÇO SOCIAL AUTÔNOMO). FALTA DE INTERESSE DA UNIÃO FEDERAL. EXCLUSÃO DO POLO PASSIVO DA DEMANDA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL PARA PROCESSAR E JULGAR O FEITO.

- I - Impõe-se a exclusão da União Federal do pólo passivo das ações em que se busca indenização por danos morais e materiais supostamente causados por ente de colaboração, paraestatais, que não decorre de atividade exclusiva do Estado, mas sim de exploração de atividade econômica.
- II - Inexistindo interesse da União Federal na causa, por não lhe caber, na espécie, responsabilidade pelos atos da empresa paraestatal, há de se reconhecer a competência da Justiça Comum Estadual para processar e julgar o feito. Súmulas 517 e 556/STF e 42/STJ.
- III - Agravo de instrumento desprovido. (TRF 1ª Região - AGRAVO DE INSTRUMENTO nº 200501000698260 – Processo nº 200501000698260 – 6ª Turma - DESEMBARGADOR FEDERAL RELATOR SOUZA PRUDENTE - e-DJF1 18/08/2008)

10. RESPONSABILIDADE PELOS DANOS CAUSADOS POR ENTIDADE SEM FINS LUCRATIVOS**RESPONSABILIDADE CIVIL. HOSPITAL. SANTA CASA. CONSENTIMENTO INFORMADO.**

A Santa Casa, apesar de ser instituição sem fins lucrativos, responde solidariamente pelo erro do seu médico, que deixa de cumprir com a obrigação de obter consentimento informado a respeito de cirurgia de risco, da qual resultou a perda da visão da paciente. Recurso não conhecido. (STJ - REsp 467878/RJ Relator Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR – 4ª TURMA - DJ 10/02/2003)

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)