

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

**Renata Possi Magane**

**Regime jurídico da gestão do serviço de saúde pelas entidades do terceiro  
setor**

**MESTRADO EM DIREITO**

**São Paulo  
2010**

# **Livros Grátis**

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

Milhares de livros grátis para download.

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

**Renata Possi Magane**

**Regime jurídico da gestão do serviço de saúde pelas entidades do terceiro  
setor**

**MESTRADO EM DIREITO**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação do Prof.<sup>o</sup> Doutor Sílvio Luís Ferreira da Rocha

São Paulo  
2010

BANCA EXAMINADORA

---

---

---

Ao meu pai Elson Possi e à minha mãe Cleusa Possi, pelo amor dedicado e pelos esforços empreendidos para que pudesse chegar até aqui.

À minha irmã, Fernanda de Oliveira Possi, pelo companheirismo e amor desfrutados ainda dentro do ventre materno.

Aos pequenos Júlia e Lucas por me ensinarem a pureza e inocência do amor e o despertar para a maternidade, nas pessoas de quem estendo esta dedicação a todos os meus familiares e amigos, pelo convívio e aprendizado.

Ao pequeno Pedro, que ainda no seio materno já me ensinou a grandeza do amor incondicional e o dom da vida.

Ao grande amor da minha vida, Felipe Toledo Magane, companheiro de todas as horas e incentivador incansável do aprimoramento dos estudos aqui perpetrados.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente à Deus pela proteção e confiança na fé que me fortalece a cada dia na continuidade da longa caminhada da vida.

Agradeço à minha mãe Cleusa e ao meu pai Elson, exemplos de perseverança e de luta, que com muita dedicação e trabalho, propiciaram minha formação pessoal e acadêmica, sempre certos de que o único caminho possível que leva ao sucesso é a dedicação e o estudo constantes.

Ao meu marido Felipe, que me renova a cada dia pela vivência do mais puro e sincero amor, pelo constante e incansável estímulo e por toda compreensão pela ausência muitas vezes necessária para que a elaboração deste trabalho se concretizasse.

Ao meu filho Pedro, fruto desse amor maduro e seguro conquistado ao longo destes onze anos de convivência, que ainda no seio materno já me propiciou experimentar os louvores da magia e encantamento da maternidade.

À minha irmã e melhor amiga, Fernanda de Oliveira Possi, companheira de todas as horas, com quem divido todas as minhas alegrias e angústias e por ter formado juntamente com Celso Lopes de Souza, pessoa especial e admirável, uma família maravilhosa, trazendo-nos à vida os pequenos Lucas e Júlia, a qual tive a honra e privilégio de batizar.

Ao meu grande mestre e Professor, Doutor Sílvio Luís Ferreira da Rocha, que me mostrou o encantamento por esta área do saber humano, principalmente pela disciplina do Direito Administrativo, ainda nos bancos da graduação, orientador dedicado e exemplo de que o conhecimento exige constância no aprimoramento acadêmico e muito esforço.

Aos Professores Doutores Dinorá Adelaide Musetti Grotti e José Roberto Pimenta Oliveira que muito contribuíram para aprimoramento deste trabalho, trazendo questionamentos e críticas construtivas durante nossa banca de qualificação, propiciando nossa reflexão mais aprofundada sobre o objeto de estudo proposto.

Ao grande mestre de todos nós, Professor Doutor Celso Antônio Bandeira de Mello, não só pelas lições que o tornam brilhante jurista, mas também pelo exemplo de cidadania e civilidade, na pessoa de quem estendo meus sinceros

agradecimentos a todos os meus professores da graduação e pós-graduação na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

À minha grande amiga Erika Pereira Miyabara pela disposição sempre dispensada no sentido de contribuir para revisão e leitura deste trabalho e pelo exemplo de que podemos crescer e amadurecer com a dor, na pessoa de quem estendo os meus agradecimentos a todos os meus amigos de graduação e pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, que de alguma forma fizeram parte da construção deste trabalho.

Ao CNPQ pelo financiamento e estímulo empregados para a concretização deste sonho - a busca pelo aprimoramento acadêmico -, possibilitando-me dedicação integral ao curso de Mestrado na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, cuja etapa se encerra com a defesa pública da dissertação ora apresentada, meus sinceros agradecimentos e gratidão.

À PUC-SP, instituição respeitada e comprometida com o desenvolvimento qualificado do ensino em diversas áreas do saber, que me propiciou desde a graduação a continuidade dos estudos e formação profissional, agradecimento que faço na pessoa do Professor e amigo, Doutor Cláudio José Langroiva Pereira.

## RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo propor reflexões para o delineamento do regime jurídico da gestão do serviço de saúde pelas entidades do Terceiro Setor, à luz do ordenamento jurídico brasileiro. O interesse pelo tema pode ser justificado pelas seguintes razões: i) disseminação do Terceiro Setor no Brasil a partir do contexto ideológico neoliberal e de Reforma do Estado; ii) redescoberta do princípio da subsidiariedade e retomada da atividade administrativa de fomento pela Administração Pública; iii) recentes alterações legislativas nos planos constitucional e infraconstitucional promovidas no intento de justificar novos modelos de relacionamento entre o Estado e a sociedade civil, muita vezes em flagrante violação aos ditames constitucionais; iv) substituição estatal pela iniciativa privada no desempenho de atividades sociais cuja prestação lhe incumbe com primazia e cujo permissivo constitucional admite apenas atividade complementar dos particulares; v) ampla divergência doutrinária no tocante aos limites jurídicos da atividade administrativa de fomento e as distorções na realidade do regime jurídico afeto à esta função administrativa, como mecanismo de fuga do regime jurídico administrativo. No intento de alcançar os objetivos traçados, buscaremos, primeiramente, estabelecer a contextualização do surgimento do Terceiro Setor no Brasil, bem como os pressupostos necessários a fim de estabelecermos as premissas lógicas de nosso entendimento acerca do tema; em seguida, procuraremos identificar os contornos constitucionais da atividade administrativa de fomento e os seus instrumentos jurídicos viabilizadores, passando pela identificação das entidades que compõem o Terceiro Setor e os títulos que lhes são conferidos pelo Poder Público. De posse de todos esses elementos, cujos contornos faz-se necessário para a pesquisa que ora apresentamos, passaremos ao estudo do tema propriamente dito, apresentando o panorama normativo que está inserido o serviço de saúde, e, por fim, identificando o regime jurídico da gestão do serviço de saúde pelas entidades do Terceiro Setor, buscando, em seguida, apresentar as conclusões obtidas do confronto que faremos entre os aspectos legislativos e doutrinários sobre o tema.

**Palavras-chave.** Terceiro Setor, Saúde, Atividade Administrativa de Fomento, Organizações Sociais, Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público.



## ABSTRACT

The aim of the present work is to propose reflections for the outlining of the legal system of the health services management by Third Sector entities, in light of the Brazilian legal system. The interest for the theme may be justified by the following reasons: i) dissemination of the Third Sector in Brazil deriving from the neoliberal ideological context and from the State Reform; ii) rediscovery of the principle of subsidiarity and retaking of the administrative activity of fomentation by the Public Administration; iii) recent legislative amendments in constitutional and infra-constitutional levels promoted with the intention of justifying new models of relation between the State and society, often in flagrant violation to the constitutional principles; iv) substitution of the state initiative for the private initiative for the performance of activities which are primarily State's responsibility to provide and which constitutional permissive admits only complementary activity from the individuals; v) wide doctrinal dissent regarding the legal limits of administrative activity of fomentation and the distortions of the legal system reality connected to this administrative function, as an escape mechanism of the administrative legal system. In the attempt to reach the outlined objectives, we shall primarily establish the contextualization of the surfacing of the Third Sector in Brazil, as well as the necessary assumptions in order to establish the logical premises of our understanding regarding the theme; Then, we shall identify the constitutional outlines of the administrative activity of fomentation and the legal tools which enable this administrative function, including the identification of the entities that are part of the Third Sector and the titles that are given to them by the Public Power. In possession of all these elements, which outlines are necessary for the research presented herein, we will pass to the study of the theme itself, presenting the legislative scenery which the health service is included, and, finally, identifying the legal system of the health services management by the Third Sector entities, seeking, then, to present the conclusions obtained from the confrontation between the legislative and doctrinal aspects regarding the theme.

**Keywords:** Third Sector, Health, Administrative Activity of Fomentation, Social Organizations, Organizations of Civil Association of Public Interest.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	12
<b>CAPÍTULO I – CONSIDERAÇÕES GERAIS</b> .....	22
1.1 DESENVOLVIMENTO DO TERCEIRO SETOR.....	22
1.1.1 Breve esboço histórico.....	22
1.1.2 As Reformas Administrativas do Estado Brasileiro.....	34
1.1.3 A Redefinição do papel do Estado e o princípio da subsidiariedade.....	39
1.1.4 Marco jurídico do Terceiro Setor.....	46
1.1.5 Conceito de Terceiro Setor.....	50
<b>CAPÍTULO II – A ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DE FOMENTO</b> .....	57
2.1 DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA.....	57
2.2 A ATIVIDADE DE FOMENTO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	61
2.3 INSTRUMENTOS JURÍDICOS DA ATIVIDADE DE FOMENTO.....	74
2.3.1 Formas de fomento direto.....	77
2.3.1.1 Subvenções.....	78
2.3.1.2 Auxílios e contribuições.....	80
2.3.1.3 Convênio.....	82
2.3.1.4 Termo de Parceria.....	92
2.3.1.5 Contrato de Gestão.....	97
2.3.2 Formas de fomento indireto.....	105
2.3.2.1 Imunidades tributárias.....	106
2.3.2.2 Isenções fiscais.....	112
2.3.2.3 Incentivos fiscais aos doadores.....	115
<b>CAPÍTULO III – TERCEIRO SETOR</b> .....	118
3.1 O TERCEIRO SETOR À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	118
3.2 ENTIDADES DO TERCEIRO SETOR.....	123
3.2.1 As associações.....	126
3.2.2 As fundações.....	127
3.2.3 O serviço social autônomo.....	128
3.3 TÍTULOS E QUALIFICAÇÕES DAS ENTIDADES DO TERCEIRO SETOR.....	129

3.3.1 Utilidade Pública.....	130
3.3.2 Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social.....	132
3.3.3 Organização da Sociedade Civil de Interesse Público.....	138
3.3.4 Organização Social.....	141
3.4 AS PERSPECTIVAS DO TERCEIRO SETOR NO ANTEPROJETO DE LEI ORGÂNICA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL E ENTES DE COLABORAÇÃO.....	145
3.5 A PROPOSTA DO ESTATUTO JURÍDICO DO TERCEIRO SETOR.....	156

<b>CAPÍTULO IV – O SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE.....</b>	<b>164</b>
4.1 NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO.....	164
4.2 SERVIÇOS PÚBLICOS SOCIAIS E A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS.....	169
4.3 O DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	174
4.4 O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE.....	178
4.5 NATUREZA JURÍDICA DO SERVIÇO DE SAÚDE.....	182
4.6 GESTÃO DO SERVIÇO DE SAÚDE PELA INICIATIVA PRIVADA.....	186

<b>CAPÍTULO V – REGIME JURÍDICO APLICÁVEL À GESTÃO DO SERVIÇO DE SAÚDE PELAS ENTIDADES DO TERCEIRO SETOR.....</b>	<b>198</b>
5.1 DELIMITAÇÃO DAS ENTIDADES DO TERCEIRO SETOR FOMENTADAS PELO ESTADO PARA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE SAÚDE.....	198
5.2 RELAÇÃO DO AGENTE FOMENTADO COM O AGENTE FOMENTADOR.....	201
5.2.1 Princípios aplicáveis.....	201
5.2.2 Necessidade de licitação para repasse de recursos públicos.....	204
5.2.3 Responsabilidade civil do Estado em face do agente fomentado.....	207
5.2.4 Controle externo.....	210
5.3 RELAÇÃO INTERNA DO AGENTE FOMENTADO.....	213
5.3.1 Procedimentos financeiros e contábeis.....	213
5.3.2 Regime de pessoal.....	214
5.3.3 Necessidade de licitação para contratar com terceiros.....	215
5.3.4 Controle interno.....	217
5.4 RELAÇÃO DO AGENTE FOMENTADO COM OS USUÁRIOS DO SERVIÇO DE SAÚDE.....	220

5.4.1 Universalidade.....	220
5.4.2 Gratuidade.....	222
5.4.3 Responsabilidade civil do agente fomentado pelos danos causados a terceiros.....	223
5.4.4 Responsabilidade civil do Estado pelos danos causados a terceiros pelos agentes fomentados.....	225
<b>CONCLUSÕES FINAIS.....</b>	<b>229</b>
<b>FONTES E BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>245</b>
<b>ANEXOS.....</b>	<b>256</b>

## INTRODUÇÃO

A temática envolvendo o Terceiro Setor apresenta-se bastante ampla, tendo em vista a interdisciplinaridade que, inexoravelmente, está inserida. Desse modo, num primeiro momento, torna-se indispensável limitar o escopo de análise que será perpetrada neste estudo sobre o fenômeno denominado “Terceiro Setor”.

Assim, primeiramente, apresentar-se-á o contexto de surgimento do Terceiro Setor no Brasil para, enfim, fixar os contornos e delineamentos que serão tratados paulatinamente em cada capítulo, a fim de esclarecer a completude do que vem a ser o chamado Terceiro Setor, culminando no tema central do trabalho, que envolverá uma análise eminentemente jurídica do regime jurídico aplicável às entidades do Terceiro Setor que se prestam à gestão do serviço de saúde por meio da atividade administrativa de fomento, apontando as distorções comumente verificadas na implantação de modelos de parceria que propiciam a substituição estatal pela iniciativa privada no desempenho da prestação dos serviços públicos de saúde, em flagrante desatendimento aos mandamentos constitucionais e como mecanismo de fuga das normas de direito público, que “engessam” a atividade estatal.

O Estado Brasileiro experimenta desde a década de 90 uma reforma da Administração Pública, acompanhando o movimento do processo de globalização e os imperativos da chamada política neoliberal, em que, diante de uma situação de crise, chegou-se à constatação de uma dita impossibilidade e ineficiência do Poder Público no cumprimento das competências traçadas pela Constituição Federal brasileira de 1988, especialmente no atendimento aos serviços públicos sociais (saúde, educação, previdência social, cultura, moradia, etc), o que levou o Estado a buscar novas formas de atuação para realizar tais objetivos, reduzindo, por meio de novos instrumentos, seu aparelhamento administrativo.

Nesse contexto político-social surgem as parcerias entre o setor público e a iniciativa privada na consecução dos fins de interesse público, que podem relacionar-se por diversas formas, entre elas, como adiante veremos, pela redescoberta da atividade administrativa de fomento que, em decorrência do princípio da subsidiariedade, “o Estado não deve desenvolver atividades que

possam ser desempenhadas a contento pelos particulares. Nesse caso, o Estado deve apenas auxiliá-los, com recursos, a desempenhar essas atividades. É o chamado Estado Subsidiário.”<sup>1</sup>

No Brasil, por meio da proposta do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, elaborada pelo Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado – MARE (1995), buscou-se transformar a Administração Pública até então burocrática em Administração Pública gerencial, voltada ao atendimento eficiente do cidadão.

No Plano Diretor foram considerados quatro setores de atuação do Estado: a) núcleo estratégico, correspondente aos órgãos de governo em sentido lato; b) atividades exclusivas que só o Estado pode prestar; c) serviços não-exclusivos, que correspondem ao setor onde o Estado atua simultaneamente com outras organizações privadas ou públicas não-estatais; d) setor de produção de bens e serviços para o mercado, desempenhadas pelas empresas, abrangendo atividades econômicas voltadas para o lucro.

Importa-nos mais de perto neste trabalho, a compreensão do setor de serviços não-exclusivos, que serão objeto de prestação pelas entidades do Terceiro Setor, por meio do desempenho da atividade de fomento pelo Estado, mediante a concessão de subvenções, auxílios e contribuições, além da celebração de instrumentos jurídicos como o contrato de gestão, o convênio e o termo de parceria.

Nesse contexto da Reforma do Estado surgiram as denominadas Organizações Sociais (OS) e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP).

As Organizações Sociais são um novo tipo de entidade, disciplinadas na esfera federal pela Lei nº 9.637/98. Estas entidades atuam na área de ensino, pesquisa científica e tecnológica, proteção do meio ambiente, cultura e saúde.

Por sua vez, as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) foram introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 9.790/99. Trata-se de qualificação a ser atribuída à pessoa jurídica de direito privado, desprovida de finalidade lucrativa, instituída para atender necessidades coletivas.

---

<sup>1</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di, *Parcerias na Administração Pública. Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras Formas*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 24.

São exemplos de atividades desempenhadas pelas OSCIPs, a promoção da assistência social; promoção da cultura; defesa e preservação do patrimônio histórico e artístico; promoção gratuita da educação e saúde; promoção do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza; desenvolvimento de tecnologias alternativas, dentre outras. Para tanto, estão habilitadas a receber recursos ou bens públicos a serem utilizados em suas atividades, por meio do instrumento denominado “termo de parceria”.

O interesse pelo tema deu-se, principalmente, dada a escassa bibliografia sobre os aspectos jurídicos e os desdobramentos teóricos e práticos do chamado Terceiro Setor, assim definido comumente pela doutrina como aquele grupo de entidades compreendidas entre o Estado (primeiro setor) e o mercado (segundo setor).

Vale ressaltar, porém, que esta definição, a nosso ver, mostra-se demais simplista e não resolve o problema jurídico que envolve as entidades componentes do Terceiro Setor, tendo em vista a imensidão de situações que podem encontrar-se nesse conceito. Desse modo, portanto, apresentaremos em momento oportuno nossa conceituação, sem a pretensão, contudo, de apresentar-se como a única possível.

Nosso intento surgiu da preocupação em compreender o tema do Terceiro Setor sob a ótica da prestação dos serviços de saúde realizados por suas entidades (OS, OSCIP, entre outras), serviços estes considerados não-exclusivos ou sociais, que

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. São exemplos deste setor as universidades, os hospitais, os centros de pesquisa e os museus.<sup>2</sup>

Assim, diante da necessidade sentida ao longo do desenvolvimento deste trabalho, visamos limitar o objeto de análise e estabelecer um corte metodológico para tratarmos com primazia do serviço social específico de saúde, pois nesta área verificamos a grande influência das ideias que propiciaram a ascensão do Terceiro

---

<sup>2</sup> ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro Setor*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 33.

Setor, que propugnam pela maior eficiência da iniciativa privada na gestão dos serviços públicos, bem como pela redução do papel do Estado.

Inobstante verificarmos a necessidade de limitar o objeto de estudo no presente trabalho, ressaltamos que por tratarem de atividades alocadas sob o mesmo regime jurídico, à educação, cultura, assistência social, entre outros serviços sociais, estender-se-ão as mesmas conclusões aferidas com relação à prestação do serviço de saúde pelas entidades do Terceiro Setor, razão pela qual não nos desincumbimos deste mister.

Segundo Professor Celso Antônio Bandeira de Mello:

As “organizações sociais” e as “organizações da sociedade civil de interesse público”, ressalte-se, não são pessoas da Administração indireta, pois, como além se esclarece, são organizações particulares alheias a estrutura governamental, mas com as quais o Poder Público (que as concebeu normativamente) se dispõe a manter ‘parcerias’ – para usar a expressão em voga – com a finalidade de desenvolver atividades valiosas para a coletividade e que são livres à atuação da iniciativa privada [...].<sup>3</sup>

Não são apenas essas duas figuras da iniciativa privada que integram o chamado Terceiro Setor. Além delas, podemos mencionar as entidades sem fins lucrativos, declaradas de utilidade pública, bem como as entidades que recebem o Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social, cujas características e formas de obtenção serão abordadas em capítulo próprio.

A importância do tema deve-se ao fato de nos últimos anos ter havido grande proliferação do Terceiro Setor no Brasil, face ao redescobrimiento do princípio da subsidiariedade e à crise do Estado enquanto prestador eficiente de serviços públicos. De acordo com dados divulgados na *internet*<sup>4</sup>, o Terceiro Setor cresceu 157% em seis anos. Este foi o segmento econômico mais ativo no período de 1996 a 2002. Em 2002 existiam no Brasil 276 mil organizações da sociedade civil em funcionamento no Brasil. Elas empregavam 1,5 milhão de pessoas, segundo levantamento feito pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), pelo Grupo de Instituições, Fundações e Empresas (GIFE) e pela Associação Brasileira de Organizações Não-Governamentais (ABONG).

<sup>3</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 222.

<sup>4</sup> Fonte disponível em [www.uol2.com.br/aprendiz](http://www.uol2.com.br/aprendiz), acessado em 28 de agosto de 2008.



Em 2008, novos estudos promovidos pelo IBGE em parceria com as entidades acima mencionadas foram divulgados por meio da 2ª edição do estudo “As Fundações Privadas e Associações sem Fins Lucrativos no Brasil”, trazendo informações atualizadas sobre o panorama geral destas entidades, bem como estabelecendo um comparativo das mudanças ocorridas entre 2002 e 2005. Dentre estas, houve um aumento de 22,6% no número de associações e fundações sem fins lucrativos, que passaram de aproximadamente 276 mil em 2002, para 338,2 mil em 2005.<sup>5</sup>

Os entes que integram o Terceiro Setor almejam a prestação de serviços em áreas de relevante interesse social e público. Por meio da atividade de fomento, a prestação de serviços públicos não-exclusivos é financiada ou subsidiada pelo Estado, mas controlada pela sociedade, num processo denominado pela doutrina econômica de “publicização”<sup>6</sup>. Neste processo, bens e serviços de titularidade do Estado são transferidos a organizações sem fins lucrativos e de direito privado, correspondendo ao que se convencionou chamar “propriedade pública não-estatal”<sup>7</sup>.

#### Segundo Wladimir da Rocha França

é importante esclarecer que o particular que explora o serviço de relevância pública, quando beneficiado pelo fomento, não atua como delegado do Poder Público, mas sim como titular da atividade. Mas essa liberdade está condicionada: (i) pelos princípios constitucionais específicos do campo da ordem social no qual se dará a ação do particular; e (ii) pelas limitações administrativas impostas à gestão e à prestação desses serviços sociais.<sup>8</sup>

Com base nesta realidade revivida com a Reforma do Estado, que buscou redefinir o papel do Estado e suas atividades diante da constante alegação de ineficiência da promoção do bem estar social pelo Estado no seio da chamada

---

<sup>5</sup> *Série Pensando o Direito, n° 16/2009 – Estado Democrático de Direito e Terceiro Setor*. Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça.

<sup>6</sup> Há, indubitavelmente, significativo desacerto na utilização da expressão pela doutrina econômica, representada por Luiz Carlos Bresser Pereira e reproduzido no preâmbulo da Lei das Organizações Sociais, pois ao contrário do fenômeno da “publicização”, a transferência de atividade do setor público para o setor privado encampa a chamada “despublicatio”, transformação de uma atividade que antes era pública e que agora passa a ser privada.

<sup>7</sup> Expressão também empregada por Luiz Carlos Bresser Pereira, ex-ministro do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, responsável pela edição do Plano Diretor da Reforma do Estado, de 1995.

<sup>8</sup> Reflexões sobre a prestação de serviços públicos por entidades do Terceiro Setor. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, n. 06, p. 4, jun./jul./ago. 2006. Fonte disponível na internet no endereço [www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br), acessado em 29.04.2008.

política neoliberal, desenvolveu-se o Terceiro Setor, compondo-se de instituições sem fins lucrativos que são permeadas por objetivos sociais, públicos ou coletivos.

A presente pesquisa justifica-se na medida em que o tema do Terceiro Setor, tão amplamente repercutido na mídia, mas tão pouco estudado pelo Direito<sup>9</sup>, relaciona-se de forma muito direta com a sociedade, principalmente quando desempenha o papel de prestador de serviços sociais (educação, saúde, assistência social, cultura, etc) complementando ou suplementado o papel do Estado.

Assim, conhecer e compreender essa atividade desempenhada pelo Terceiro Setor e entender os seus limites jurídicos, contribui, sem sombra de dúvidas, para um melhor relacionamento deste setor com a sociedade, bem como identifica as mazelas e os problemas de ordem social, político e jurídico que o tema inexoravelmente abarca.

Principalmente a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, o Estado comprometeu-se em garantir aos cidadãos a prestação eficiente dos serviços públicos sociais, como a educação, saúde, trabalho, moradia, assistência, lazer, entre outros, viabilizadores da vida em sociedade e realizadores do princípio fundamental da dignidade humana, encartados no artigo 1º, inciso III, da Carta Magna.

Ocorre, porém, que muitas vezes a realização desses compromissos assumidos não se dá pela participação direta do Estado, mas pela *parceria*<sup>10</sup> entre este e o setor privado, que poderá formalizar-se por diferentes instrumentos jurídicos, tais como: a) delegação da execução de serviços públicos a particulares por meio da concessão e permissão ou, ainda, da concessão patrocinada (modalidade de parceria público-privada introduzida com a Lei nº 11.079/2004); b) cooperação do particular na execução de atividades públicas pela terceirização (sob a forma de empreitada ou concessão administrativa); c) desburocratização, ou seja,

---

<sup>9</sup> Conforme bem anotou Leandro Marins de Souza, “Apesar de os debates teóricos não estarem acompanhando a evolução prática do Terceiro Setor, felizmente se observa que a análise deste fenômeno começa a se acalorar. Ainda de forma muito tímida e incipiente – especialmente no Brasil – tem-se visto a divulgação de obras a respeito do tema.” *In: Tributação do Terceiro Setor no Brasil*. São Paulo: Dialética, 2004, p. 17.

<sup>10</sup> O sentido de parceria é aqui delineado de acordo com entendimento da eminente Professora Maria Sylvania Zanella Di Pietro, quando afirma: “o vocábulo *parceria* é utilizado para designar todas as formas de sociedade que, sem formar uma nova pessoa jurídica, são organizadas entre os setores público e privado, para a consecução de fins de interesse público.” *In: Parcerias na Administração Pública. Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras Formas*, 2005.

instauração da Administração Pública gerencial, por meio dos contratos de gestão; d) e, por fim, fomento à iniciativa privada de interesse público, efetivando-se por meio de convênio ou contrato de gestão.

Partindo-se do último instrumento de parceria acima descrito, ou seja, fomento, objetiva-se com este trabalho apresentar reflexões de ordem jurídica da participação da iniciativa privada que não permeia lucro na realização do serviço de saúde, compreendido entre os chamados serviços públicos não-exclusivos.

Apenas para demonstrar como o tema está presente na realidade social e, conseqüentemente, jurídica (o que nos levou ao interesse pela pesquisa), retiramos alguns dados concedidos pela Comissão do Terceiro Setor da OAB/SP, especialmente quanto ao caso paulista na saúde:

O estado de São Paulo editou a lei complementar 846/98, que tratou do assunto. Desde então e até os dias de hoje, 17 hospitais públicos estaduais são geridos por entidades do Terceiro Setor que foram qualificadas como Organizações Sociais, sem nenhum questionamento do Ministério Público (estadual ou federal), da Procuradoria Geral da República ou de quem quer que seja.<sup>11</sup>

Luiz Carlos Bresser-Pereira, ratifica esses dados, conforme extraímos de seu texto, publicado no jornal *“Folha de São Paulo”*, em 08.10.2007, cujo trecho segue abaixo:

Ainda no governo Fernando Henrique, certo número de centros de pesquisa ligados ao Ministério de Ciência e Tecnologia foi transformado em organizações sociais, e os resultados foram excelentes. Já existem mais de 70 organizações sociais criadas nos Estados e municípios. O grande êxito ocorreu em São Paulo, onde o governador Mário Covas transformou os novos hospitais que o Estado acabara de construir em organizações sociais. Hoje existem 19 hospitais desse tipo, oferecendo serviços financiados pelo SUS e por contratos de gestão que aproximadamente dobram os orçamentos desses hospitais. Os serviços são gratuitos, sua qualidade é excelente e o custo, quando comparado com o dos hospitais estatais - ou seja, dos hospitais onde os médicos e enfermeiras são servidores públicos estatutários - é cerca de 30% menor!<sup>12</sup>

Vale dizer, contudo, que atualmente existem algumas ações civis públicas promovidas pelo Ministério Público em diversos estados da federação contestando o modelo de parceria via contrato de gestão na área da saúde.

---

<sup>11</sup> Fonte disponível em [www.oabsp.org.br/comissoes](http://www.oabsp.org.br/comissoes), acessado em 21.08.2008.

<sup>12</sup> Fonte disponível em [http://www.bresserpereira.org.br/ver\\_file\\_3.asp?id=2477](http://www.bresserpereira.org.br/ver_file_3.asp?id=2477), acessado em 21.08.2008.

Em que pese o depoimento positivo que acima colacionamos, a doutrina afirma, contrariamente, que não existe experiência comprovada no sentido de que esse modelo traria maiores benefícios para a coletividade, conforme trecho que segue:

Os argumentos que justificam essa redefinição das atividades do Estado, como afirmamos no item 2 do Capítulo II, são financeiros, jurídicos e políticos e partem da premissa – não comprovada por qualquer experiência histórica recente – de que haverá, ao final do processo, uma melhoria da capacidade do Estado de atender as demandas sociais.<sup>13</sup>

Desse modo, tendo em vista o impacto do tema na sociedade, e, diante da necessidade de esclarecê-lo à luz do sistema jurídico brasileiro, apresentamos a presente dissertação.

No intento de desenvolver a questão envolvendo a prestação de serviços de saúde por entidades do Terceiro Setor e o regime jurídico afeto a esta relação, analisaremos no primeiro capítulo, o surgimento do Terceiro Setor, apresentando sua evolução histórica, as reformas administrativas do Estado brasileiro que propiciaram a propagação do discurso neoliberal justificador da política de emagrecimento estatal, e, conseqüentemente, a redefinição do papel do Estado e a redescoberta do princípio da subsidiariedade, indicando pontualmente o que convencionou-se chamar de marco jurídico do Terceiro Setor. Fixaremos, ainda, neste primeiro capítulo, alguns pressupostos que julgamos necessários e diríamos até imprescindíveis para o entendimento *a priori* do nosso posicionamento acerca de alguns conceitos e noções que envolvem a presente pesquisa.

No capítulo II, por sua vez, trataremos com maior atenção de uma das funções administrativas que mais interessam à análise jurídica envolvendo o Terceiro Setor, qual seja, a atividade administrativa de fomento, que, juntamente com a atividade de polícia, a prestação de serviços públicos e o desempenho de atividades materiais, formam o conjunto de prestações estatais que informam a função administrativa. Assim, abordaremos panoramicamente as principais características da função administrativa, acentuando com primazia a atividade administrativa de fomento para, finalmente, especificar os instrumentos jurídicos dessa atividade utilizados pelo Estado para fomentar a atividade particular na consecução de interesses coletivos.

---

<sup>13</sup> ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da, *Terceiro Setor*, p. 33.

Dando sequência à lógica argumentativa do trabalho, no capítulo III traçaremos as questões constitucionais que envolvem o Terceiro Setor, identificando os parâmetros de ordem constitucional que nos possibilitem confirmar ou refutar a atuação dessas entidades na prestação de serviços sociais, notadamente na área da saúde, ou em quais limites poderão atuar. Assim, este capítulo parte de uma análise eminentemente legislativa sobre o tema, não deixando de lado as discussões efervescentes na sociedade acerca de novos modelos legislativos que vêm sendo propostos nesta seara. Identificaremos ainda neste capítulo, as entidades que compõem o chamado “Terceiro Setor”, segundo uma concepção restrita do termo, conforme trataremos no capítulo I, cujas entidades sem fins lucrativos estão aptas a firmarem instrumentos jurídicos de parceria com o Estado, envolvendo a atividade de fomento, própria da função administrativa.

No capítulo IV, abordaremos o tratamento jurídico conferido à saúde no nosso ordenamento, começando por estabelecer a noção de serviço público traçada na doutrina brasileira, verificando a diferença entre os chamados serviços públicos exclusivos e não-exclusivos do Estado, passando, na sequência, a demonstrar como os direitos sociais constitucionalmente consagrados, como a saúde, podem ser concretizados por meio da prestação de serviços públicos. Em seguida, verificaremos o tratamento constitucional conferido ao serviço de saúde, elevado pela primeira vez na história constitucional brasileira ao patamar de direito fundamental. Após, com base no ordenamento jurídico vigente, traçaremos a natureza jurídica do serviço de saúde, considerado não exclusivo do Estado, bem como as conseqüências desta assertiva. Apresentaremos também como se configura a prestação do serviço público de saúde, sistematizado no Brasil por meio de um sistema integrado e unificado, acessível universalmente, por meio do Sistema Único de Saúde. Por fim, ainda neste capítulo, fixaremos as possibilidades consagradas normativamente de atuação da iniciativa privada na prestação de serviços de saúde e seu regime jurídico de sujeição.

No capítulo V, por sua vez, encerrando a fase de desenvolvimento do estudo, serão analisadas as diversas relações jurídicas que envolvem as entidades do Terceiro Setor com o Estado no desempenho de serviços de saúde, fixando-se em cada uma destas relações, o regime jurídico afeto, bem como as conseqüências de ordem jurídico-administrativa que decorrem das assertivas estabelecidas.

Por fim, apresentaremos nossas conclusões, a fim de estabelecer as principais sínteses obtidas no processo de pesquisa perpetrado, estabelecendo o regime jurídico que incide na gestão dos serviços de saúde pelas entidades do Terceiro Setor, seja de forma complementar à prestação do serviço público de saúde pelo Estado, no âmbito do SUS, como na prestação de serviços de saúde, em decorrência da fruição da atividade administrativa de fomento.

## CAPÍTULO I – CONSIDERAÇÕES GERAIS

### 1.1 DESENVOLVIMENTO DO TERCEIRO SETOR

#### 1.1.1 Breve esboço histórico

A participação da sociedade civil na gestão dos interesses públicos tem se intensificado acentuadamente com o fortalecimento do Estado Democrático de Direito, que possui como um dos seus pilares principiológicos a participação popular. Assim, o Estado se utiliza cada vez mais do mecanismo das parcerias com a sociedade para promover o interesse público, que lhe incumbe primordialmente.

O surgimento do Terceiro Setor encampa mais um fenômeno da utilização de parcerias do Estado com a Sociedade para a consecução dos objetivos inerentes à sua própria existência, ou seja, a realização do interesse público.

Apontam alguns autores que esse modelo de cooperação entre os “atores público e privado” foi promovido pelo declínio do Estado liberal, que preconizava a clara dicotomia entre o Estado e a sociedade, cabendo ao primeiro o monopólio do espaço público e à sociedade a direção das atividades tipicamente econômicas.

Nesse sentido, afirma Pedro Gonçalves que

a dicotomia entre Estado e Sociedade estava associada a uma clara repartição das titularidades sobre as tarefas públicas e as tarefas privadas e a uma distinção clara entre as respectivas naturezas: as primeiras, confundidas com tarefas de interesse público, pertenciam ao Estado; as segundas, ligadas à satisfação de interesses privados, competiam à Sociedade e aos cidadãos.<sup>14</sup>

Para esse mesmo autor, o Estado democrático e social pôs fim à dicotomia entre o Estado e a Sociedade que imperava desde o absolutismo e com grande predominância no Estado liberal, fazendo com que o Estado perdesse o monopólio do interesse público, admitindo-se, pela lógica da cooperação, a participação da esfera privada na consecução de tarefas públicas.

Assim são as lições de Pedro Gonçalves:

---

<sup>14</sup> GONÇALVES, Pedro. *Entidades privadas com poderes públicos. O exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 140.

Com o advento do Estado democrático e social, as fronteiras entre Estado e Sociedade esbatem-se; a lógica liberal de confrontação e de exclusão surge substituída (ou, pelo menos, complementada) por uma lógica de cooperação e de acção concertada, que se expressa através de complexos processos de integração, de osmose e de interpenetração.<sup>15</sup>

Pedro Gonçalves menciona duas primeiras razões para justificar a assertiva de que o Estado não possui, desde a crise do modelo liberal, o monopólio do interesse público. A primeira reside no surgimento do que chama de “fenômeno das administrações autônomas” ou “esfera pública não estadual”, o que coincide no sistema administrativo brasileiro com o “fenômeno da descentralização administrativa”, ou seja, a criação de entes personalizados que gozam de autonomia financeira e administrativa e desempenham finalidades específicas descritas na lei que os criou, compondo a administração indireta e pertencendo à organização administrativa estatal.

A segunda razão descrita pelo autor refere-se à constatação de que o interesse público em seu sentido material<sup>16</sup> é realizado não somente pela Administração Pública, mas também pelas ações dos chamados “actores privados”.

Tendo em vista a assertiva de que o surgimento do Terceiro Setor está ligado com o desenvolvimento ao longo da história de um entrosamento entre o Estado e a Sociedade, imperioso referir-se, ainda que brevemente, acerca das transformações ocorridas na organização política do Estado ao longo dos últimos séculos.

Para fazê-lo, no entanto, não adentraremos com profundidade na discussão teórica que envolve a própria concepção da existência de Estado, a qual admite três abordagens possíveis: a primeira sustenta que desde que se concebeu a idéia de sociedade o Estado sempre existiu, pois há integração de um grupo organizado dotado de regras de poder e de autoridade<sup>17</sup>; a segunda adverte para o fato de que por determinado período o Estado não acompanhou a evolução da sociedade; e, por fim, uma terceira corrente afirma que só pode ser considerada como Estado uma sociedade política que detenha especiais características bastante definidas,

---

<sup>15</sup> GONÇALVES, Pedro, *Entidades privadas com poderes públicos. O exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*, p. 141.

<sup>16</sup> O sentido material da noção de interesse público é descrita pelo referido autor como “os de uma pluralidade de pessoas – de um público -, em relação a bens susceptíveis de satisfazer as necessidades comuns de todas elas”. *Ibidem*, p. 144.

<sup>17</sup> Adeptos a esta corrente encontram-se Eduard Meyer e Wilhelm Koppers, conforme menciona Dalmo de Abreu Dallari, in *Elementos de teoria geral do Estado*. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 52, *apud* SOUZA, Leandro Marins, *Tributação do Terceiro Setor no Brasil*, p. 53.



vinculadas à idéia de soberania, que se desenvolvem somente no século XVII e dão origem ao conceito de Estado Moderno<sup>18</sup>.

Independentemente da posição doutrinária adotada, importa-nos de perto neste trabalho apontar sucintamente as transformações ocorridas nas concepções de Estado que justificaram uma maior inserção da sociedade civil na realização do interesse público.

A importância de fixarmos as mudanças ocorridas entre um modelo de Estado e outro se apresenta no fato de que cada modelo perseguido num determinado tempo histórico acarreta conseqüências no relacionamento entre a sociedade e o Estado e, portanto, torna-se fundamental para análise da evolução e desenvolvimento do Terceiro Setor a que nos propomos neste tópico.

Preciosas as lições de Dinorá Adelaide Musetti Grotti ao aduzir que

É inquestionável a existência de uma relação entre os modelos de Estado e as teorias das formas de atuação da Administração Pública. O modelo de Estado adotado em certo momento e em certo local guarda uma estreita relação com as funções pertinentes à respectiva Administração Pública e, via de conseqüência, com o delineamento do próprio direito administrativo, cuja compostura pode retratar caráter mais autoritário ou mais flexível aos valores democráticos. Na verdade, os objetivos que o Estado se propõe perseguir condicionam as atribuições da Administração Pública e estas, por sua vez, determinam os modos de atuação e de organização por ela adotados.<sup>19</sup>

Na mesma esteira, os ensinamentos de Odete Medauar:

Tendo em vista que a Administração Pública integra a organização estatal, evidente que o modo de ser e de atuar do Estado e 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.<sup>20</sup>

Embora não se possa estabelecer de forma estanque a passagem de um tipo de Estado para outro dentro da história, podemos, contudo, para fins didáticos, apontar os tipos de Estado com base nas principais características que marcaram a sociedade em determinado período histórico. Assim, segundo estudiosos do tema,

---

<sup>18</sup> SOUZA, Leandro Marins, *Tributação do Terceiro Setor no Brasil*, p. 53.

<sup>19</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 62.

<sup>20</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 23.

podemos dividir o Estado nas seguintes fases: Estado Antigo, Estado Grego, Estado Romano, Estado Medieval, Estado Moderno e Estado Contemporâneo<sup>21</sup>.

Tendo em vista que o Direito Administrativo<sup>22</sup> nasce e viceja no seio das revoluções liberais ocorridas no final do século XVIII e início do século XIX, com fortes inspirações nas teorias de Rousseau e Montesquieu<sup>23</sup>, faremos uma abordagem histórica sintetizada nas mudanças da organização administrativa do Estado ocorridas a partir das bases do Estado de Direito, que vão do Estado liberal ao atual Estado Social e Democrático de Direito, passando pelo Estado de Bem Estar ou Providência, identificando as relações entre a sociedade e o Estado e traçando ao longo deste período histórico o desenvolvimento do Terceiro Setor.

Frise-se, pois, que embora o Estado Moderno representasse uma conquista importante em termos de organização social, possibilitando a atribuição de poder soberano ao Estado, e, portanto, uma institucionalização do poder até então inexistente diante das “profundas instabilidades e tensões sociais, marcadamente pelos conflitos entre a Igreja e o Império e a condição imposta pela dificuldade na manutenção das relações comerciais”<sup>24</sup>, não ficou livre de críticas e acusações, pois esse modelo propugnado pelo Estado Moderno apresentava-se como “um limitador das liberdades e individualidades dos cidadãos, por sua condição de interventor na sociedade, sobretudo, por adotar, em seu início, características absolutistas”<sup>25</sup>,

<sup>21</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu, *Elementos de teoria geral do Estado*, p. 52.

<sup>22</sup> Segundo as brilhantes lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, “O Direito Administrativo nasce com o Estado de Direito. Nada semelhante àquilo que chamamos de Direito Administrativo existia no período histórico que precede à 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 –, vigorava, 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 antítese 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.” In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Curso de direito administrativo*, p. 47.

<sup>23</sup> Rousseau e Montesquieu foram as fontes inspiradoras do Estado de Direito e por consequência firmaram as bases ideológicas do Direito Administrativo, concebido inicialmente na França. Rousseau propugnava pelo princípio da igualdade de todos os homens e como decorrência desse primado, a soberania popular. Montesquieu, por sua vez, sistematizou a idéia da tripartição do exercício do Poder, diante da afirmação contundente de que todo aquele que detém o Poder tende a abusar dele e que o Poder vai até onde encontra limites.

<sup>24</sup> SOUZA, Leandro Marins, *Tributação do Terceiro Setor no Brasil*, p. 55.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 55.

propiciando, assim, a eclosão do Estado Liberal, com raiz marcadamente individualista.

Nessa perspectiva, Maria Tereza Fonseca Dias menciona os três paradigmas que podem ser traçados, desde a formação do direito na Modernidade: o direito formal burguês (Estado Liberal); o direito materializado do Estado social (Estado de Bem-Estar Social); e o Estado Democrático de Direito, denominado por Habermas, na Teoria Discursiva do Direito e da Democracia, como paradigma procedimental do direito. Em cada um dos referidos paradigmas, dada a complexidade de suas postulações, o que importa analisar no contexto deste trabalho são as imagens-modelo construídas na compreensão da relação entre esferas pública e privada, mesmo que haja simplificação de seus conteúdos. Nas imagens-modelo que compreende a realidade dos fenômenos, percebe-se que não há uma ruptura estanque entre os paradigmas do Estado e nem sua superação absoluta no tempo, como se as mesmas pudessem se perceber como processo “evolutivo”.<sup>26</sup>

O Estado liberal surge como uma reação ao absolutismo que imperava desde a Idade Média, e caracterizava-se por um não intervencionismo estatal na esfera dos cidadãos. Ou seja, o abstencionismo marcava a atuação do Estado no sentido da não interferência na esfera política (consagração dos direitos de liberdade e propriedade), jurídica (prestígio aos princípios da legalidade e igualdade) e econômica (consagração da livre iniciativa e da livre concorrência) dos indivíduos.

Os eventos principais que marcaram o início do Estado liberal são a Constituição Americana de 1787 e a Revolução Francesa de 1789. Este modelo de Estado possui como traços fundamentais a submissão do poder ao império da lei, a separação dos poderes e a garantia dos direitos fundamentais.

Porém, sob a égide do Estado liberal, o paradigma do Estado formal burguês fez dos direitos fundamentais um *status negativus*, ou seja, a ingerência estatal deve limitar-se ao princípio da subsidiariedade, na medida em que só deve interferir na vida social de maneira pontual e nos limites estabelecidos pelo direito, mantendo-se, assim, a esfera de autonomia e liberdade dos indivíduos.<sup>27</sup>

---

<sup>26</sup> DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Terceiro Setor e Estado: legitimidade e regulação: por um novo marco jurídico*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 35.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 35.

Aliás, a não ingerência estatal nas liberdades individuais e a omissão do Estado quanto às questões sociais e econômicas são as grandes características do modelo liberal, instaurando-se, pois, um Estado mínimo, cujo papel era apenas o de salvaguardar as liberdades individuais.

Neste contexto histórico, marcado pela ausência do Estado na vida social dos indivíduos, a presença de grupos intermediários entre a sociedade e o Estado é vista como uma ameaça às liberdades individuais. Nesse sentido as lições de Dinorá Adelaide Musetti Grotti ao afirmar que

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.<sup>28</sup>

Assim, qualquer afirmação no sentido da existência de algum traço de relacionamento entre o Estado e a sociedade civil com objetivos comuns à realização dos interesses da coletividade, torna-se incipiente e frágil, já que predominava à época do Estado liberal forte dicotomia entre o interesse público e o interesse privado.

A presença de uma clara dicotomia entre os atores público e privado no modelo liberal também é objeto de ponderação de Silvia Faber Torres ao afirmar que

Todo esse movimento liberal descrito, calcado na liberdade individual frente a qualquer forma de poder opressivo ou não consentido, acaba por trazer, em última instância, uma dicotomia entre o público e o privado, na medida em que se via no Estado um perigo iminente de devastação da esfera de autonomia pessoal inseparável da natureza humana.<sup>29</sup>

Embora não se possa cogitar de rupturas estanques entre um modelo estatal e outro, como já afirmamos, é bem verdade que a concepção liberal foi sofrendo ao longo do século XIX profundas alterações, ocasionadas principalmente pela

<sup>28</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti, *O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*, p. 23.

<sup>29</sup> TORRES, Silvia Faber. *O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 47.

percepção de que sem o Estado não se poderia alcançar melhorias importantes e necessárias no âmbito social, bem como pela “desmistificação da igualdade formal preconizada pelo liberalismo clássico, que cerrava as portas à liberdade concreta de todo o corpo social”<sup>30</sup>.

Isto porque, “a valorização do indivíduo chegou ao *ultra-individualismo*, que ignorou a natureza associativa do homem e deu margem a um comportamento egoísta, altamente vantajoso para os mais hábeis, mais audaciosos ou menos escrupulosos”<sup>31</sup>, gerando desigualdades de toda sorte e propiciando uma crescente injustiça social.

Como bem observa Alberto Shinji Higa, em importante dissertação sobre o tema da responsabilidade civil do Estado em face da atividade administrativa de fomento no domínio social:

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.<sup>32</sup>

Por conta dessa realidade, ocorreu paulatinamente uma evolução da concepção do Estado liberal que culminou no chamado Estado social, cujos marcos pontuais podem ser atribuídos à Constituição mexicana de 1917 e à Constituição de Weimar de 1919, destinando-se com primazia na afirmação dos direitos sociais e na aplicação dos objetivos da justiça social.

Neste momento histórico, a transição do Estado liberal para o Estado social, foi imprescindível não apenas para superar as profundas marcas deixadas pelo individualismo e pelo abstencionismo estatal, mas para recuperar a destruição em que se encontravam submetidos os países europeus, aliada à crise econômica e social, perpetrada por anos de conflitos, vide Primeira Guerra Mundial (1914-1918).

No paradigma do Estado social, *a contrario sensu*, os direitos fundamentais são vistos como um *status positivus*, em que se vislumbra uma prestação positiva do Estado, como meio de garantir o bem estar dos cidadãos. Esse modelo, por sua vez,

---

<sup>30</sup> TORRES, Sílvia Faber, *O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo*, p. 50.

<sup>31</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu, *Elementos de teoria geral do Estado*, p. 278.

<sup>32</sup> HIGA, Alberto Shinji. *A responsabilidade civil do Estado em face da atividade administrativa de fomento no domínio social e do agente fomentado à luz da Constituição Federal de 1988*. Dissertação de Mestrado, PUC-SP, 2009, p. 34.

proclamou um crescimento desmesurado da Administração Pública e a concentração do espaço público no Estado.

O Estado de Bem Estar Social (welfare State) surge como vertente mais intervencionista do Estado Social, objetivando assegurar com maior comprometimento público, condições mínimas consideradas vitais, tais como, saúde, educação, moradia, alimentação, renda, entre outros.

Desse modo, pois, o Estado de Bem Estar Social surge com o propósito de assegurar os direitos sociais, reduzindo as desigualdades surgidas com a política não intervencionista do modelo liberal, propugnando, portanto, por uma maior ingerência estatal na esfera econômica e social dos cidadãos.

Contudo, conforme lições de Augustín Gordillo<sup>33</sup>, o Estado de Bem Estar surge como um processo de revitalização do Estado de Direito, cujos preceitos de legalidade e igualdade, tão caros à Revolução Francesa, são aperfeiçoados. Assim são suas palavras:

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-a.<sup>34</sup>

A participação da sociedade civil na realização de atividades de interesse social e coletivo começa a surgir, ainda que timidamente, no seio do Estado de Bem Estar Social, principalmente sob a atividade administrativa de fomento.

Nesta linha argumentativa, Maria Sylvia Zanella Di Pietro constata, em apertada síntese, ao analisar características deste modelo estatal, que algumas atividades passaram a ser atribuídas ao Estado, aumentando-se o rol dos serviços públicos prestados por ele diretamente ou por meio de empresas estatais criadas com este propósito; algumas atividades econômicas, ainda que tenham permanecido com a iniciativa privada, passaram a sofrer alguma intervenção estatal (intervenção do Estado no domínio econômico), por meio de criação de empresas

<sup>33</sup> GORDILLO, Augustín A. *Introducción al derecho administrativo*. 2ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996, p. 54.

<sup>34</sup> Texto no original: “*Em realidad, si tomamos lá noción tradicional de Estado de Derecho parecería tal vez que há sido sustituida 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 e actualizándola, pero em modo alguno suprimiéndola o sustituyéndola*”.

públicas e sociedades de economia mista sob controle acionário do Estado; e, por fim, justificando nossa assertiva

(...) 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 à 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.<sup>35</sup>

Entretanto, o aumento do tamanho do Estado e as inúmeras responsabilidades assumidas por ele para corrigir as mazelas sociais do Estado liberal, promoveram profundas marcas neste modelo estatal, apresentando-se ineficaz e falido.

Nesse sentido, Leandro Marins Souza anota com precisão:

No entanto, o aumento da necessidade de intervenção do Estado, aliado a diversos outros fatores como, por exemplo, o crescimento populacional superior ao ingresso de receitas para o Estado, faz eclodir o que se tem chamado de *crise fiscal do Estado*.<sup>36</sup>

Assim também, como bem acentua Dinorá Adelaide Musetti Grotti:

Na quadra final do século XX o Estado do bem estar, idealizado durante as últimas décadas, recebe crítica cerrada, identificado com a idéia de ineficiência econômica do setor público e o desperdício de recursos; incapacidade de investimento; o imenso custo, causador de gigantescos endividamentos públicos; insatisfatória qualidade dos serviços prestados, tornando-se o cidadão cativo e sufocado pelo próprio Estado.<sup>37</sup>

Continua, ainda, a referida autora, ao mencionar lições de Gaspar Ariño Ortiz<sup>38</sup> e Caio Tácito<sup>39</sup>:

Passando a ser visto com descrédito o potencial do Estado como instrumento do progresso e da transformação, criou-se um certo consenso de que deve haver um enxugamento dos encargos estatais e a devolução de atividades à iniciativa social ou até mesmo a entrega de tarefas que anteriormente só o Estado desempenhava. Assiste-se hoje ao refluxo da atuação do Estado, e o pêndulo, que oscilava para o setor público, volta para o setor privado, ampliando o

<sup>35</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di, *Parcerias na Administração Pública. Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras Formas*, p. 27-28.

<sup>36</sup> SOUZA, Leandro Marins, *Tributação do Terceiro Setor no Brasil*, p. 60.

<sup>37</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti, *O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*, p. 65-66.

<sup>38</sup> ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de derecho público económico (Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica)*. Granada, Comares, 1999, p. 549-550.

<sup>39</sup> TÁCITO, Caio. *O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro*. In: *Temas de direito público (Estudos e pareceres)*, v. 1, 1997, p. 721-733.

seu campo e a busca de um papel protagônico mais acentuado da sociedade na escolha de seu próprio destino.<sup>40</sup>

Celso Antônio Bandeira de Mello anota com crítica a ideologia política que perpetrou-se em todo o mundo (sobretudo, com a hegemonia política e econômica implantada pelos Estados Unidos da América do Norte, por meio dos organismos financeiros internacionais) e que justificou a derrogada do modelo de Estado Social.

Assim são suas acertadas críticas:

É verdade que nos recentes últimos anos o Estado Social de Direito passou, em todo mundo, por uma enfurecida crítica, coordenada por todas as forças hostis aos controles impostos pelo Estado e aos investimentos públicos por ele realizados. Pretenderam elas reinstaurar o ilimitado domínio dos interesses econômicos dos mais fortes, tanto no plano interno de cada País quanto no plano internacional, de sorte a implantar um não-abertamente confessado “darwinismo” social e político. Este movimento estribou-se em uma gigantesca campanha publicitária denominada “globalização”, que preconizou um conjunto de providências concretas representativas do chamado “neoliberalismo”.<sup>41</sup>

Embora em tudo concordemos com o posicionamento crítico apontado acima, não perfilharemos com maior profundidade questões metajurídicas e que escapam ao objeto de análise eminentemente dogmática da temática que envolve a análise do regime jurídico afeto à gestão dos serviços de saúde por entidades do Terceiro Setor.

Nessa ordem de idéias, portanto, o grande desafio após a percepção do insucesso do modelo do Estado social e da sua incapacidade em atender as demandas apresentadas pela sociedade, foi o de encontrar uma alternativa entre o abstencionismo e o intervencionismo estatais, presentes, respectivamente, no Estado liberal e no Estado social, encontrando-se um ponto de equilíbrio entre a prestação eficiente de serviços sociais aos cidadãos e a manutenção da boa saúde financeira do Estado.

Nesta ordem de evolução histórica, portanto, começa a se desenhar um processo de desenvolvimento estatal em que se procura limitar e redefinir o papel do Estado enquanto prestador exclusivo de serviços públicos, alargando a participação da sociedade civil organizada no desempenho de atividades que sobrepujam os

---

<sup>40</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti, op. cit. p. 66.

<sup>41</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Curso de Direito Administrativo*, p. 50-51.



interesses meramente individuais, admitindo-se, pois, novas formas de ajustes entre o Poder Público e a iniciativa privada na consecução do interesse público.

O Estado social e democrático de direito surge, assim, como uma síntese dialética entre o liberalismo individualista do Estado liberal e o agigantamento estatal do Estado social, possibilitando a realização dos primados da justiça e bem estar sociais em conjunto com a sociedade civil que adquire papel fundamental na realização de tais objetivos.

Por tudo isso, a busca por um modelo que permitisse o Estado assegurar o cumprimento dos objetivos sociais traçados e reequilibrar as contas públicas, foi o grande argumento justificador das correntes reformistas surgidas a partir das últimas duas décadas do século XX, que propugnavam uma revisão do modelo de Estado corrente e acendendo um novo debate sobre o papel do Estado e sua relação com a sociedade e o mercado.

É, portanto, neste contexto histórico que se intensificam os debates sobre o fenômeno denominado Terceiro Setor, que

se fundamentam sobretudo numa valorização e num fortalecimento da sociedade civil, representada institucionalmente pelas entidades que compõem este fenômeno social. Diante das dificuldades estatais em prover os cidadãos das mínimas condições socioeconômicas garantidas pelo *Estado Social*, e sabendo-se das mazelas decorrentes da não-intervenção absoluta do Estado, como o era no *Estado Liberal*, propõe-se a participação da sociedade civil na complementação a estas necessidades, seja através dos próprios cidadãos organizados, seja através das instituições do mercado.<sup>42</sup>

No Brasil, podemos identificar quatro etapas de desenvolvimento do Terceiro Setor ao longo de todo período histórico que compreende a constituição e organização do Estado Brasileiro.

Podemos identificar como primeira etapa de desenvolvimento do Terceiro Setor as ações filantrópicas desempenhadas por meio das Santas Casas de Misericórdias que remontam ao Brasil Colônia e que prestavam relevantes serviços à coletividade em áreas como saúde e educação.

A segunda etapa de desenvolvimento do Terceiro Setor compreende o período do Governo Vargas até meados dos anos 60, em que, embora estivesse presente uma forte influência do Estado de Bem Estar Social e, portanto, assunção

---

<sup>42</sup> SOUZA, Leandro Marins, *Tributação do Terceiro Setor no Brasil*, p. 61.

de um maior número de serviços públicos pelo Estado, verifica-se neste período a edição das primeiras legislações no tocante às entidades filantrópicas, de cunho notadamente social, a exemplo da Lei nº 91/1935, que confere o título de Utilidade Pública Federal àquelas entidades que tenham o fim exclusivo de “servir desinteressadamente à coletividade”.

O terceiro ciclo de desenvolvimento do Terceiro Setor no Brasil é assim definido por Alberto Shinji Higa, com base nas lições de Pedro Carpenter Genescá:

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).<sup>43</sup>

Por fim, a quarta etapa de desenvolvimento do Terceiro Setor teve início em meados de 80 (encontrando-se ainda em franco desenvolvimento) com o fortalecimento da sociedade civil diante dos contornos de um Estado Social e Democrático de Direito afirmados na própria Constituição Federal de 1988, bem como com as ondas reformistas que a ela sucederam na tentativa de reduzir o tamanho do Estado, acusado de falido e ineficiente na prestação dos serviços públicos, utilizando-se cada vez mais de instrumentos de parceria entre o Estado e a iniciativa privada na realização dos fins do Estado.

Silvia Faber Torres, bem por isso anota:

E é nessa mudança de perspectiva sobre os limites entre o Estado e a sociedade civil, em que se verifica a retomada da primazia desta última, é que se há de analisar o princípio da subsidiariedade, ressaltando que nesse novo desenho institucional, as responsabilidades devem ser assumidas, sempre que possível, pelas organizações menores, atribuindo-se às maiores quando aquelas não puderem realizá-las com a eficiência indispensável.<sup>44</sup>

<sup>43</sup> HIGA, Alberto Shinji, *A responsabilidade civil do Estado em face da atividade administrativa de fomento no domínio social e do agente fomentado à luz da Constituição Federal de 1988*, p. 135.

<sup>44</sup> TORRES, Silvia Faber, *O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo*, p. 63.

Por todo exposto, passamos a descrever no próximo item as reformas administrativas perpetradas ao longo da segunda metade do século XX e que propugnaram por um modelo de Estado menos burocrático e mais gerencial, admitindo fortemente a participação da iniciativa privada na gestão de recursos públicos e promovendo um processo de emagrecimento do aparelho estatal, sob os argumentos de ineficiência estatal e incapacidade de investimentos públicos.

### 1.1.2 As Reformas Administrativas do Estado Brasileiro

A crise financeira do Estado e a crise da administração burocrática fez surgir inicialmente na Grã-Bretanha e, em seguida, em diversos países, inclusive no Brasil, a chamada reforma gerencial.

Na década de 80, inicia-se no Brasil, acompanhando as reformas já em andamento em muitos países, um processo de alteração do modelo de Estado Social, de cunho nitidamente expansionista e intervencionista até então vigente, com a primeira reforma do Estado por meio do Programa Nacional de Desburocratização de 1981, que transferiu empresas estatais para o setor privado, tendo sido aperfeiçoado de forma contínua nos governos de Fernando Collor e Fernando Henrique Cardoso.

Em 1995, sob a égide do governo Fernando Henrique Cardoso, ocorreu a transformação da Secretaria da Administração Federal (SAF) em um novo ministério denominado Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado (MARE), com o objetivo de coordenar o processo de reforma do aparelho do Estado.

Ainda nesse ano, por meio do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, elaborado pelo Ministro do Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado (MARE), Luiz Carlos Bresser Pereira, aperfeiçoa-se o processo de reforma do Estado, no qual foram definidos quatro setores de atuação do Estado:

- a) núcleo estratégico – correspondente às funções dos Poderes Legislativo, Judiciário, Executivo e do Ministério Público, nos quais as leis e políticas públicas são definidas;
- b) atividades exclusivas – grupo de atividades que só o Estado pode realizar, tais como, poder de regulamentar, fiscalizar e fomentar;
- c) serviços não-exclusivos – grupo de atividades que o Estado exerce simultaneamente com outras

organizações públicas não-estatais e privadas, como educação e saúde e; d) produção de bens e serviços para o mercado – correspondente à área de atuação das empresas estatais do segmento produtivo ou do mercado financeiro.

As principais questões envolvidas na reforma administrativa baseavam-se nos seguintes aspectos: i) revisão do marco legal (necessidade de reforma constitucional e da legislação vigente); ii) uma nova organização administrativa contemplando as agências reguladoras, executivas e organizações sociais; iii) adoção de modelos gerenciais, tais como, contratos de gestão, programas de controle de eficiência e qualidade na administração pública; iv) valorização do servidor público por meio de revisão da política de remuneração, capacitação de funcionários e fortalecimento das carreiras.

No contexto da reforma administrativa apresentava-se uma reflexão conceitual sobre as três formas de Administração Pública conhecidas: patrimonialista; burocrática e gerencial.

A primeira forma de Administração Pública adotada foi caracterizada no início do Estado moderno, no qual havia confusão entre o patrimônio público e o privado, constatando-se fortemente o nepotismo, empreguismo e a corrupção.

De acordo com os ditames contidos no “Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado”, a Administração Pública patrimonialista pode ser assim definida:

No patrimonialismo, o aparelho do Estado funciona como uma extensão do poder soberano, e os seus auxiliares, servidores, possuem *status* de nobreza real. Os cargos são considerados prebendas. A *res publica* não é diferenciada da *res principis*. Em conseqüência, a corrupção e o nepotismo são inerentes a esse tipo de administração. No momento em que o capitalismo e a democracia se tornam dominantes, o mercado e a sociedade civil passam a se distinguir do Estado. Nesse momento histórico, a administração patrimonialista torna-se uma excrescência inaceitável.<sup>45</sup>

O modelo burocrático, por sua vez, representou a primeira grande reforma ocorrida na segunda metade do século XIX nos principais países europeus, tornando o aparelho do Estado mais profissionalizado e com maior efetividade, embora, segundo Bresser Pereira, “não particularmente mais eficiente”. No Brasil, a reforma burocrática ocorreu no primeiro terço do século XX sob o primeiro governo Vargas,

---

<sup>45</sup> *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Brasília: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1995, p. 20.

executada por Maurício Nabuco e Luís Simões Lopes. Em 1936, com o objetivo de realizar a reforma burocrática foi criado o Conselho Federal do Serviço Público Civil, substituído em 1938 pelo Departamento Administrativo do Serviço Público – DASP.<sup>46</sup>

O terceiro modelo de Administração Pública, chamado gerencial, teve origem na década de 80, na Grã-Bretanha, conhecido como a segunda reforma administrativa dos países capitalistas, ou seja, passagem da Administração até então burocrática em gerencial, tornando o Estado mais eficiente e moderno, possibilitando o fortalecimento de mecanismos de controle; maior autonomia ao gestor público e; possibilidade de responsabilização pelos seus atos.<sup>47</sup>

Para Bresser Pereira, o modelo de Administração Pública gerencial somente é possível nos países democráticos “dado que a reforma da gestão pública dependia de sistemas de responsabilização social que só as democracias garantem”.<sup>48</sup>

Os dois pilares que nortearam a reforma da gestão pública (1995/1998) foram, basicamente, a concessão de maior autonomia e responsabilidade aos gestores e administradores públicos, alcançada por meio da redução do controle burocrático baseado em regras procedimentais detalhadas, supervisão e auditoria, aumentando-se a ênfase nas metas e nos controles de resultados com a conseqüente responsabilização do administrador. O segundo pilar norteador foi a redução do aparelhamento administrativo, fazendo com que o Estado executasse diretamente apenas suas atividade exclusivas (formulação de leis e políticas públicas), ficando os demais serviços a cargo da iniciativa privada, por meio de delegação (concessão e permissão) e outros meios de contratação.<sup>49</sup>

Com relação ao setor de serviços não-exclusivos, a proposta do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado admitiu a chamada propriedade pública não-estatal de bens e serviços a ser titularizada pelas organizações sem fins lucrativos por meio do processo denominado “publicização”, ou seja, a transferência de

---

<sup>46</sup> O DASP foi extinto em 1986, substituído pela Secretaria de Administração Pública da Presidência da República – SEDAP, extinta em 1989, incorporada à Secretaria do Planejamento da Presidência da República. Em 1990 foi criada a Secretaria da Administração Federal da Presidência da República – SAF, que em 1992 foi incorporada ao Ministério do Trabalho, e em 1995 foi transformada no Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado – MARE. In: VIOLIN, Tarso Cabral. *Terceiro Setor e as parcerias com a Administração Pública: Uma análise crítica*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006, p. 71.

<sup>47</sup> BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Instituições, Bom Estado e Reforma da Gestão Pública*. RERE, n. 1, mar./abr./maio 2005, p.12.

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 12.

<sup>49</sup> BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos, *Instituições, Bom Estado e Reforma da Gestão Pública*, p.13.

atividades não-exclusivas do Estado, como saúde e educação, para o setor privado compreendido pelas entidades sem fins lucrativos.

Ressalte-se, contudo, que os argumentos justificadores da redefinição do papel do Estado por meio da reforma da gestão pública, segundo Sílvio Luis Ferreira da Rocha, “são financeiros, jurídicos e políticos e partem da premissa – não comprovada por qualquer experiência histórica recente – de que haverá, ao final do processo uma melhoria na capacidade do Estado de atender às demandas sociais”.<sup>50</sup>

Em 1999, no segundo mandato do então presidente Fernando Henrique Cardoso, houve a extinção do Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado (MARE), substituído pelo atual Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, responsável pela implementação das propostas elaboradas pelo extinto Ministério.

Paulo Modesto<sup>51</sup> menciona didaticamente os quatro objetivos buscados pela Reforma do Estado: a) objetivo econômico: diminuir o déficit público, ampliar a poupança pública e a capacidade financeira do Estado para concentrar recursos em áreas em que é indispensável a sua intervenção direta; b) objetivo social: aumentar a eficiência dos serviços sociais oferecidos ou financiados pelo Estado, atendendo melhor o cidadão a um custo menor, zelando pela interiorização na prestação dos serviços e ampliação do seu acesso aos mais carentes; c) objetivo político: ampliar a participação da cidadania na gestão da coisa pública; estimular a ação social comunitária; desenvolver esforços para a coordenação das pessoas políticas no implemento de serviços sociais de forma associada; e d) objetivo gerencial: aumentar a eficácia e efetividade do núcleo estratégico do Estado, que edita leis, recolhe tributos e define as políticas públicas; permitir a adequação de procedimentos e controles formais e substituí-los, gradualmente, porém de forma sistemática, por mecanismos de controle de resultados.

Contudo, diante da realidade implantada com a reforma gerencialista, concordamos integralmente com posicionamento esposado por Tarso Cabral Violin ao afirmar que

---

<sup>50</sup> ROCHA, Sílvio Luis Ferreira da, *Terceiro Setor*, p. 81.

<sup>51</sup> *Reforma Administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil*. Salvador: Revista Diálogo Jurídico, Ano I, n° 9, dezembro de 2001, p. 3.

Entretanto, políticas de ‘desburocratização’ podem levar a Administração Pública brasileira a um retrocesso, a um processo de volta efetiva às práticas patrimonialistas e fisiológicas, como fuga do concurso público para a contratação de servidores (com a criação de número excessivo de cargos em comissão, terceirizações ilícitas, burla nos concursos realizados); desqualificação do quadro de servidores; falta de controle sobre os procedimentos, podendo redundar em burlas aos princípios da isonomia, moralidade, entre outros; e demais práticas de desmantelamento do aparelho Estatal.<sup>52</sup>

Nesta ordem de idéias, portanto, “se com o ideário da Administração Pública burocrática não conseguimos extirpar o patrimonialismo no Brasil, verificamos que com o gerencialismo este patrimonialismo tende a aumentar cada vez mais.”<sup>53</sup>

Gustavo Justino de Oliveira ao estudar a relação do Terceiro Setor com a Reforma do Estado aduz:

É possível afirmar que o recente interesse pelo *Terceiro Setor* é uma das decorrências das políticas reformistas de Estado, ocorridas nas últimas décadas do século XX, as quais provocaram, em muitos casos, o desmantelamento das estruturas públicas voltadas à prestação de serviços sociais à comunidade.<sup>54</sup>

Contudo, em que pese o reconhecimento da efervescência da temática envolvendo o Terceiro Setor e sua eclosão de forma acentuada com a reforma gerencialista do Estado em meados de 1990, aproximando o público e o privado na consecução de atividades de relevante interesse público, reconhece a doutrina mais atenta que a criação de entidades privadas sem finalidades lucrativas voltadas à defesa e promoção dos direitos sociais antecede a própria constituição e formalização do Estado Brasileiro.<sup>55</sup>

Segundo informações trazidas por Gustavo Justino de Oliveira

Tal afirmação apóia-se no fato de que a fundação da Santa Casa de Misericórdia de Santos em 1543, representa a certidão de nascimento do Terceiro Setor no Brasil, no sentido de marcar a atuação, em nosso país, de organizações privadas não lucrativas na consecução de atividades qualificadas como de interesse público ou de relevância pública.<sup>56</sup>

<sup>52</sup> VIOLIN, Tarso Cabral, *Terceiro Setor e as parcerias com a Administração Pública: Uma análise crítica*, p. 91.

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 86.

<sup>54</sup> OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Direito do terceiro setor*. Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS, ano 1, n. 1, jan./jun. 2007, Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 17.

<sup>55</sup> OLIVEIRA, Gustavo Justino de, *Direito do terceiro setor*, p. 23.

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 23.

Podemos afirmar, portanto, que o gerencialismo estatal foi a ideologia propulsora que permeou as legislações editadas no bojo da Reforma do Aparelho do Estado, a exemplo das Leis que dispõem na esfera federal sobre as “Organizações Sociais” e as “Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público”, leis nºs 9.637/98 e 9.790/99, respectivamente, e que permitiram a adoção de instrumentos jurídicos de parceria entre o Estado e a iniciativa privada sem fins lucrativos no desempenho de atividades de interesse público, com a flexibilização das regras publicísticas e, a nosso ver, em flagrante desacordo com os ditames constitucionais, como demonstraremos oportunamente.

Tendo em vista que o princípio da subsidiariedade, com origem na doutrina social da Igreja Católica<sup>57</sup>, foi resgatada pelos ideólogos da reforma gerencialista do Estado para estabelecer a nova relação entre a iniciativa privada e a esfera pública, rompendo uma vez por todas a dicotomia entre os atores público e privado, passamos a analisá-la no tópico seguinte, demonstrando sua contribuição para a redefinição do papel do Estado perpetrada nas duas últimas décadas do século XX.

### 1.1.3 A Redefinição do papel do Estado e o princípio da subsidiariedade

A definição do papel do Estado e sua relação com a sociedade civil experimentou durante todo o século XX diversas inspirações ideológicas. O cenário político, econômico e social neste século transitou entre o Estado Social e o chamado Estado Neoliberal<sup>58</sup>. O Estado social buscou a substituição do modelo de Estado abstencionista, típico do Estado liberal, pelo modelo intervencionista, em que há assunção de um maior número de atividades econômicas e sociais pelo Estado, como meio de melhor atender as novas necessidades públicas sentidas com a

---

<sup>57</sup> Não há consenso quanto à origem do princípio da subsidiariedade, havendo vozes no sentido de afirmar sua origem na Antiguidade, presente nos discursos de filósofos como Aristóteles, São Tomás de Aquino e Althusius. Porém, tomamos como ponto de partida neste trabalho, a concepção moderna do princípio da subsidiariedade, que nasce no seio da doutrina social da Igreja Católica, com a Encíclica *Rerum Novarum* do Papa Leão XIII (1891) e na Encíclica *Quadragesimo Anno*, do Papa Pio XI (1931).

<sup>58</sup> O neoliberalismo é o movimento ideológico identificado a partir da década de 80 do século XX, cujo ideário político retrocede ao pensamento liberal do século XIX, e impõe, diante do insucesso do Estado Providência e da crise fiscal por ele perpetrado, o retorno ao Estado mínimo, que recorre à desestatização, à privatização, à redução do Estado na economia e na prestação de serviços públicos, entre outras políticas de emagrecimento estatal.



evolução da sociedade e impulsionadas pelo fracasso do modelo liberal que preconizava a retirada do Estado do espaço econômico e social. Este modelo de Estado eclodiu no início do século XX, com as Constituições mexicana de 1917 e de Weimar de 1919.

O modelo intervencionista mostrou-se insustentável ao longo do tempo, pois a hipertrofia do Estado social culminou no aumento exacerbado do gasto público e, conseqüentemente, na insuficiência financeira de manutenção pelo Estado da oferta de bens e serviços à sociedade, ensejando, portanto, uma redefinição do papel do Estado frente à nova realidade de debilidade econômica do setor público e a sua notória incapacidade de satisfazer as demandas sociais<sup>59</sup>.

Assim, o fracasso do Estado social ensejou a devolução à sociedade de algumas atividades antes desempenhadas com exclusividade pelo Estado, sem, contudo, ocorrer um total afastamento do setor público ou a retomada integral dos ideais do Estado mínimo, apresentando-se como uma tarefa desafiadora encontrar um equilíbrio entre o modelo intervencionista e o de total abstencionismo estatal.<sup>60</sup>

Nesse sentido, a doutrina social da Igreja Católica resgatou o princípio da subsidiariedade como meio de justificativa à substituição do intenso intervencionismo estatal, apresentando-se como instrumento capaz de gerar o ponto de equilíbrio necessário entre a relação do setor público e a sociedade, indicando parâmetros, do ponto de vista jurídico, para uma distribuição subsidiária das competências e de poderes entre os setores público e privado, na satisfação das demandas sociais de interesse coletivo.<sup>61</sup>

O princípio da subsidiariedade apareceu expresso na Encíclica *Quadragesimo Anno* do Papa Pio XI (1931), e segundo Sílvia Faber Torres foi

concebido para proteger a esfera de autonomia dos indivíduos e da coletividade contra toda intervenção pública injustificada, contrapondo, de um lado, a autonomia individual e o pluralismo social às ideologias socialistas do final do século XIX e início do século XX, e, de outro, contestando os excessos do liberalismo clássico, que propugnava pelo afastamento do Estado do âmbito social.<sup>62</sup>

<sup>59</sup> TORRES, Sílvia Faber, *O Princípio da Subsidiariedade no Direito Público contemporâneo*, p. 2.

<sup>60</sup> Ibidem, p. 3.

<sup>61</sup> Ibidem, p. 3.

<sup>62</sup> TORRES, Sílvia Faber, *op. cit.* p. 7.

Com maior precisão, a ideia do referido princípio encontra-se enunciada na aludida Encíclica, n° 79, ao expor que “é dever da comunidade maior apoiar e estimular a comunidade menor, sendo uma injustiça subtrair desta e dos indivíduos, para confiar àquela, o que eles podem efetuar com a própria iniciativa e trabalho.”<sup>63</sup>

Contudo, embora a ideia de subsidiariedade já estivesse presente desde a Encíclica *Quadragesimo Anno* do Papa Pio XI de 1931, a expressão “princípio da subsidiariedade” foi empregada formalmente pelo Papa João Paulo II na Encíclica *Centesimo Anno*, que assim dispõe: “As relações dos poderes públicos com os cidadãos, as famílias e os corpos intermediários devem ser regidas e equilibradas pelo princípio da subsidiariedade.”<sup>64</sup>

O conteúdo básico do princípio da subsidiariedade formulado pela doutrina social da Igreja Católica, segundo Silvia Faber Torres, consiste em que

Uma entidade superior não deve realizar os interesses da coletividade inferior quando esta puder supri-los por si mesma de maneira mais eficaz, ou, sob uma perspectiva positiva, em que somente cabe ao ente maior atuar nas matérias que não possam ser assumidas, ou não o possam de maneira mais adequada, pelos grupos sociais menores.<sup>65</sup>

Portanto, duas implicações importantes são extraídas do conteúdo do princípio da subsidiariedade resgatado pela doutrina social da Igreja Católica. Por um lado, representa um limite à ingerência estatal e das autoridades superiores, ou seja, apresenta-se como um limite negativo à atuação do Estado e das autoridades mencionadas, e, por outro lado, torna indispensável a ajuda e o estímulo estatal e demais autoridades imediatamente superiores, quando a atuação do ente menor mostrar-se impossível ou até mesmo insatisfatória, sendo esta a faceta positiva do mencionado princípio.

Nesse sentido, o duplo aspecto do princípio da subsidiariedade foi apontado como um paradoxo por Chantal Millon-Delsol<sup>66</sup>, por representar ao mesmo tempo um dever de não ingerência e um dever de ingerência, pois se por um lado o Estado e as autoridades superiores não devem impedir as pessoas ou grupos sociais menores de dirigirem suas próprias ações, por outro, devem tais entidades

<sup>63</sup> TORRES, Sílvia Faber, *O Princípio da Subsidiariedade no Direito Público contemporâneo*, p. 8.

<sup>64</sup> Ibidem, p. 8.

<sup>65</sup> Ibidem, p. 3.

<sup>66</sup> MILLON-DELSOL, Chantal. *L'État Subsidaire*. Paris: PUF, 1992, p. 35/36, *apud* TORRES, Sílvia Faber, *O Princípio da Subsidiariedade no Direito Público contemporâneo*, p. 10.

superiores auxiliar, estimular e em última análise, até mesmo suprir os grupos sociais ou as pessoas, quando não possam por elas mesmas desempenhar determinada atividade ou, ainda, não possam desempenhá-la satisfatoriamente.

Impende demonstrar, portanto, que a ideia de subsidiariedade encampa a chamada “cadeia de subsidiariedade”, expressão empregada por Diogo de Figueiredo Moreira Neto e que bem resume o conteúdo do princípio aqui tratado, razão pela qual imperioso se faz transcrever suas lições sobre o assunto:

Deve-se reconhecer ao indivíduo o direito e a prioridade de atuar com seus próprios meios para a satisfação de seus interesses, só deferindo às entidades da sociedade aquilo que ele não possa fazer. Essa regra se repete de grau em grau de complexidade de organização social: às sociedades privadas deve-se reconhecer o direito e a privacidade de atuar com seus próprios meios para a satisfação dos interesses que lhe são próprios, só se transferindo às entidades públicas aquelas atividades que necessitem, de alguma forma, do exercício da coação. É, ainda, a mesma regra a que deve organizar os sucessivos graus de complexidade das entidades públicas, de tal forma que os entes menores tenham prioridade sobre os maiores para atuar na satisfação dos interesses locais, da mesma forma, a seguir, os entes públicos intermediários, para atuarem a satisfação dos interesses regionais e, ainda, os entes públicos nacionais, para atuarem na satisfação de todos os demais interesses que não possam ser satisfatoriamente atendidos pelos entes regionais. Finalmente, como corolário na órbita internacional, a atuação dos Estados soberanos deverá preferir sempre à entidades inter e supranacionais, que só deverão agir quando as entidades políticas nacionais não tenham condições de satisfazer certos interesses gerais que transcendam sua capacidade de ação. Articula-se, assim, uma cadeia de subsidiariedade, na qual o ente maior é sempre subsidiário do menor e, por isso, o maior só tem razão e dever de intervir quando os menores não tenham condições de atuar de modo eficiente.<sup>67</sup>

Tendo em vista que a possibilidade de efetivação de determinada atividade dentro da cadeia de subsidiariedade exige a constatação da sua possibilidade e eficiência no seu desempenho, começando-se de baixo para cima, ou seja, perquirindo primeiro o indivíduo, depois os grupos sociais intermediários, posteriormente a sociedade, para, por fim, alcançar-se o Estado, a doutrina afirma que o princípio da subsidiariedade é um princípio flexível, que exige análise pontual caso a caso, de modo a verificar-se, empiricamente, no caso concreto, a eventual

---

<sup>67</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Cidadania e Advocacia no Estado Democrático de Direito. Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, 1997, p. 118 *apud* TORRES, Sílvia Faber, *O Princípio da Subsidiariedade no Direito Público contemporâneo*, p. 11.

insuficiência ou impossibilidade do grupo menor em realizar a atividade que lhe é própria.<sup>68</sup>

A doutrina do direito público apoderou-se das ideias canônicas do princípio da subsidiariedade e passou a utilizá-la para justificar uma redefinição do papel do Estado, em que novas competências entre entes público e privado são desenhadas, reservando-se ao Estado o papel de guardião da liberdade, autonomia e dignidade humana.<sup>69</sup>

Verifica-se, pois, conforme assinala Sílvia Faber Torres, que o

princípio da subsidiariedade, assim, ressurge como justificativa de um estado 'subsidiário', em alternativa ao Estado de Bem Estar Social ou Providencial, e restringe a atuação do setor público, de um lado, ao incentivo e ao fomento da atividade individual e dos pequenos grupos, criando condições propícias à ação social, e, de outro, quando a sociedade mostrar-se incapaz de satisfazer seus próprios interesses, à ajuda ou auxílio material, sem que a intervenção, contudo, estenda-se além da necessidade averiguada.<sup>70</sup>

Segundo Sílvio Luis Ferreira da Rocha, o crescimento das organizações inseridas no Terceiro Setor se deve ao redescobrimto do princípio da subsidiariedade e à crise do Estado como prestador eficiente de serviços públicos.<sup>71</sup>

O princípio da subsidiariedade surge como algo novo entre a intervenção total do Estado e a supressão da autonomia privada e o liberalismo clássico e sua política de intervenção mínima do Estado. Esse princípio foi concebido para proteger a esfera de autonomia dos indivíduos e da coletividade contra toda intervenção pública injustificada, contrapondo, de um lado, a autonomia individual e o pluralismo social às ideologias socialistas do final do século XIX e início do século XX e, de outro, contestado os excessos do liberalismo clássico que propugnava pelo afastamento do Estado do âmbito social.<sup>72</sup>

Segundo Maria Sílvia Zanella Di Pietro ao tratar do princípio da subsidiariedade “o Estado deve abster-se de exercer atividades que o particular tem

---

<sup>68</sup> TORRES, Sílvia Faber, *O Princípio da Subsidiariedade no Direito Público contemporâneo*, p. 12-13.

<sup>69</sup> Ibidem, p. 9.

<sup>70</sup> Ibidem, p. 14.

<sup>71</sup> ROCHA, Sílvio Luis Ferreira da, *Terceiro Setor*, p. 13.

<sup>72</sup> Ibidem, p.14.

condições de exercer por sua própria iniciativa e com seus próprios recursos”<sup>73</sup> A referida autora aponta, ainda, várias tendências da aplicação do princípio da subsidiariedade, tais como: a) a diminuição do tamanho do Estado, via privatização, a partir da década de 80; com o regime de direito público apenas nos serviços públicos típicos do Estado, e gestão privada quando a rigidez do regime publicístico for desnecessária; b) o interesse público que deixou de ser prerrogativa exclusiva do Estado; c) a ampliação da política de fomento via parcerias, com incentivo à iniciativa privada de interesse público, com o princípio regendo as atividades sociais e econômicas; d) desregulamentação, que é uma forma de regulação que substitui a regulação anterior, com o restabelecimento da liberdade para o exercício da indústria, do comércio, das profissões liberais, limitadas por excesso de regulação; e e) busca pelo interesse público primário (dos cidadãos) e não secundário (da Administração Pública).<sup>74</sup>

O princípio da subsidiariedade é apontado como divisor de águas entre o Estado Social e o chamada “Estado Subsidiário”, em que sem retornar exatamente aos contornos do Estado liberal, apodera-se de alguns primados, devolvendo à sociedade a condução de algumas atividades desempenhadas com exclusividade pelo Estado, porém, dele afastando-se, na medida em que há a redescoberta da atividade administrativa de fomento, como adiante demonstraremos.

Assim, elucidativas são as lições de Sílvio Luis Ferreira da Rocha ao afirmar que: “No direito público o princípio da subsidiariedade serve para fundamentar uma nova concepção de Estado, onde o papel do Poder Público deve ser limitado ao fito de resguardar a liberdade, autonomia e a dignidade humana. Ressurge como justificativa de um Estado subsidiário – alternativo ao Estado do Bem-Estar Social ou Providencial – que restringe a atuação do setor público, de um lado, ao incentivo e ao fomento da atividade individual e dos pequenos grupos, criando condições propícias à ação social; e, de outro, quando a sociedade se mostrar incapaz de satisfazer seus próprios interesses, à ajuda ou auxílio material, sem que a intervenção, contudo, se estenda além da necessidade averiguada.”<sup>75</sup>

---

<sup>73</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di, *Parcerias na Administração Pública. Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras Formas*, p. 27.

<sup>74</sup> *Ibidem*, p. 26, 29-32.

<sup>75</sup> ROCHA, Sílvio Luis Ferreira da, *Terceiro Setor*, p. 15.

Ao nosso entendimento, portanto, o princípio da subsidiariedade apresenta-se como uma síntese dialética entre os ideais intervencionistas do Estado de Bem Estar Social e abstencionista do Estado liberal, e se amolda com perfeição ao modelo do Estado Social e Democrático de Direito, desde que respeitados os limites estabelecidos constitucionalmente e atendidas as possibilidades jurídicas da prestação indireta de serviços sociais pelo Estado, em que ao invés da prestação direta por ele, a iniciativa privada realiza atividades de relevante interesse público, mediante o fomento estatal, com base no princípio da subsidiariedade, sempre de modo complementar e jamais em substituição ao Estado.

Luis Eduardo Patrone Regules desmistifica do mesmo modo a errônea compreensão de associar-se o princípio da subsidiariedade à retomada de um Estado mínimo, conforme trecho que segue:

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 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.<sup>76</sup>

No Brasil, portanto, a aplicação do princípio da subsidiariedade tem sido amplamente empregada na prestação dos chamados serviços sociais, em que diante da não privatividade estatal na prestação de serviços como educação, saúde, cultura, pesquisa, assistência social, previdência e meio ambiente, legislações infraconstitucionais foram sendo editadas ao longo das últimas décadas do século XX com o fito de promover uma maior inserção da sociedade civil organizada na prestação de tais serviços, mediante instrumentos jurídicos que formalizam uma

---

<sup>76</sup> REGULES, Luis Eduardo Patrone. *Terceiro Setor – Regime Jurídico das OSCIPs*. São Paulo: Método, 2006, p. 70-71.

relação de fomento entre o Estado e a iniciativa privada na realização de atividades sociais de interesse público.

Ocorre, porém, que todo o projeto ideológico que norteou a Reforma do Estado e, conseqüentemente, a proliferação do fenômeno “Terceiro Setor” e legislações infraconstitucionais sobre este setor, parece ter menosprezado os limites constitucionais existentes à aplicação do princípio da subsidiariedade, pois o que se observa na prática, a exemplo da experiência constatada no âmbito do Estado de São Paulo, de transferência integral da gestão dos serviços públicos de saúde para a iniciativa privada sem fins lucrativos, demonstra a subversão das normas constitucionais, que apenas autorizam uma atividade complementar e jamais substitutiva destas entidades privadas pelo Estado no cumprimento de suas obrigações prestacionais de ordem social.

Teceremos em momento oportuno e com maior rigor crítico e fundamentos jurídicos nossa posição em sentido contrário aos posicionamentos doutrinários que admitem a substitutividade estatal pela iniciativa privada, ainda que sem fins lucrativos, na prestação dos serviços públicos sociais, fundamentando-se na aplicação integral do princípio da subsidiariedade, tendo em vista a afronta que este pensamento representa ao sistema normativo brasileiro, que encontra seu limite e fundamento de validade nas próprias normas traçadas pela Constituição.

Dessa forma, imprescindível passarmos no próximo tópico a estudar os meios jurídicos alcançados por meio da edição de legislações infraconstitucionais no cumprimento dos objetivos traçados com a Reforma do Estado, bem como elucidarmos em que medida os mecanismos buscados tornaram-se o que se convencionou chamar de “marco jurídico do Terceiro Setor”, impulsionando uma maior inserção da iniciativa privada sem fins lucrativos na participação conjunta com Estado na realização das obrigações de ordem social impostas pela nossa Constituição.

#### 1.1.4 Marco jurídico do Terceiro Setor

Buscaremos neste tópico mencionar sucintamente as legislações que foram surgindo principalmente ao longo das últimas décadas do século XX, no sentido de

fortalecer a sociedade civil organizada com o intuito de promoção de atividades de cunho nitidamente social e de relevante interesse público, desenhando o que convencionou-se denominar por marco jurídico ou regulatório do Terceiro Setor.

Para cumprir tal mister, não adentraremos nas nuances de ordem política que influenciaram a propagação destas legislações ao longo dos últimos anos, por entendermos transbordar a natureza substancialmente dogmática da presente pesquisa.

Assim, temos que o marco jurídico do Terceiro Setor remonta à década de 30 do século XX, com a edição da Lei nº 91, de 1935, que criou a Declaração de Utilidade Pública Federal, concebida inicialmente como um título honorífico concedido às entidades que cumprissem o requisito de “servir desinteressadamente à coletividade”, tendo sido aos poucos, com a edição de leis posteriores, a servir como requisito para obtenção de doações dedutíveis do imposto de renda, isenção da cota patronal à seguridade social, doação de bens pela administração pública direta, suas autarquias e fundações, entre outros benefícios.

Em 1931 também foi criada a “Caixa de Subvenções” com o objetivo de auxiliar institutos de ensino e de caridade, como os hospitais e as creches, tendo sido incorporada pela Constituição Federal de 1934, que ampliou o acesso às subvenções aos estabelecimentos de saúde, educação, cultura e assistência.

Criou-se, em 1935, por meio da edição da Lei nº 119, um Conselho vinculado à Presidência da República, responsável pela análise e concessão de subvenções àquelas entidades que seriam beneficiadas e que em 1938, com a edição do Decreto Lei nº 525, se transformou no Conselho Nacional de Serviço Social – CNSS, ligado ao Ministério da Educação, com competência para opinar sobre a outorga destas subvenções.

O Conselho Nacional de Serviço Social passou por diversas reformulações, dentre elas por meio dos Decretos nºs 5697 e 5698, ambos de 1943, que objetivaram, respectivamente, centralizar e fiscalizar obras sociais, tanto públicas como privadas, e disciplinar as subvenções, atribuindo ao CNSS o mérito de conceder o registro neste Conselho como um dos requisitos para ter direito à subvenção.



Aos poucos, algumas dezenas de leis e decretos foram sendo editados no sentido de ampliar o rol de entidades beneficiárias que poderiam buscar a concessão de subvenções, a exemplo dos clubes de caça e tiro e empresas de táxi aéreo, havendo, inclusive, um favorecimento de entidades privadas que passaram a acessar recursos públicos sem qualquer afinidade com o requisito “servir desinteressadamente à coletividade”.

Em 1990, o Conselho Nacional de Serviço Social foi transferido para o Ministério de Ação Social, sendo posteriormente extinto e substituído pelo atual Conselho Nacional de Assistência Social - CNAS, órgão paritário na composição entre governo e sociedade civil, ligado ao Ministério da Previdência e Assistência Social, antigo órgão responsável pela emissão do Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social, substituto do antigo Certificado de Entidade de Fins Filantrópicos (instituído pela Lei nº 3577, de 1959), cujo Decreto nº 1117, de 1962, passou a exigir como requisito à concessão do referido Certificado e, conseqüentemente, à isenção da cota patronal previdenciária, a prévia Declaração de Utilidade Pública (estadual ou municipal e federal).

O Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS) era o órgão responsável pela concessão do Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social, cuja competência foi transferida ao Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, conforme redação dada pela Lei nº 12.101/2009, remanescendo ao CNAS o dever de acompanhar e fiscalizar o processo de certificação das entidades e organizações de assistência social pelo Ministério responsável.

Contudo, apesar da existência de diversas legislações voltadas ao setor, editadas ao longo dos últimos anos do século XX, algumas questões como a ausência de uniformidade no tratamento legislativo conferido às entidades sem fins lucrativos, a infinidade de leis anacrônicas e conflitantes e a ausência de segurança jurídica para os interlocutores do tema, tornaram indispensáveis que novos debates fossem levantados com o objetivo de reformular o marco legal do Terceiro Setor, criando leis específicas que respondessem às necessidades e reivindicações dos atores envolvidos.

Paulo Modesto adverte para a deficiência da legislação sobre o Terceiro Setor, sobretudo no que tange à lei federal que trata da concessão do título de Utilidade Pública. Para este autor

A legislação básica na matéria, em especial no plano federal é deficiente, lacônica, deixando uma enorme quantidade de temas sem cobertura legal e sob o comando da discricionariedade de autoridades administrativas. Essa lacuna de cobertura facilitou a ocorrência de dois fenômenos conhecidos: (a) a proliferação de entidades inautênticas, quando não de fachada, vinculadas a interesse políticos menores, econômicos ou de grupos restritos; (b) o estímulo a processos de corrupção no setor público.<sup>77</sup>

Outra questão importante quanto ao descrédito em que sucumbiu o título de Utilidade Pública foi a ausência de diferenciação entre entidades de favorecimento mútuo ou de fins mútuos (beneficiam um círculo limitado de pessoas) e as entidades de fins comunitários, de fins públicos ou de solidariedade social (dirigidas a beneficiar a coletividade como um todo, exercendo atividades de relevante interesse coletivo, de forma gratuita), bem como a ausência de controle estatal efetivo no que tange ao cumprimento e permanência dos requisitos necessários à concessão e manutenção do título.<sup>78</sup>

Essa realidade vivida desde a edição da Lei nº 91/1935 e demais atos normativos que se seguiram, ou seja, o “caráter indiferenciado da referência às entidades do terceiro setor” e a “debilidade do sistema de controle facilitou a ocorrência de abusos importantes e fomentou a desconfiança em atividades e relações de parceria em que confiança e probidade são valores fundamentais.”<sup>79</sup>

Dessa forma, em junho de 1997, o Conselho da Comunidade Solidária iniciou o processo de interlocução política com a participação de diversos representantes das organizações da sociedade civil e do governo para a reformulação do Marco Legal do Terceiro Setor<sup>80</sup>, culminando na edição de duas leis que tratam especificamente sobre o tema: a Lei n.º 9.637/99 (Lei das Organizações Sociais) e Lei n.º 9.790/99 (Lei das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público), as quais serão estudadas com maior profundidade no capítulo III.

Em que pese, no entanto, os esforços realizados no sentido de editar as referidas leis, não houve maior discussão quanto à abrangência e atuação do

<sup>77</sup> MODESTO, Paulo. Reforma do marco legal do terceiro setor no Brasil. *Revista Diálogo Jurídico*, Ano 1, v. 1, n. 5, agosto de 2001. Salvador, Bahia, p. 6.

<sup>78</sup> Ibidem, p. 6.

<sup>79</sup> Ibidem, p. 6.

<sup>80</sup> FERRAREZI, Elisabete. *O novo marco legal do terceiro setor no Brasil*. Texto para o III Encuentro de la Red Latinoamericana y del Caribe de la Sociedad Internacional de Investigación del Tercer Sector (ISTR) – Perspectivas Latinoamericanas sobre el Tercer Sector. Buenos Aires, Argentina, 12, 13 e 14 de setembro de 2001, disponível em <http://new.lasociedadcivil.org/docs/ciberteca/ferrarezi.pdf>, acessado em 18 de julho de 2010.

Terceiro Setor, apresentando-se deficiente de definição legislativa quanto a questões cruciais para um melhor entendimento jurídico do tema.

Desse modo, portanto, diante da omissão legislativa em aclarar o conceito de Terceiro Setor e sua abrangência, passaremos no próximo item a estudar como o tema vem sendo tratado pela doutrina, bem como fixar nosso entendimento acerca da matéria.

#### 1.1.5 Conceito de Terceiro Setor

Comumente encontramos na doutrina que trata do Terceiro Setor a afirmação de que estamos diante de um grupo de entidades que se encontra intermediariamente entre o primeiro setor (Estado) e o segundo setor (mercado). Isto porque tais entidades atuam em áreas de relevante interesse coletivo, fora do aparelho estatal, e sem intenção lucrativa<sup>81</sup>.

Segundo afirmação de Rubem César Fernandes<sup>82</sup>, “a idéia de um ‘terceiro setor’ supõe um ‘primeiro’ e um ‘segundo’, e nesta medida faz referência ao Estado e ao mercado. A referência, no entanto, é indireta, obtida pela negação – ‘nem governamental, nem lucrativo.’”

Tal afirmação, ainda que verdadeira, não se presta a identificar com primazia as entidades que compõem o chamado Terceiro Setor, muito menos reflete o regime jurídico a elas aplicável.

Muitos ainda referem-se sinonimicamente como Terceiro Setor as seguintes denominações: organizações sem fins lucrativos, organizações não-governamentais, organizações voluntárias, instituições de caridade, instituições filantrópicas, sociedade civil organizada, mecenato, e diversas outras denominações que não aclaram juridicamente sua natureza, o que demonstra a miscelânea de definições e confusões semânticas em que o tema está inserido.

---

<sup>81</sup> O termo “Terceiro Setor” é importado do cenário sociológico norte-americano e traduzido do original “third sector”.

<sup>82</sup> *Privado porém público: o Terceiro Setor na América Latina*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 2002, p. 127.

Isto posto, faz-se necessário como ponto de partida de análise do estudo que envolve as entidades do Terceiro Setor e seu regime jurídico quando da prestação de serviços de saúde, identificar nosso posicionamento acerca de um conceito que entendemos correto, demonstrando ainda alguns conceitos correntes e muitas vezes distintos encontrados na doutrina que trata especificamente do tema.

Ocorre que as mudanças legislativas das normas de direito público brasileiras provocaram a inserção ao sistema jurídico de inúmeros instrumentos jurídicos de cooperação entre o Estado e o Terceiro Setor, como, por exemplo, a criação do contrato de gestão firmado com as organizações sociais (OSs) e o termo de parceria a ser celebrado com as organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIPs), para citar apenas alguns que fizeram florescer na doutrina entendimentos múltiplos acerca do fenômeno da participação da sociedade nas atividades antes realizadas exclusivamente pelo Estado.

Assim, como bem acentua Maria Tereza Fonseca Dias,

As reações dos juristas a essas mudanças foram percebidas, ao longo do trabalho, sob três perspectivas: a) os modelos de parcerias criados representam clara ruptura com o regime jurídico-administrativo; b) a cooperação entre o Estado e o terceiro setor é uma das poucas saídas que restam para solucionar os problemas da gestão pública, razão pela qual as alterações constitucionais e legislativas promovidas encontram-se perfeitamente albergadas pela ordem jurídica vigente; c) trata-se de alternativa juridicamente aceitável, desde que alguns ajustes – às vezes *de fundo* – sejam feitos, não só na legislação que rege o tema no direito pátrio, mas na própria percepção sobre tal fenômeno.<sup>83</sup>

Acompanhando o posicionamento da autora, filiamo-nos aos dizeres da terceira corrente, possibilitando-nos aceitar o fenômeno do Terceiro Setor, desde que profundos debates sejam realizados pela sociedade, culminando em legislações compatíveis com o desenho constitucional vigente, sem cunho político ou econômico, mas com base juridicamente possível e sob a ótica de um regime de cooperação com o Estado e não com regime de substituição, como vem ocorrendo, para citarmos apenas um exemplo, no Estado de São Paulo, com a gestão quase exclusiva dos serviços públicos de saúde por Organizações Sociais, em claro desvirtuamento do regime da atividade de fomento, aproximando-se, em realidade, ao regime de concessão de serviços públicos, inaplicável à espécie por ausência de

---

<sup>83</sup> DIAS, Maria Tereza Fonseca, *Terceiro Setor e Estado: legitimidade e regulação. Por um novo marco jurídico*, p. 40.

titularidade estatal exclusiva na prestação dos chamados serviços sociais, como a saúde.

Em que pese a possibilidade de aceitação do Terceiro Setor como forma de redescobrimto da atividade de fomento, alargando as prestações estatais no desempenho da função administrativa, profundas e urgentes alterações se fazem necessárias, pois, conforme demonstramos acima, a falta de regulação clara e o número elevado de legislações esparsas e muitas vezes conflitantes sobre a matéria, tem provocado verdadeira panacéia jurídica no sistema de parcerias do Estado com a sociedade, possibilitando desvirtuamentos de toda ordem, inclusive ocorrências com implicações no âmbito criminal, já que temos assistido corriqueiramente denúncias de desvios de verbas públicas por entidades que compõem o Terceiro Setor, chegando a receber inclusive o título de “pilantrópicas”, ocupando diuturnamente as manchetes dos jornais.

Leandro Marins de Souza<sup>84</sup> propõe uma análise do Terceiro Setor sob uma perspectiva multifacetada, e o faz mediante a representação de várias faces de um poliedro<sup>85</sup>, com objetivo de compreender o objeto de estudo como um todo, num esforço eminentemente metajurídico, demonstrando o conhecimento das vertentes teóricas que têm sido levadas à baila no contexto integral do tema, para, posteriormente, fixar sua abordagem no conceito jurídico do Terceiro Setor.

Dessa forma, o referido autor expõe as possíveis abordagens de análise do Terceiro Setor, apresentando a interface sociopolítica feita por Carlos Montaña, a análise sócio-psicológica empreendida por Pedro Demo, a análise político-econômica proposta por Robert Kurz, em seguida, a análise economicista de Bresser Pereira e, por fim, as questões históricas, religiosas, políticas e econômicas levantadas por Rubem César Fernandes para confirmar o fenômeno do Terceiro Setor.<sup>86</sup>

Após esta breve explicitação das correntes metajurídicas que se propuseram a analisar o fenômeno do Terceiro Setor, passaremos a apontar os principais conceitos, agora jurídicos, encontrados na doutrina nacional, para finalmente alcançar a definição que entendemos mais pertinente dentro dos limites normativos.

---

<sup>84</sup> SOUZA, Leandro Marins, *Tributação do Terceiro Setor no Brasil*, p. 21-28.

<sup>85</sup> Expressão utilizada por CARNELUTTI, Francesco. Introduzione allo Studio Del diritto processuale tributário, in *Rivista di Diritto Processuale Civile*, vol. IX, n. 2, parte I, p. 106.

<sup>86</sup> SOUZA, Leandro Marins, op.cit. p. 28.

Simone de Castro Tavares Coelho<sup>87</sup>, baseada nas lições de Lester Salamon, traça uma definição de Terceiro Setor utilizando-se de diversos elementos:

O terceiro setor pode ser definido como aquele em que as atividades não seriam nem coercitivas nem voltadas para o lucro. Além disso, como veremos mais detalhadamente no próximo capítulo, suas atividades visam ao atendimento de necessidades *coletivas* e, muitas vezes, *públicas*. (...) Genericamente, a literatura agrupa nessas denominações todas as organizações privadas, sem fins lucrativos, e que visam à produção de um bem coletivo. (...) Portanto, essa característica de “prestação de serviços Públicos” deve vir sempre casada com outras duas: serem privadas, o que as difere das instituições governamentais; e sem fins lucrativos, o que as diferencia das empresas inseridas no mercado. Além das características acima – fora do Estado e sem fins lucrativos -, Lester Salamon e Helmuth Anheier, procurando sistematizar melhor os contornos desse grupo de instituições, acrescentaram os pontos a seguir. Essas organizações são estruturadas. São autogovernadas. Envolvem indivíduos num significativo esforço voluntário. (...) Para que os contornos do que estamos denominando terceiro setor fiquem mais nítidos, é necessário ressaltar ainda um fator distintivo dessas organizações, um fator que não se apresenta nas empresas privadas e nas agências governamentais: o trabalho voluntário.

Rubem César Fernandes traz a seguinte definição do que entende por Terceiro Setor:

O Terceiro Setor é composto de organizações sem fins lucrativos, criadas e mantidas pela ênfase na participação voluntária, num âmbito não-governamental, dando continuidade às práticas tradicionais da caridade, da filantropia e do mecenato e expandindo o seu sentido para outros domínios, graças, sobretudo, à incorporação do conceito de cidadania e de suas múltiplas manifestações na sociedade civil.<sup>88</sup>

Para José Eduardo Sabo Paes, o conceito de Terceiro Setor se apresenta bastante genérico e assim preceitua:

Em termos do direito brasileiro, configuram-se como organizações do Terceiro Setor, ou ONGs – Organizações Não-Governamentais, as entidades de interesse social sem fins lucrativos, como as associações, as sociedades e as fundações de direito privado, com autonomia e administração própria, cujo objetivo é o atendimento de alguma necessidade social ou a defesa de direitos difusos ou emergentes. Tais organizações e agrupamentos sociais cobrem um amplo espectro de atividades, campos de trabalho ou atuação, seja na defesa dos direitos humanos, na proteção do meio ambiente, assistência à saúde, apoio à populações carentes, educação,

<sup>87</sup> *Terceiro Setor: um estudo comparado entre Brasil e Estados Unidos*. São Paulo: Senac, 2000, p. 40, 58, 60 e 69 *apud* SOUZA, Leandro Marins, *op.cit.*, p. 68.

<sup>88</sup> FERNANDES, Rubem César. *O que é o Terceiro Setor?* In IOSCHPE, Evelyn Berg (org.), *3º Setor: desenvolvimento social sustentado*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005, p. 27.

cidadania, direitos da mulher, direitos indígenas, direitos do consumidor, direitos das crianças etc.<sup>89</sup>

Já Leandro Marins de Souza, propõe uma síntese das características comumente aceitas pela maioria dos que empreenderam esforços no sentido de uma definição para o termo, enumerando exemplificativamente entre elas:

a) finalidades não coercitivas; b) entidades não estatais; c) finalidades não lucrativas; d) entidades fora do mercado; e) visam atender necessidades coletivas; f) visam atender necessidades públicas; g) são organizações estruturadas; h) são organizações autogovernadas; i) contam com expressivo serviço voluntário; j) são organizações da sociedade civil; k) é expressão das práticas de caridade, filantropia e mecenato; l) é forma de exercício da cidadania; e m) vinculação ao conceito de solidariedade.<sup>90</sup>

O referido autor, após trabalho hercúleo de reunir as características comuns dos conceitos formulados e, sobretudo, com base na análise evolutiva dos dispositivos constitucionais que dão ensejo ao desenvolvimento do Terceiro Setor, propõe o seguinte conceito jurídico de Terceiro Setor:

O Terceiro Setor é, no nosso sentir, de acordo com o percurso evolutivo dos movimentos constitucionais brasileiros e, sobretudo, com a Constituição Federal de 1988, toda ação, sem intuito lucrativo, praticada por pessoa física ou jurídica de natureza privada, como expressão da participação popular que tenha por finalidade a promoção de um direito social ou seus princípios.<sup>91</sup>

Paulo Modesto, por sua vez, traz a seguinte definição:

Pessoas privadas de fins públicos, sem finalidade lucrativa, constituídas voluntariamente por particulares, auxiliares do Estado na persecução de atividades de conteúdo social relevante.<sup>92</sup>

Podemos verificar diante dos inúmeros conceitos e definições colacionadas, que não há consenso entre os estudiosos do assunto em todos os elementos que perfazem a inteireza do conceito de Terceiro Setor. Isto porque, diante da ausência legislativa no sentido de formular uma definição precisa, resta livre os debates teóricos a respeito, sem respaldo legal algum.

Assim, procuraremos sistematizar nossa definição, que conterà as características principais das entidades que poderão compor o chamado Terceiro

<sup>89</sup> PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários*. 4<sup>a</sup> ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 89.

<sup>90</sup> SOUZA, Leandro Marins de, *Tributação do Terceiro Setor no Brasil*, p. 72.

<sup>91</sup> *Ibidem*, p. 96.

<sup>92</sup> MODESTO, Paulo. *Reforma do Marco Legal do Terceiro Setor no Brasil*. RDA 214/60.

Setor, a fim de realizarmos a análise do regime jurídico que envolve a prestação de serviços de saúde por estas entidades.

Para nós, portanto, o Terceiro Setor compõe-se de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, constituídas como associações ou fundações, alheias ao aparelho estatal, que desempenham atividades de relevante interesse coletivo de forma desinteressada à sociedade e passíveis de qualificações públicas e fomento estatal.

Dessa forma, portanto, utilizaremos ao longo deste trabalho a expressão “Terceiro Setor” de acordo com uma concepção restrita do termo, ou seja, apenas referindo-se àquelas entidades que objetivam a realização de “finalidades públicas” de forma a servir desinteressadamente à coletividade como um todo e não a interesses de pequenos grupos de pessoas, como ocorre, por exemplo, com as entidades de benefícios mútuos<sup>93</sup>, as cooperativas, os entes de caráter corporativo<sup>94</sup>, as organizações religiosas e os partidos políticos.

Vale ressaltar, ainda, que apenas as entidades que compõem o chamado “Terceiro Setor”, segundo uma aceção restrita do termo (que passamos a adotar), estão aptas a receberem qualificações públicas e firmarem parcerias com o Estado com objetivo de realizarem finalidades públicas e, portanto, têm implicação direta com o estudo aqui perpetrado, já que consistente na análise do regime jurídico afeto à relação que estabelecem com o Poder Público no desempenho de tais atividades de natureza social, como ocorre com a saúde.

Assim, o Terceiro Setor, por suas características e possibilidades de atuação, deve ser compreendido como grupo de entidades privadas sem fins lucrativos, cujo objetivo precípua é complementar a atividade estatal e de forma alguma deve substituí-la, sob pena de ocorrer grave desvirtuamento da ordem jurídica constitucional.

Assim, após breves considerações acerca do desenvolvimento do Terceiro Setor e das mutações ocorridas na organização política que interferiram diretamente no papel assumido pelo Estado frente à sociedade no desempenho de funções a ela afetas, bem como estabelecidas algumas premissas necessárias ao que será

---

<sup>93</sup> São consideradas entidades de benefícios mútuos, os clubes, as caixas, as associações de bairro e os fundos de pensão.

<sup>94</sup> Como os sindicatos, as federações, as confederações e associações de classe.



delineado nos próximos capítulos, entraremos em contato a seguir com a atividade administrativa de fomento e com os meios jurídicos utilizados pela Administração Pública para realizar esta atividade promocional e, pelo qual, utiliza-se cada vez mais da participação de entidades privadas sem fins lucrativos para realizar atividades de interesse coletivo, como tem ocorrido com a gestão dos serviços públicos de saúde, por meio de Contratos de Gestão firmados com Organizações Sociais. Tudo isso, não sem antes traçar um breve panorama acerca da função administrativa em que a atividade de fomento está inserida.

## CAPÍTULO II – A ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DE FOMENTO

### 2.1 DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA

Conforme preciosas lições de Francis Paul-Benoît, qualquer classificação da ciência jurídica para as funções do Estado deve levar necessariamente em consideração o sistema do direito positivo, sob pena de macular-se a investigação científica com propostas da ciência política que, nem sempre, refletem a realidade normativa. Entretanto, deve ser ressaltado que todo o ordenamento jurídico de orientação ocidental, posterior à Revolução Francesa, nunca deixou de incorporar a necessidade de diferenciação entre as exigências político-sociais feitas em relação ao Estado e à atuação jurídica do mesmo.<sup>95</sup>

No tocante ao mundo ocidental, portanto, adota-se com primazia a doutrina desenvolvida por Montesquieu acerca da trilogia das funções do Estado, divididas entre as funções legislativa, administrativa e jurisdicional<sup>96</sup>, com base na necessidade de que o poder limitasse o próprio poder (mecanismo de freios e contrapesos), divididas em três blocos orgânicos distintos, denominados Poderes Legislativo, Executivo e Jurisdicional, respectivamente.

Ressalte-se, no entanto, conforme notáveis lições de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Esta trilogia não reflete uma verdade, uma essência, algo inexorável proveniente da natureza das coisas. É pura e simplesmente uma construção política invulgarmente notável e muito bem sucedida, pois recebeu amplíssima consagração jurídica. Foi composta em vista de um claro propósito ideológico do Barão de Montesquieu, pensador ilustre que deu firma explícita à idéia de tripartição. A saber: impedir

<sup>95</sup> FRANÇA, Vladimir da Rocha. *A função administrativa*. REDE, n. 12, out./Nov./dez. 2007, Salvador, Bahia, p.5.

<sup>96</sup> Adverte-se, contudo, que há importantes vozes doutrinárias que não adotam a trilogia das funções de Estado, mas referem-se apenas a uma repartição dual de funções. Nesse sentido, Kelsen sustenta que as funções estatais na verdade são duas: a de *criar* o Direito, legislação, e a de *executar* o Direito, o que tanto é feito pela Administração como pela jurisdição (*Teoria General del Derecho y del Estado*, Imprenta Universitária, México, 1950, tradução de Eduardo García Maynez, p. 268-269). Também para o Professor Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, as funções de Estado são duas: a administrativa e a jurisdicional. A administrativa visa integrar a ordem jurídico-social, mediante duas atividades: a de legislar e a de executar. A jurisdicional tem por objeto o próprio Direito, possuindo, portanto, um caráter manifestamente jurídico (*Princípios Gerais de Direito Administrativo*, Malheiros Editores, v. 1, 3ª ed., 2007, p. 49 a 58). In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, p. 29-30.

a concentração de poderes para preservar a liberdade dos homens contra abusos e tiranias dos governantes.<sup>97</sup>

Entre as mencionadas funções do Estado, a função administrativa é que apresenta maior dificuldade de caracterização, tendo em vista a diversidade de atividades que nela podem ser identificadas. Assim, a doutrina utiliza-se de distintos critérios para identificar e diferenciar a função administrativa das demais funções estatais.

De acordo com os distintos critérios adotados para identificar a função administrativa podemos mencionar: a) critério orgânico ou subjetivo – leva em consideração a pessoa que realiza a atividade. Segundo este critério qualquer atividade desempenhada pelo Poder Executivo integra a função administrativa. Demasiado frágil, este critério sucumbiu à percepção de que os três Poderes realizam tanto atividades típicas (que lhe são próprias e inerentes à sua própria existência) quanto atividades atípicas que não se coadunam com a função específica para o qual tal Poder foi efetivamente criado; b) critério objetivo material – leva em consideração os elementos intrínsecos da atividade desempenhada. Assim, de acordo com esse critério, a doutrina reconhece na função legislativa, atos gerais e abstratos; na função administrativa, atos individuais e concretos; e, na função jurisdicional, a solução de controvérsias jurídicas; c) objetivo formal – identifica na atividade características de direito que permitem caracterizá-la como correspondente a cada função. Desse modo, portanto, a função legislativa tem como característica inovar inicialmente na ordem jurídica; a função administrativa caracteriza-se por comandos infralegais expedidos na intimidade de uma estrutura hierárquica; e, a função jurisdicional, pela solução de controvérsias jurídicas com força de definitividade.

A função administrativa é definida por Celso Antônio Bandeira de Mello segundo o critério formal, nos seguintes termos:

A função que o Estado, ou quem lhe faça as vezes, exerce *na intimidade de uma estrutura e regime hierárquicos* e que no sistema constitucional brasileiro se caracteriza pelo fato de ser *desempenhada mediante comportamentos infralegais* ou, excepcionalmente, infraconstitucionais, submissos todos a *controle de legalidade* pelo Poder Judiciário.<sup>98</sup>

---

<sup>97</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, p. 31.

<sup>98</sup> *Ibidem*, p. 36.

Podemos acrescentar ainda que a função administrativa, em última análise, é a função do Estado que realiza o interesse público.

O interesse público representa a dimensão pública dos interesses do indivíduo<sup>99</sup>, que é delimitada pelos princípios jurídicos. O interesse público representa o conjunto de anseios que os indivíduos têm enquanto partícipes de uma sociedade. Não são, portanto, interesses estranhos ao indivíduo, mas os que compartilham com os demais membros da coletividade que integra.

O interesse público não pode ser entendido como algo contraposto ao interesse privado ou individual de cada um, pois, em verdade, ele representa o interesse do todo que compõe o corpo social. Também é incorreto afirmar que se trata do somatório dos interesses individuais, pois é algo que transcende esta realidade.

Para dimensionar com clareza a real grandeza do significado de interesse público e evitar falsas impressões, Celso Antônio Bandeira de Mello traz em seu Curso de Direito Administrativo, o seguinte questionamento: “Poderá haver um interesse público que seja discordante do interesse de *cada um dos membros da sociedade?*”<sup>100</sup>

A resposta a este questionamento é trazida logo em seguida pelo jurista, com a seguinte afirmação:

Evidentemente, não. Seria inconcebível um interesse do todo que fosse, ao mesmo tempo, contrário ao interesse de cada uma das partes que o compõem. Deveras, corresponderia ao mais cabal contra-senso que o bom para todos fosse o mal de cada um, isto é, que o interesse de todos fosse um anti-interesse de cada um.<sup>101</sup>

Assim, o Estado é o titular do interesse público primário, que decorre desse conjunto de interesses que o indivíduo possui enquanto membro de uma sociedade, que recebe um poder jurídico<sup>102</sup>, denominado competência, colocando-se para tanto em situação de supremacia em relação aos demais sujeitos de direito.

---

<sup>99</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, p. 60.

<sup>100</sup> *Ibidem*, p. 59.

<sup>101</sup> *Ibidem*, p. 59.

<sup>102</sup> A expressão “poder” não é aqui empregada no sentido que outrora lhe fora conferido pela expressão “puissance-publique”, pois, atualmente, só tem lugar no Direito Administrativo no sentido rigorosamente instrumental, utilizado como meio indispensável para o alcance e cumprimento da finalidade legal, ou seja, a realização do interesse público. Sobre a evolução da noção-matriz que tenta explicar logicamente a disciplina do Direito Administrativo, sob a ótica dos doutrinadores franceses, ver: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, p. 57.

Como bem acentuam Adilson Abreu Dallari e Sérgio Ferraz:

Sempre é bom recordar que existe uma norma e, até mesmo, paradoxal diferença entre as relações jurídicas de direito público e as relações jurídicas de direito privado: os particulares agem com ampla liberdade, mas são desprovidos de poderes e prerrogativas; a Administração é detentora de poderes e prerrogativas, mas não tem liberdade.<sup>103</sup>

Assim, é lícito dizer que o princípio da legalidade encampa duas faces: a que permeia o agir da Administração Pública, enquanto detentora do interesse público, no desempenho da função administrativa; e aquela atrelada à atuação dos particulares, enquanto administradores dos seus próprios interesses, o interesse privado.

Na mesma linha as lições de Hely Lopes Meirelles:

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza.”<sup>104</sup>

A função administrativa se desdobra em espécies distintas de atividades estatais que objetivam a realização do interesse público, todas elas submetidas a um regime jurídico específico que lhes dá feição e caráter distinto das atividades dos particulares, como já pudemos observar.

Podemos mencionar como integrantes da função administrativa as seguintes atividades submetidas todas ao regime jurídico administrativo: a) prestação de serviços públicos; b) exercício do poder de polícia; c) atividade promocional, mediante o fomento administrativo; d) atividades materiais.

Tendo em vista que a atividade administrativa de fomento relaciona-se diretamente com o desempenho de atividades no campo das entidades integrantes do Terceiro Setor, dela nos ocuparemos com maior profundidade a seguir, diferenciando-a das demais atividades estatais que integram a função administrativa, não sem antes identificá-la no sistema constitucional brasileiro.

---

<sup>103</sup> DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. *Processo Administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 72.

<sup>104</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 86.

## 2.2 A ATIVIDADE DE FOMENTO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A atividade administrativa de fomento não é algo novo para a doutrina publicística e remonta à Idade Média, cujos instrumentos desta atividade eram largamente utilizados na construção de obras públicas, embora tenha sido melhor valorizada e encontrado seu auge com o desenvolvimento do Estado Social e Democrático de Direito, cujos preceitos fundamentais não se restringiam apenas à garantia da ordem pública, como no Estado liberal, mas à satisfação de um número cada vez maior das necessidades da sociedade, que configuram-se como interesse público, que sem o total intervencionismo estatal presente no Estado de Bem Estar Social, podem ser alcançadas tanto pelo Poder Público, diretamente, como pela atividade dos particulares, sendo, portanto, protegida e estimulada pela Administração, por meio da atividade de fomento.<sup>105</sup>

Alberto shinji Higa anota com clareza que apesar de haver notícias de indícios da atividade de fomento desde a Idade Média,

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 (...).<sup>106</sup>

Outrossim, informa o referido autor que a sistematização da atividade fomentadora, como integrante da função administrativa (ao lado do serviço público e do exercício do poder de polícia), apenas ocorreu em 1949, com a publicação de um ensaio sobre o tema, de autoria de um professor espanhol chamado Luis Jordana de Pozas, o que contribuiu decisivamente para a compreensão e concepção jurídica do instituto.<sup>107</sup>

Assim, José Roberto Pimenta Oliveira ao analisar as mudanças na Administração Pública perpetradas pelo surgimento do Estado Social e Democrático de Direito e que influenciaram a redescoberta da atividade administrativa de fomento, assevera que:

---

<sup>105</sup> ESCOLA, Héctor Jorge. *Compendio de Derecho Administrativo*. Vol II. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1990, p. 858.

<sup>106</sup> HIGA, Alberto Shinji, *A responsabilidade civil do Estado em face da atividade administrativa de fomento no domínio social e do agente fomentado à luz da Constituição Federal de 1988*, p. 45.

<sup>107</sup> Ibidem, p. 45.

Sob o influxo desta transformação, A Administração mudou, sensivelmente, o caráter de sua interferência em cada formação social, ganhando notoriedade o desenvolvimento de sua atividade prestacional e promocional, ou seja, o exercício da função administrativa tendo por objeto o serviço público e o fomento público.  
108

Ocorre que, no Estado Social, diante da necessidade de uma maior intervenção estatal nos domínios econômico e social, o Estado assumiu o dever de satisfazer as necessidades sentidas coletivamente, ampliando seu rol prestacional de serviços públicos e, ao mesmo tempo, para cumprir tal mister, “dada a amplitude das finalidades de interesse público então impostas como irrenunciáveis”<sup>109</sup> e, diante da “escassez dos recursos humanos, materiais e institucionais da Administração”<sup>110</sup>, buscou meios de incentivar e estimular a iniciativa privada a realizar atividades de interesse coletivo, colaborando no desempenho das obrigações estatais assumidas, tornando fértil o terreno de uma atividade integrante da função administrativa, o fomento administrativo.

Muitos foram os doutrinadores estrangeiros e nacionais que contribuíram para o tema ao conceituarem a atividade administrativa de fomento, estabelecendo os contornos jurídicos desta atividade<sup>111</sup>.

Dentre os doutrinadores estrangeiros que se debruçaram sobre o tema, esclarecedoras são as lições de Héctor Jorge Escola<sup>112</sup> que, ao explicar a atividade administrativa de fomento e antes de formular seu próprio conceito, traz a definição de dois importantes autores.

O primeiro, conforme entendimento de Jordana de Pozas, para quem a atividade administrativa de fomento é

a ação da administração encaminhada a proteger ou promover as atividades, estabelecimentos ou riquezas devidos aos particulares,

<sup>108</sup> OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 514.

<sup>109</sup> Ibidem, p. 514.

<sup>110</sup> Ibidem, p. 514.

<sup>111</sup> Grande contribuição para o Direito brasileiro foi dada pelo Mestre em Direito do Estado pela PUC-SP, Alberto Shinji Higa, em cuja dissertação de mestrado intitulada “*A responsabilidade civil do Estado em face da atividade administrativa de fomento no domínio social e do agente fomentado à luz da Constituição Federal de 1988*”, reuniu em capítulo específico apontamentos sobre a atividade administrativa de fomento, trazendo a conceituação de doutrinadores estrangeiros e nacionais, tais como, Jordana de Pozas, Mariano Baena Del Alcázar, Héctor Jorge Escola, Roberto Dromi, Ramon Parada, Sílvio Luis Ferreira da Rocha, Celso Antônio Bandeira de Mello, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Maria Sylvania Zanella Di Pietro, José Roberto Pimenta Oliveira, Lucas Rocha Furtado, Célia Cunha Mello, Edimur Ferreira Faria, Marçal Justen Filho e Sílvia Faber Torres.

<sup>112</sup> ESCOLA, Héctor Jorge, *Compendio de Derecho Administrativo*, p. 858.

que satisfaçam necessidades públicas ou estimadas de utilidade geral, sem usar da coação nem criar serviços públicos.<sup>113</sup>

A outra definição retirada dos ensinamentos de Garrido Falla, pode ser entendida como

aquela atividade administrativa que se dirige a satisfazer indiretamente certas necessidades consideradas de caráter público, protegendo ou promovendo, sem empregar a coação, as atividades dos particulares, e ainda as dos outros entes públicos que diretamente as satisfazem.<sup>114</sup>

Nesse sentido, a doutrina estabelece as seguintes características da atividade administrativa de fomento: a) é uma atividade administrativa, e como tal é levada a cabo pela Administração Pública, com o propósito de alcançar determinadas finalidades; b) tais finalidades são de interesse público e se referem às necessidades coletivas e à obtenção dos fins do Estado; c) a atividade administrativa em que consiste o fomento não se dirige ao alcance direto e imediato dessa finalidades, mas são satisfeitas de forma indireta e mediata, por meio da atividade particular; d) para alcançar tais finalidades, a Administração se dedica a proteger ou promover as atividades dos particulares, utilizando-se de diferentes meios, excluindo-se, pois a coação; e) as atividades dos particulares na realização das finalidades públicas surgem a partir de uma decisão destes, caracterizando-se como colaboradores da Administração Pública, em razão de uma participação voluntária.<sup>115</sup>

Assim, segundo as características da atividade administrativa de fomento, Escola propõe o seguinte conceito:

É aquela atividade da administração pública que pretende a satisfação de necessidades coletivas e o alcance dos 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 forma de coação.<sup>116</sup>

Referido autor, não admite, porém, a possibilidade de uma ação de fomento dirigida a órgãos ou entes da própria Administração, pois segundo ele:

(...) estando delimitada a atividade destes pela competência que normativamente as tem sido assinada, cujo exercício e cumprimento

<sup>113</sup> ESCOLA, Héctor Jorge, *Compendio de Derecho Administrativo*, p. 859.

<sup>114</sup> *Ibidem*, p. 859.

<sup>115</sup> *Ibidem*, p. 859.

<sup>116</sup> *Ibidem*, p. 859.



constituem sempre não só uma atribuição, mas também um dever, tal fomento não seria doutrinariamente admissível, podendo revestir, ao contrário, o caráter de uma co-participação interadministrativa, para a obtenção de finalidades comuns.<sup>117</sup>

Roberto Dromi, por sua vez, conceitua o fomento administrativo da seguinte forma: “É uma ação dirigida a proteger ou promover as atividades e estabelecimentos dos particulares, que satisfaçam necessidades públicas ou que se estimem de utilidade geral”<sup>118</sup>.

Advertimos, porém, que embora haja similitude entre o conceito de fomento administrativo em Dromi e Escola, aquele, contrariamente, admite a possibilidade de uma ação fomentadora da Administração Pública dirigida a outros órgão ou entes administrativos. Neste ponto, no entanto, discordamos do posicionamento de Roberto Dromi e assumimos a posição defendida por Escola, pois à luz da Constituição Federal de 1988, que disciplina e traz os contornos jurídicos da atividade fomentadora regida pelo regime jurídico administrativo, não vislumbramos a incidência desta atividade entre órgãos ou entes administrativos, senão uma co-participação interadministrativa para obtenção de finalidades comuns.<sup>119</sup>

Outrossim, na doutrina brasileira se destaca a delimitação de fomento administrativo formulada por Sílvio Luís Ferreira da Rocha, que ao destacar a redescoberta desta atividade administrativa de fomento no contexto da Reforma do Estado implementada na década de 90, afirma:

A atividade administrativa de fomento pode ser definida como a ação da Administração com vista a proteger ou promover as atividades, estabelecimentos ou riquezas dos particulares que satisfaçam necessidades públicas ou consideradas de utilidade coletiva sem o uso da coação e sem a prestação de serviços públicos; ou, mais concretamente; a atividade administrativa que se destina a satisfazer indiretamente certas necessidades consideradas de caráter público, protegendo ou promovendo; sem empregar coação, as atividades dos particulares.<sup>120</sup>

Importante advertência, contudo, é asseverada pelo referido autor, ao mencionar que o fomento administrativo, como integrante da função administrativa,

<sup>117</sup> ESCOLA, Héctor Jorge, *Compendio de Derecho Administrativo*, p. 859.

<sup>118</sup> DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. 4ª ed. Buenos Aires, 1995, p. 655.

<sup>119</sup> Vale ressaltar também que a divergência encontrada em Dromi e Escola, acerca da possibilidade de fomento administrativo entre órgãos ou entes da Administração Pública, se estende ao longo de toda a doutrina assente sobre o tema. Assim, ao lado de Dromi, admitindo a possibilidade deste tipo de fomento, encontram-se importantes nomes, tais como: Garrido Falla, Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Célia Cunha Mello; e, de outro lado, com arrimo no posicionamento assumido por Escola, da qual filiamos-nos, não menos importante o pensamento de Jordana de Pozas.

<sup>120</sup> ROCHA, Sílvio Luis Ferreira da, *Terceiro Setor*, p. 19.

deve, obrigatoriamente, submeter-se ao regime jurídico administrativo, cujos preceitos derivam da própria Constituição Federal<sup>121</sup>.

Infelizmente no Brasil, as legislações que foram sendo editadas sobre o tema não observaram com cuidado os limites jurídicos impostos à atividade fomentadora como uma atividade administrativa, apresentando-se, em muitos casos, em descompasso com o próprio texto constitucional, importando-se conceitos de sistemas alienígenas em nada compatíveis com nosso ordenamento jurídico.

Destarte, apenas para citar um dos inúmeros descompassos da legislação infraconstitucional sobre o tema com o regime jurídico administrativo aplicável à atividade fomentadora do Estado, basta uma rápida leitura da Lei das Organizações Sociais (Lei nº 9.637/98).

José Roberto Pimenta Oliveira ao debruçar-se sobre o tema do fomento administrativo sob o influxo dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, e ao analisar a disciplina do fomento na lei que dispõe sobre as Organizações Sociais, adverte que

O fomento constitucional legítimo é norteado pelo princípio da subsidiariedade, não autorizando mera e desvirtuada substituição do aparelho administrativo, por figurino jurídico privatístico, mantida a significativa participação de recursos públicos (verbas, bens e pessoal) no exercício da atividade.<sup>122</sup>

Assim, não podemos admitir que haja a transferência dos deveres constitucionais impostos ao Estado, em que a prestação de serviços públicos, notadamente os sociais, é repassada a entidades privadas com a inversão do regime jurídico a ela aplicável, sob o argumento econômico e não jurídico de que se trata de uma saída para os entraves financeiros e burocráticos perpetrados pelo Estado social, intervencionista.

Nesse sentido, apenas apresenta-se legítima a atividade administrativa fomentadora quando utilizada como meio de incentivar a colaboração dos particulares no alcance e efetivação dos direitos sociais considerados relevantes à

---

<sup>121</sup> Art. 37, caput, *in verbis*: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...).”

<sup>122</sup> OLIVEIRA, José Roberto Pimenta, *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro*, p. 531.

coletividade em geral, sem, contudo, se possa cogitar a substituição do Estado pela iniciativa privada no cumprimento das obrigações prestacionais de cunho social.

Portanto, como bem assevera 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.”<sup>123</sup>

Como atividade integrante da função administrativa, o fomento administrativo submete-se ao regime jurídico administrativo e encontra fundamento na própria Constitucional Federal. Podemos encontrar ao longo da Carta Magna inúmeros dispositivos que tratam da atividade administrativa de fomento e, conseqüentemente, da parceria do Estado com a sociedade na consecução de atividades de relevante interesse coletivo, configurando-se como intervenção estatal indireta no domínio social.

Ressaltamos, porém, que a intervenção estatal poderá ocorrer tanto no domínio econômico como no domínio social, esta última relacionada com o tema afeto ao Terceiro Setor, tendo em vista corporificar-se na própria atividade fomentadora do Estado. Algumas considerações a respeito da diferença entre estas duas formas de intervenção estatal se fazem necessárias antes de colacionarmos as disposições constitucionais que tratam especificadamente do fomento administrativo.

A intervenção estatal no domínio social pode se dar de duas formas distintas: de modo direto e imediato, por meio da prestação de serviços públicos, ou, ainda, de forma indireta e mediata, através da própria atividade administrativa de fomento, em que, como vimos, a Administração direciona um comportamento esperado dos particulares, que beneficiados por alguma forma de estímulo, aderem voluntariamente no sentido de agir para a satisfação de um interesse considerado relevante para a coletividade de um modo geral, sem, contudo, o emprego de qualquer forma de coação por parte do Estado.

No que tange à intervenção estatal no domínio econômico, a Constituição Federal admite, conforme preceitua o art. 173, *caput*, a atuação do Estado de forma excepcional (já que a regra é a exploração da atividade econômica pelos particulares), em duas hipóteses ali elencadas: a) quando necessária aos

---

<sup>123</sup> ROCHA, Sílvio Luis Ferreira da, *Terceiro Setor*, p. 32.

imperativos da segurança nacional; b) ou quando houver relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

Ocorre, porém, que além destas hipóteses de intervenção direta do Estado no domínio econômico, a Constituição Federal prevê, ainda, duas outras formas de atuação neste campo de atividade: a) em conformidade com o disposto no art. 174<sup>124</sup>, em que se admite a atuação do Estado na economia tanto no exercício do “poder de polícia”, como agente fiscalizador e regulador da atividade, bem como por meio da própria “atividade administrativa de fomento”, por meio de estímulos e incentivos (concessão de benefícios fiscais, por exemplo) à iniciativa privada; e b) o art. 177<sup>125</sup>, por sua vez, fixa as atividades que constituem monopólio da União e que, portanto, estão fora do âmbito de atuação da livre iniciativa.

Quanto à sistematização da intervenção estatal no domínio econômico, a doutrina adota comumente que o Estado pode intervir na economia como agente

<sup>124</sup> Dispõe o Art. 174, da CF: “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. § 1º - A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento. § 2º - A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo. § 3º - O Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros. § 4º - As cooperativas a que se refere o parágrafo anterior terão prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando, e naquelas fixadas de acordo com o art. 21, XXV, na forma da lei.”

<sup>125</sup> Dispõe o art. 177: “Constituem monopólio da União: I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro; III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores; IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem; V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas b e c do inciso XXIII do **caput** do art. 21 desta Constituição Federal. § 1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei. § 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre: I - a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional; II - as condições de contratação; III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União; § 3º A lei disporá sobre o transporte e a utilização de materiais radioativos no território nacional. § 4º A lei que instituir contribuição de intervenção no domínio econômico relativa às atividades de importação ou comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível deverá atender aos seguintes requisitos: I - a alíquota da contribuição poderá ser: a) diferenciada por produto ou uso; b) reduzida e restabelecida por ato do Poder Executivo, não se lhe aplicando o disposto no art. 150, III, b; II - os recursos arrecadados serão destinados: a) ao pagamento de subsídios a preços ou transporte de álcool combustível, gás natural e seus derivados e derivados de petróleo; b) ao financiamento de projetos ambientais relacionados com a indústria do petróleo e do gás; c) ao financiamento de programas de infra-estrutura de transportes.”

econômico (hipóteses dos arts. 173 e 177, da CF), bem como intervir sobre a ordem econômica como agente normativo, regulador e fomentador (art. 174, da CF).

Anotemos, pois, que a indicação das preposições “intervir na economia”, no primeiro caso, e, “intervir sobre a economia” no segundo, indicam, respectivamente, um agir direto e imediato no primeiro e indireto e mediato no segundo.

Preciosas são as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello ao anotar 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 e de outro.<sup>126</sup>

Em que pese a necessidade de uma pequena digressão acerca da distinção entre intervenção estatal nos domínios econômico e social, demonstrando que enquanto no domínio econômico a intervenção estatal configura-se como excepcional da atividade, pois a regra é o desempenho pela iniciativa privada, conformada pelos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, no domínio social a regra inverte-se, pois a intervenção estatal configura-se como regra (tendo em vista que cabe ao Estado a prestação de serviços públicos, em conformidade com art. 175, da CF), sendo a participação da iniciativa privada apenas complementar à atividade de cunho social e, portanto, excepcional e indireta.

Como bem adverte Alberto Shinji Higa,

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. (...). 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.<sup>127</sup>

Posto isso, passaremos a enunciar as regras da Constituição Federal que autorizam o exercício da atividade administrativa de fomento no âmbito social,

<sup>126</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, p. 756.

<sup>127</sup> HIGA, Alberto Shinji, *A responsabilidade civil do Estado em face da atividade administrativa de fomento no domínio social e do agente fomentado à luz da Constituição Federal de 1988*, p. 124-125.

admitindo a participação da sociedade, complementarmente à atividade estatal, no cumprimento da satisfação dos direitos sociais ali consagrados, não sem antes citar disposições que tratam igualmente do fomento administrativo no âmbito econômico.

No art. 3º, a Constituição Federal afirma constituir objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, entre outros, *garantir* o desenvolvimento nacional e *promover* o bem de todos (incisos II e IV, respectivamente).

Como já referimo-nos, o fomento administrativo se dá tanto no domínio econômico, com a intervenção indireta que ocorre “sobre a ordem econômica”, ao lado das funções normativas e regulatórias, previstas no art.174, da CF, como no domínio social, em que o Estado protege e promove a atividade dos particulares para alcançar de forma indireta e mediata os fins legítimos por ele perseguidos (interesse público primário).

No âmbito econômico podemos mencionar as seguintes disposições constitucionais orientadas à atividade administrativa de fomento: a) o art. 174, ao tratar da ordem econômica e financeira, estabelece que como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, além das funções de fiscalização e planejamento, também a de *incentivo*. No mesmo dispositivo, o fomento administrativo aparece, ainda no § 2º, ao dispor que “a lei *apoiará e estimulará* o cooperativismo e outras formas de associativismo”, bem como no § 3º ao dispor que “o Estado *favorecerá* a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a *promoção* econômico-social dos garimpeiros”; b) o art. 179 traz disposição que obriga os entes estatais a dispensar às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a *incentivá-las* pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei; c) o art. 180, no mesmo sentido, prevê a ação de *promoção* e *incentivo* ao turismo pelos entes políticos, como fator de desenvolvimento social e econômico; d) no que tange à política agrícola e fundiária, a Constituição aduz no art. 187, I, II e III, que serão levados em contas para o setor os instrumentos creditícios e fiscais, as *garantias* de comercialização e o *incentivo* à pesquisa e à tecnologia; e) o art. 192 dispõe que o sistema financeiro nacional será estruturado de forma a *promover* o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade; e f) a

previsão expressa do art. 165, § 2º, no sentido de impor que a lei de diretrizes orçamentárias estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento.

Na ordem social, por sua vez, a Constituição Federal preceitua em diversos dispositivos a participação da sociedade na implementação dos objetivos sociais consagrados, em expressa adoção à atividade estatal fomentadora como meio de estimular o alcance das finalidades de cunho social por meio da colaboração dos particulares. Neste sentido, o art. 193, ao inaugurar o título da Ordem Social, começa por estabelecer que esta apresenta como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

Assim, apresentaremos a seguir o rol de disposições constitucionais que tratam especificamente sobre a consagração de direitos sociais e o seu alcance por meio da atividade administrativa de fomento que, como vimos, é forma indireta e mediata de alcance das finalidades do Estado.

A Constituição Federal prevê como direitos sociais, conforme disposto no art. 6º, in verbis: “(...) a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” Ao longo do Texto Constitucional algumas disposições preocuparam-se, como veremos, em garantir a consagração destes direitos por meio da prestação de serviços públicos sociais, impondo ao Poder Público o dever irrenunciável de prestá-los, seja diretamente ou indiretamente, por meio da delegação, e, ainda, como demonstraremos a seguir, disciplinaram a participação da sociedade que atuará em colaboração (jamais em substituição) com o Estado no cumprimento destes deveres impostos constitucionalmente.

Assim, pois, a Constituição Federal estabelece no art. 194, *caput*, que “a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.” Prevê, portanto, a ação conjunta do Poder Público e da sociedade no sentido de realizar iniciativas integradas que assegurem o cumprimento de tais direitos, bem como de outros direitos sociais, como veremos.

No que tange à saúde, o art. 197 reconhece que “são de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.”

Isto porque, conforme preceitua o art. 199, *caput*, da CF, “a assistência à saúde é livre à iniciativa privada”, que conforme trataremos em capítulo específico, autoriza que a prestação do serviço de saúde possa ser prestado em regimes jurídicos distintos, tendo em vista não configurar-se como serviço público exclusivo do Estado e admitir a participação da iniciativa privada (tanto lucrativa como não lucrativa) na prestação deste serviço.

Ocorre, porém, que a própria Constituição autoriza no § 1º, do referido dispositivo, 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.” Assim, o tema afeto a esta dissertação importa estabelecer o regime jurídico aplicável à gestão dos serviços de saúde por entidades do Terceiro Setor, ou seja, pela iniciativa privada sem fins lucrativos e que possui um vínculo jurídico de parceria com o Estado (atividade administrativa de fomento) para a prestação desse serviço social específico, a saúde, complementarmente à prestação estatal.

No campo da assistência social, por sua vez, a previsão do fomento administrativo encontra-se expressa no art. 204, II, da CF, que dispõe: “as ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes: (...); II - participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.”

Quanto ao fomento administrativo direcionado à área da educação, preceitua o art. 205, da CF, que “a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”, verificando-se, uma vez mais, o caráter complementar da atuação da sociedade na consagração de um direito social.



Identifica-se, ainda, quanto à cultura que “o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”, conforme se extrai do art. 215, da CF, reafirmando no § 1º do dispositivo seguinte que “o Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.”

Vislumbramos, ainda, a previsão constitucional da atividade administrativa de fomento em diversas áreas, tais como: *desporto*, conforme dispõe o art. 217, ao enunciar o dever do estado em fomentar as práticas desportivas formais e não formais; *ciência e tecnologia*, conforme disposição do art. 218, ao prever que “o Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas”; *meio ambiente*, em conformidade com o disposto no art. 225, *in verbis*: “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”; bem como, no campo da proteção à *criança, adolescente e idoso*, com base nos arts. 227 e 230.

Conforme se extrai dos dispositivos constitucionais mencionados, a atividade administrativa de fomento relaciona-se com a atividade complementar do particular na realização dos interesses sociais impostos constitucionalmente como deveres do Estado, cuja prestação e garantia de efetividade são irrenunciáveis, admitindo-se apenas a colaboração da sociedade no cumprimento de tais finalidades.

Também foram estas as conclusões de Alberto Shinji Higa ao estudar a atividade administrativa de fomento, ao afirmar que

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 interesse públicos, sem prejuízo dos deveres incumbidos ao Estado, por determinação constitucional.<sup>128</sup>

---

<sup>128</sup> HIGA, Alberto Shinji, *A responsabilidade civil do Estado em face da atividade administrativa de fomento no domínio social e do agente fomentado à luz da Constituição Federal de 1988*, p. 123.

A atividade administrativa de fomento, conquanto integrante da função administrativa, apresenta contornos bastante distintos das demais atividades da respectiva função (serviço público e poder de polícia), senão vejamos.

Não se confunde com serviço público, já que neste a Administração Pública alcança os fins pretendidos (prestação de uma utilidade ou comodidade material destinada à coletividade em geral<sup>129</sup>) de forma direta e imediata por meio de sua própria estrutura orgânica, enquanto que no fomento estes mesmos fins são alcançados de forma mediata e indireta com o auxílio dos particulares que são incentivados e beneficiados a atingir os fins colimados pela Administração Pública.

Da mesma forma, com poder de polícia não se identifica, pois neste a Administração Pública utiliza-se da coerção para o alcance de suas finalidades (limitações ao exercício da liberdade e da propriedade cujos objetivos são a de prevenir e obstar o desenvolvimento de atividades particulares contrastantes com os interesses sociais<sup>130</sup>), enquanto que na atividade promocional, denominada fomento, a Administração Pública busca alcançar determinado comportamento do particular por meio de estímulos, que a eles adere voluntariamente, sem uso da coação.

A respeito das diferenças entre as relações jurídico-administrativas surgidas entre o fomento administrativo e outras atividades administrativas, assevera José Roberto Pimenta Oliveira que

Diferentemente das relações jurídicas nascidas sob a égide do *Direito Administrativo Ordenador* e do *Direito Administrativo Sancionador*, 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-

<sup>129</sup> Trata-se do conceito restrito de serviço público adotado pelo Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, *in verbis*: “serviço público é 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”. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, p. 659.

<sup>130</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, p. 809.

administrativo entre particular fomentado e Administração fomentadora, em vista do interesse público colimado na lei.<sup>131</sup>

Ressaltamos, contudo, que embora muito se tenha caminhado em termos doutrinários acerca dos delineamentos e contornos jurídicos a que se submete a atividade administrativa de fomento, muitos são os problemas constatados na realidade que atingem o exercício estatal desta função administrativa, dentre eles, a falta de planejamento e do controle do montante de recursos destinados às atividades de fomento ao Terceiro Setor; ausência de avaliação dos resultados obtidos na prestação de serviços públicos pelas entidades do Terceiro Setor; possibilidade de perda de flexibilidade para a definição dos programas de ação de governo; falta de uniformidade na definição de prioridades para as alocações e normas para habilitação aos recursos, nos casos de outorga de títulos a entidades privadas; possibilidade de criação de linhas duplicadas de intervenção sobre um mesmo tipo de problema<sup>132</sup>; legislações omissas e violadoras do regime jurídico aplicável à atividade promocional; malversação do dinheiro público; entre inúmeros outros problemas.

Passaremos agora a estudar os instrumentos jurídicos postos à disposição pelo ordenamento jurídico brasileiro para que o Estado desempenhe legitimamente sua atividade administrativa de fomento e alcance indiretamente as finalidades públicas que deseja perseguir no cumprimento do seu dever (realização do interesse público).

## 2.3 INSTRUMENTOS JURÍDICOS DA ATIVIDADE DE FOMENTO

A doutrina classifica os meios de fomento segundo dois parâmetros: 1) segundo a forma de atuação da Administração sobre a vontade dos particulares, a quem se dirige o fomento; e 2) pelos tipos ou classes de vantagens que se outorgam para a proteção ou promoção das atividades promovidas pelos particulares.

---

<sup>131</sup> OLIVEIRA, José Roberto Pimenta, *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro*, p. 516.

<sup>132</sup> DIAS, Maria Tereza Fonseca, *Terceiro Setor e Estado: legitimidade e regulação. Por um novo marco jurídico*, p. 39.

Segundo a forma de atuação da Administração sobre a vontade dos particulares, os meios de fomento se distinguem em positivos ou negativos.

São positivos os meios de fomento que fazem com que os particulares possuem uma ação determinada, no sentido de agir, prosseguir ou realizar determinadas atividades, cujo fomento interessa de forma particular ao Estado, outorgando-lhes benefícios e vantagens, como meio de estímulo.

Por outro lado, são negativos os meios que buscam um não agir naquela direção pelos particulares, representando um desestímulo àquela atuação, já que a Administração não deseja que determinadas atividades seja desempenhadas e buscadas, por apresentarem-se contrárias ao interesse público.

O fomento sob o prisma da forma de atuação da Administração sobre a vontade dos administrados é identificado pelo binômio meios persuasivos/dissuasivos<sup>133</sup>, em que a Administração conduz um determinado comportamento dos particulares, incentivando-os ou desestimulando-os.

Levando-se em conta os tipos ou classes de vantagens que se outorgam para a proteção ou promoção das atividades promovidas pelos particulares, os meios de fomentos são diferenciados em honoríficos, econômicos (reais ou financeiros) e jurídicos<sup>134</sup>.

Os meios de fomento honoríficos consistem no reconhecimento público de uma atividade que a Administração considera conveniente e louvável, o qual recai normalmente sobre o sentimento de honra dos particulares, incluindo-se nesta categoria os títulos, recompensas, condecorações, troféus, diplomas, prêmios e menções.

Advertimos, contudo, para a divergência doutrinária quanto à admissão do fomento honorífico como uma autêntica espécie de fomento administrativo, uma vez que para Santamaría Pastor, por exemplo, não há nos meios honoríficos “uma

---

<sup>133</sup> OLIVEIRA, José Roberto Pimenta, *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro*, p. 521.

<sup>134</sup> Há, ainda, na doutrina, aqueles que acrescentam os meios psicológicos como forma de vantagem concedida pela Administração, como, por exemplo, Célia Cunha Mello, em sua obra *O fomento da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 91.

relação de causa e efeito entre ação pública direcionada ao sujeito e atividade realizada pelo sujeito contemplado”<sup>135</sup>.

Por sua vez, os meios de fomento econômico traduzem-se em vantagens pecuniárias que são concedidas aos particulares que desempenham atividades cujo fomento interessa ao Estado, pois relativas ao interesse público, e são representadas, via de regra, pelas subvenções, isenções, prêmios, adiantamentos e empréstimos especiais.

Os meios de fomento econômico se dividem, ainda, em reais ou financeiros, sendo que este último pode ainda ser classificado em diretos ou indiretos.

Os meios de fomento econômicos reais consistem em prestações ou dação de bens ou serviços da Administração a particulares, sem encargo para estes, que os recebem e os utilizam nestas condições.

Os meios de fomento econômicos financeiros, por outro lado, são aqueles que consistem em ajudas ou vantagens destinadas aos particulares que exercem atividades de interesse público, destinatários da atividade de fomento, podendo ser efetuados por meio de desembolsos em dinheiro ou em títulos que o represente pela Administração em favor deles (meios financeiros diretos, tais como, antecipações, prêmios, subsídios), ou, ainda, por meio de isenções parciais ou totais de obrigações com caráter eminentemente fiscal (meios financeiros indiretos, entre eles, as isenções fiscais, as deduções e as admissões aduaneiras temporárias).

Diversamente do que comumente ocorrem com os fomentos honoríficos, os fomentos econômicos se outorgam em virtude de previsões legais específicas, cuja margem de discricionariedade praticamente inexistente, bastando a verificação das condições legais impostas.

Finalmente, os meios de fomento jurídicos determinam uma condição jurídica especial aos particulares fomentados, possibilitando aferir vantagens ou privilégios, bem como a utilização de meios jurídicos excepcionais.

Sílvio Luis Ferreira da Rocha bem adverte para a incorreção da classificação que admite os meios jurídicos como uma das espécies de fomento, ao lado dos

---

<sup>135</sup> OLIVEIRA, José Roberto Pimenta, op. cit. p. 521.

meios honoríficos e econômicos, pois se a atribuição desses meios de fomento se dá por previsão normativa, não deixam de ser também jurídicos.<sup>136</sup>

Analisaremos nos próximos tópicos as formas de fomento econômico financeiro, direto e indireto, tendo em vista ser esta a espécie de fomento mais utilizada pela Administração para incentivar a participação da iniciativa privada na consecução dos objetivos sociais que almeja alcançar, sobretudo, após a edição das leis que disciplinam as Organizações Sociais (lei nº 9637/98) as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (lei nº 9790/99), que permitem, dado o especial regime jurídico que se inserem, firmar com a Administração, respectivamente, o Contrato de Gestão e o Termo de Parceria, formas de fomento econômico financeiro direto, já que representam um desembolso de dinheiro por parte da Administração em favor de entidades qualificadas que deseja efetivamente fomentar.

Ao lado do Contrato de Gestão e Termo de Parceria, representam, ainda, formas de fomento econômico financeiro direto, as subvenções, os auxílios, as contribuições e os convênios, que serão estudados a seguir.

Por fim, traremos ainda neste capítulo das formas de fomento econômico indireto, representadas por importantes benefícios fiscais, como as imunidades e as isenções tributárias.

### 2.3.1 Formas de fomento direto

Constituem formas de fomento econômico financeiro direto, como vimos, as subvenções, os auxílios e as contribuições, disciplinados pela Lei nº 4.320, de 17.03.1964 (art. 12)<sup>137</sup> e pelo Decreto nº 93.872, de 23.12.1986 (arts. 58 a 66), bem

<sup>136</sup> ROCHA, Silvio Luis Ferreira da, *Terceiro Setor*, p. 22.

<sup>137</sup> Lei nº 4.320/64: 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:*

como os instrumentos jurídicos como o convênio (art. 116, da Lei nº 8.666/93 e Decreto nº 6.170/2007), o termo de parceria (disciplinado pelos arts. 9º e ss, da Lei nº 9.790/99) e o contrato de gestão (previsto no art. 5º e ss, da Lei nº 9.637/98).

### 2.3.1.1 Subvenções

A subvenção é espécie de cooperação financeira da União concedida a entidade pública ou privada, destinada a cobrir despesas de custeio operacional destas entidades, tais como: aluguel, folha de salários e conservação de bens.

De acordo com o § 3º, do art. 12, da Lei 4.320/64 e art. 59 do Decreto nº 93.872/86, a subvenção pode ser de dois tipos: subvenção social e subvenção econômica.

A subvenção social será concedida independentemente de legislação especial a instituições públicas ou privadas de caráter assistencial ou cultural sem finalidade lucrativa, ou seja, aquelas que desempenham atividades em áreas de assistência social, médica e educacional, desde que a subvenção à iniciativa privada se mostre mais econômica do que a prestação do serviço diretamente pelo Estado, conforme dispõe o art. 16, da Lei nº 4.320.

Quanto ao valor da subvenção, o § 2º, do art. 59, do Decreto nº 93.872/86 e parágrafo único do art. 16, da Lei nº 4.320, prevêem que, sempre que possível, será

---

*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.*

calculado com base em unidades de serviços efetivamente prestados ou postos à disposição dos interessados, obedecidos os padrões mínimos de eficiência previamente fixados.

A concessão de subvenção social à instituição interessada está condicionada à satisfação dos seguintes requisitos: 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; 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.

No que concerne às transferências de recursos públicos a entidades privadas, a Lei nº 12.017/2009, que dispõe sobre as diretrizes para a elaboração e execução da Lei Orçamentária de 2010, prevê em seu art. 12, no que tange às subvenções sociais que:

A transferência de recursos a título de subvenções sociais, nos termos do art. 16 da Lei nº 4.320, de 1964, atenderá as entidades privadas sem fins lucrativos que exerçam atividades de natureza continuada nas áreas de cultura, assistência social, saúde e educação e preencham uma das seguintes condições:

I – sejam de atendimento direto ao público, de forma gratuita, e tenham certificação de entidade beneficente de assistência social nas áreas de saúde, educação ou assistência social, expedida pelo Conselho Nacional de Assistência Social – CNAS ou por outro órgão competente das demais áreas de atuação governamental, de acordo com lei superveniente;

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; ou

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.



Parágrafo único. O disposto no **caput** também se aplica:

I – às entidades de assistência social voltadas ao atendimento direto e gratuito de pessoas deficientes, crianças e idosos detentoras de registro ou certificação de entidade beneficente de assistência social, expedida pelo Conselho Nacional de Assistência Social – CNAS ou por outro órgão competente das demais áreas de atuação governamental, de acordo com lei superveniente; e

II – às entidades de educação extraescolar de atendimento direto e gratuito detentoras de certificação de entidade beneficente de assistência social na área de educação, expedida pelo Conselho Nacional de Assistência Social – CNAS ou por outro órgão competente das demais áreas de atuação governamental, de acordo com lei superveniente.

A subvenção econômica, por sua vez, embora também se preste a cobrir despesas operacionais, poderá ser concedida tanto a empresas públicas como privadas de caráter industrial, comercial, agrícola ou pastoril, ou seja, com finalidades lucrativas, desde que haja expressa autorização em lei especial, conforme dispõe o art. 12, § 3º, II e art. 19, da Lei nº 4.320/64.

Ressaltemos, por fim, que somente será concedida subvenção a entidade privada que comprovar sua capacidade jurídica e regularidade fiscal, em cujas condições de funcionamento forem julgadas satisfatórias pelos órgãos oficiais de fiscalização (art. 17, da Lei nº 4.320/64).

#### 2.3.1.2 Auxílios e Contribuições

Tanto os auxílios como as contribuições têm previsão no art. 12, § 6º, da Lei nº 4.320/64 e servem para custear despesas de capital, ou seja, despesas que podem gerar serviços, riquezas e produzir um incremento ao Produto Nacional, podendo ser destinadas tanto a entidades públicas como privadas, devendo ser apresentado o pleito de transferência de recursos mediante a exposição de um plano de aplicação de recursos pela entidade interessada.

Os auxílios, contudo, diferentemente do que ocorre com as contribuições que derivam de lei especial, decorrem diretamente da lei de orçamento, daí sua principal distinção.

Quanto à transferência de recursos a título de contribuição a entidades privadas, a Lei nº 12.017/2009, que dispõe sobre as diretrizes para a elaboração e execução da Lei Orçamentária de 2010, prevê em seu art. 34 que:

A transferência de recursos a título de auxílios, previstos no art. 12, § 6º, da Lei nº 4.320, de 1964, somente poderá ser realizada para entidades privadas 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 que sejam certificadas como entidades beneficentes de assistência social expedida pelo Conselho Nacional de Assistência Social – CNAS, ou por órgão governamental na área de saúde de acordo com lei superveniente;

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 – 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;

VI – qualificadas ou registradas e credenciadas como instituições de apoio ao desenvolvimento da pesquisa científica e tecnológica com contrato de gestão firmado com órgãos públicos;

VII – 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;

VIII – voltadas, na área de assistência social, ao atendimento direto e gratuito de pessoas portadoras de deficiência;

IX – voltadas diretamente às atividades de coleta e processamento de material reciclável, desde que constituídas sob a forma de associações ou cooperativas integradas por pessoas em situação de risco social, na forma prevista em regulamento do Poder Executivo,

cabendo ao órgão concedente aprovar as condições para a aplicação dos recursos;

X – voltadas ao atendimento de pessoas carentes em situação de risco social ou diretamente alcançadas por programas e ações de combate à pobreza e geração de trabalho e renda, nos casos em que ficar demonstrado que a entidade privada tem melhores condições que o Poder Público local para o desenvolvimento das ações pretendidas, devidamente justificado pelo órgão concedente responsável; e

XI – de atendimento direto e gratuito de crianças e idosos, detentoras de registro ou certificação de entidade beneficente de assistência social, expedida pelo Conselho Nacional de Assistência Social – CNAS ou por outro órgão competente das demais áreas de atuação governamental, de acordo com lei superveniente.

Também quanto à transferência de recursos a título de contribuição a entidades privadas, a Lei nº 12.017/2009, que dispõe sobre as diretrizes para a elaboração e execução da Lei Orçamentária de 2010, prevê em seu art. 33 que:

A transferência de recursos a título de contribuição corrente somente será destinada a entidades sem fins lucrativos e que preencham uma das seguintes condições:

I – estejam autorizadas em lei específica;

II – estejam, dadas suas peculiaridades, nominalmente identificadas no projeto de lei enviado pelo Poder Executivo e na respectiva lei; ou

III – sejam selecionadas 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, sendo vedada sua concessão para as áreas de que trata o art. 32, desta lei.

§ 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 2010.

### 2.3.1.3 Convênio

Os convênios foram disciplinados inicialmente pela Constituição Federal de 1988 em dois momentos distintos: no art. 71, VI, ao tratar do controle externo

exercido pelo Congresso Nacional com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete entre outras coisas “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”; e, ainda, no art. 199, § 1º, ao dispor que a assistência a saúde é livre à iniciativa privada, sendo 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”.

Contudo, a Emenda Constitucional nº 19/98 conferiu nova redação ao art. 241, da Constituição Federal, determinando sobre as parcerias entre os entes federados que “a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos”.

Assim, a nova redação conferida ao art. 241, da CF, pela EC nº 19/98, previu expressamente a possibilidade de cooperação ou gestão associada entre os entes políticos para a conjugação de esforços na realização dos serviços públicos, desde que haja disciplina legal (lei ordinária) neste sentido.

Referida Emenda Constitucional alterou, ainda, o disposto no § 2º do art. 39 da CF, que passou a dispor sobre a possibilidade de celebração de convênios ou contratos entre os entes federados para a manutenção de escolas de governo para a formação e o aperfeiçoamento dos servidores públicos, constituindo-se a participação nos cursos um dos requisitos para a promoção na carreira.

Outra alteração constitucional promovida pela EC nº 42, de 2003, previu a possibilidade de convênio a ser firmado entre as administrações tributárias dos entes federados para atuarem de forma integrada, inclusive com o compartilhamento de cadastros e de informações fiscais.

Por fim, a EC nº 59, de 2009, alterou também o disposto no § 4º, do art. 211, para prever que “na organização de seus sistemas de ensino, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios definirão formas de colaboração, de modo a assegurar a universalização do ensino obrigatório.”

A normatização dos convênios no âmbito infraconstitucional está disciplinada na Lei das Licitações e Contratos Administrativos (lei nº 8.666/93, art. 116<sup>138</sup>), no Decreto nº 6.170/2007 (dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse) e na IN STN 1/97.

O convênio é previsto também no Decreto-lei nº 200/67 (dispõe sobre a organização da Administração Federal), como instrumento de descentralização das

---

<sup>138</sup> Lei nº 8.666/93: Art. 116. *Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração.*

§ 1º *A celebração de convênio, acordo ou ajuste pelos órgãos ou entidades da Administração Pública depende de prévia aprovação de competente plano de trabalho proposto pela organização interessada, o qual deverá conter, no mínimo, as seguintes informações:*

*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;*

*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.*

§ 2º *Assinado o convênio, a entidade ou órgão repassador dará ciência do mesmo à Assembléia Legislativa ou à Câmara Municipal respectiva.*

§ 3º *As parcelas do convênio serão liberadas em estrita conformidade com o plano de aplicação aprovado, exceto nos casos a seguir, em que as mesmas ficarão retidas até o saneamento das impropriedades ocorrentes:*

*I - quando não tiver havido comprovação da boa e regular aplicação da parcela anteriormente recebida, na forma da legislação aplicável, inclusive mediante procedimentos de fiscalização local, realizados periodicamente pela entidade ou órgão descentralizador dos recursos ou pelo órgão competente do sistema de controle interno da Administração Pública;*

*II - quando verificado desvio de finalidade na aplicação dos recursos, atrasos não justificados no cumprimento das etapas ou fases programadas, práticas atentatórias aos princípios fundamentais de Administração Pública nas contratações e demais atos praticados na execução do convênio, ou o inadimplemento do executor com relação a outras cláusulas conveniais básicas;*

*III - quando o executor deixar de adotar as medidas saneadoras apontadas pelo partícipe repassador dos recursos ou por integrantes do respectivo sistema de controle interno.*

§ 4º *Os saldos de convênio, enquanto não utilizados, serão obrigatoriamente aplicados em cadernetas de poupança de instituição financeira oficial se a previsão de seu uso for igual ou superior a um mês, ou em fundo de aplicação financeira de curto prazo ou operação de mercado aberto lastreada em títulos da dívida pública, quando a utilização dos mesmos verificar-se em prazos menores que um mês.*

§ 5º *As receitas financeiras auferidas na forma do parágrafo anterior serão obrigatoriamente computadas a crédito do convênio e aplicadas, exclusivamente, no objeto de sua finalidade, devendo constar de demonstrativo específico que integrará as prestações de contas do ajuste.*

§ 6º *Quando da 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.*

atividades federais, conforme disposto nos arts. 10, §§ 1º, "b" e 5º<sup>139</sup>; § 2º do art. 156<sup>140</sup>; art. 160<sup>141</sup> e art. 166<sup>142</sup>.

A doutrina publicística com alguma ou outra variação tem admitido convênio administrativo como acordo celebrado entre entidades públicas de qualquer espécie ou entre estas e entidades ou instituições privadas para a consecução de interesses e objetivos comuns.

Assim, Hely Lopes Meirelles conceitua os convênios administrativos como “acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, para a realização de objetivos comuns dos partícipes”.<sup>143</sup>

Para este autor, convênio é acordo, mas não é contrato, pois neste último os interesses das partes são diversos e contrapostos, ao passo que no convênio os partícipes têm interesses comuns e coincidentes. No contrato, uma das partes deseja o objeto do ajuste e a outra pretende a contraprestação correspondente.

Outrossim, para Diogo de Figueiredo Moreira Neto, 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 e colaboração, de uma atividade de competência da primeira”.<sup>144</sup>

<sup>139</sup> Decreto-lei nº 200/67: Art. 10. *A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.*

§ 1º *A descentralização será posta em prática em três planos principais:*

(...)

b) *da Administração Federal para a das unidades federadas, quando estejam devidamente aparelhadas e mediante convênio;*

(...)

§ 5º *Ressalvados os casos de manifesta impraticabilidade ou inconveniência, a execução de programas federais de caráter nitidamente local deverá ser delegada, no todo ou em parte, mediante convênio, aos órgãos estaduais ou municipais incumbidos de serviços correspondentes.*

<sup>140</sup> Decreto-lei nº 200/67: Art. 156. *A formulação e Coordenação da política nacional de saúde, em âmbito nacional e regional, caberá ao Ministério da Saúde.*

(...)

§ 2º *Na prestação da assistência médica dar-se-á preferência à celebração de convênios com entidades públicas e privadas, existentes na comunidade.*

<sup>141</sup> Decreto-lei nº 200/67: Art. 160. *A Superintendência Nacional do Abastecimento ultimar, no mais breve prazo, a assinatura de convênios com os Estados, Prefeitura do Distrito Federal e Territórios com o objetivo de transferir-lhes os encargos de fiscalização atribuídos àquela Superintendência.*

<sup>142</sup> Decreto-lei nº 200/67: Art. 166. *A exploração dos troncos interurbanos, a cargo da Empresa Brasileira de Telecomunicações, poderá, conforme as conveniências econômicas e técnicas do serviço, ser feita diretamente ou mediante contrato, delegação ou convênio.*

<sup>143</sup> MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 411.

<sup>144</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, 189.

Diógenes Gasparini conceitua convênio como “o ajuste administrativo, celebrado por pessoas públicas de qualquer espécie ou realizados por essas pessoas e outras de natureza privada, para a consecução de objetivos de interesse comum dos convenientes”<sup>145</sup>.

A seu turno, Maria Sylvia Zanella Di Pietro aduz que “define-se o convênio como forma de ajuste entre o Poder Público e entidades públicas ou privadas para a realização de objetivos de interesse comum, mediante mútua colaboração”<sup>146</sup>.

Odete Medauar não apresenta um conceito próprio para convênio, mas considera sua natureza como sendo contratual.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, o contrato compreende duas modalidades: a dos contratos em que as partes se compõem para atender a interesses contrapostos e que são satisfeitos pela ação recíproca delas e os contratos em que, inversamente, as partes se compõem pela comunidade de interesses, pela finalidade comum que as impulsiona. São contratos desse último tipo os consórcios e os convênios. Logo, para o referido autor, convênios e consórcios são espécies do gênero contratos.<sup>147</sup>

Como podemos ver, não há na doutrina unanimidade quanto à natureza jurídica do convênio, havendo aqueles que admitem sua natureza contratual, como Odete Medauar e Celso Antônio Bandeira de Mello e os que admitem a autonomia do convênio como pacto distinto do contrato.

Neste sentido, Dinorá Grotti observa que a natureza jurídica do convênio é debatida na doutrina pátria, principalmente para contrapô-lo à categoria contratual. Assim, a autora enumera vários critérios que têm sido apontados para distinguir o contrato do convênio, síntese da qual nos valem a seguir:

- a) os convênios não são contratos, apesar de serem acordos de vontades. O "convênio", diz Hely Lopes Meirelles, "é acordo, mas não é contrato"; Diógenes Gasparini afirma ser "ajuste administrativo", não se tratando de contrato, nem mesmo administrativo; Maria Garcia qualifica os convênios como "acordos de cooperação (todos os signatários têm atividades pré-ordenadas para o fim almejado) ou de colaboração (quando os signatários desenvolvem atividades-meio, preparatórias, auxiliares ou complementares da atividade estatal, para o objetivo

<sup>145</sup> GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*, 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 661.

<sup>146</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 314.

<sup>147</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, p. 660.

comum)"; Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Edmir Netto de Araujo, Arnaldo Wald e Luiza Rangel de Moraes apontam serem os convênios pactos da espécie acordo, qualificando-os como atos complexos; Marcos Juruena Villela Souto os define como atos multilaterais de parceria; Maria Sylvia Zanella Di Pietro assinala que o convênio é um acordo de vontades com características próprias, como resulta da própria Lei nº 8.666/93, pois, se os convênios tivessem natureza contratual, a aplicação de suas normas decorreria dos arts. 1º e 2º, e não haveria necessidade do preceito contido no art. 116, caput, que manda aplicar suas disposições aos convênios e a quaisquer acordos, ajustes e outros instrumentos, desde que a Administração tenha participação, "no que couber";

- b) quanto aos interesses, no contrato são divergentes e contrapostos para as partes que os celebram, enquanto no convênio são convergentes e comuns entre os partícipes.
- c) no contrato existem partes: uma que pretende o objeto do ajuste (a obra, o serviço etc.); outra que visa a contraprestação correspondente (a remuneração ou outra vantagem); no convênio tem-se partícipes (convenientes não-vinculados contratualmente) com as mesmas pretensões, ainda que haja prestações específicas e individualizadas, a cargo de cada partícipe;
- d) nos contratos, as vontades antagônicas se compõem, e não se adicionam, delas resultando uma terceira espécie de vontade - a contratual; nos convênios, como nos consórcios, as vontades se somam e não dão origem a uma terceira espécie;
- e) no convênio, os partícipes buscam o mesmo e idêntico objetivo, unindo-se para a satisfação do interesse comum; no contrato, cada parte quer atingir um fim que não é compartilhado pela outra;
- f) no convênio, há uma conjugação de esforços, sob várias formas, como repasse de verbas, uso de equipamentos, de recursos humanos e materiais, de imóveis, de know-how e outros; por isso mesmo, no convênio não se cogita de preço ou remuneração, que constitui cláusula inerente aos contratos;
- g) "no contrato, o valor a título de remuneração passa a integrar o patrimônio da entidade que o recebeu, sendo irrelevante para o repassador a utilização que será feita do mesmo; no convênio, se o conveniado recebe determinado valor, este fica vinculado à utilização prevista no ajuste; assim, se um particular recebe verbas do poder público em decorrência de convênio, esse valor não perde a natureza de dinheiro público, só podendo ser utilizado para os fins previstos no convênio; por essa razão, a entidade está obrigada a prestar contas de sua utilização, não só ao ente repassador, como ao Tribunal de Contas".
- h) em decorrência da ausência de vinculação contratual, devem ser consideradas nulas cláusulas de permanência obrigatória ou obstativas de denúncia do convênio a qualquer momento ou de sanções pela retirada, promovendo-se a respectiva prestação de contas. Sob outra ótica, Alzemer Martins Ribeiro de Britto aventa a possibilidade de previsão de penalidades "no caso de ferimento de cláusulas conveniais", pois "se entidades não-estatais podem ser beneficiadas pelo fato de receberem subvenções do Poder Público, nada obsta que, desobedecendo os princípios e regras que condicionaram tais repasses, sofram sanções a serem



previstas no instrumento do convênio." Acrescenta que não se deve argumentar que essa penalização "transmude a natureza do acordo para contrato, porquanto ninguém pode negar que os convênios, sem se desnaturarem, também comportam cláusulas nitidamente contratuais, como as de remuneração, por exemplo, vindas sob a forma de 'repasses de verbas'". Respalda ainda seu posicionamento no art. 116, caput da Lei nº 8.666/93, tendo em conta que "todas as regras desse diploma legal que se coadunem com a natureza dos convênios devem acarretar subsunção imediata, como, por exemplo, a de apenamento por conduta faltosa do conveniado, quando firmado o convênio entre a Administração e particulares;

- i) os partícipes do convênio têm competências comuns quanto à matéria a que visam.<sup>148</sup>

De outro lado, a seu turno, contrários à distinção entre a natureza jurídica de convênio e contrato encontram-se importantes vozes, das quais nos utilizaremos para expor sinteticamente as razões que os levam a esta conclusão sobre a matéria.

Para Odete Medauar, portanto, não existe autonomia do contrato como pacto distinto do convênio, possuindo ambos a mesma natureza contratual. Apresenta, pois, as seguintes objeções quanto às distinções apontadas em contrário:

- a) quanto à reciprocidade de obrigações indicada como fator distintivo, observa-se que os convênios envolvem encargos recíprocos: é o caso, por exemplo, de um convênio firmado entre um Estado e um Município para construção de uma escola, em que ao primeiro cabe a obra e ao segundo o oferecimento do terreno;
- b) no que tange aos interesses, a presença do Poder Público num dos pólos levaria a concluir que o interesse público será o fim perseguido pelos convênios e contratos; já, na hipótese de convênios celebrados com particulares, poder-se-ia aduzir que estes não buscam o interesse público e que, em decorrência, os interesses seriam contrapostos; ademais, nas situações de contratos e convênios entre entidades estatais nem sempre é clara a separação entre as duas figuras, porque o interesse público aparece como denominador comum;
- c) no atinente aos "resultados comuns", é possível encontrá-los também em contratos, como acontece nos contratos celebrados entre entidades estatais;
- d) no que se refere à "competência comum" não constitui ela traço distintivo suficiente entre convênios e contratos, de vez que, nos convênios firmados entre entes estatais e particulares não se poderia invocar como característica a competência comum dos partícipes,

---

<sup>148</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Palestra intitulada "Contratos de Gestão e outros tipos de acordos celebrados pela Administração", ministrada no II Seminário de Direito Administrativo – TCMSP - "Licitação e Contrato - Direito Aplicado", de 14 a 18 de junho de 2004, disponível em [http://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/14a18\\_06\\_04/ivan\\_barbosa9.htm](http://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/14a18_06_04/ivan_barbosa9.htm), acessado em 10 de junho de 2010.

pois parece estranho referir competência a pessoas físicas ou jurídicas do setor privado;

e) quanto à "remuneração", nem sempre nos contratos uma das partes remunera a outra como ocorre, por exemplo, na concessão de serviço público.<sup>149</sup>

Celso Antônio Bandeira de Mello, em seu *Curso de Direito Administrativo*, nos ensina que

O contrato, como instituto da Teoria Geral do Direito, compreende duas modalidades básicas: a dos contratos em que as partes se compõem para atender a interesses contrapostos e que são satisfeitos pela ação recíproca delas e os contratos em que, inversamente, as partes se compõem pela comunidade de interesses, pela finalidade comum que as impulsiona.<sup>150</sup>

Assim, compreendem-se neste segundo grupo os contratos que originam as associações, as sociedades, os consórcios e os convênios; e, no primeiro grupo, todos os demais contratos, inclusive os contratos administrativos.

Sílvio Luis Ferreira da Rocha<sup>151</sup> pondera que esta distinção entre convênio e contrato com base na diversidade de interesses é errônea e invoca como justificativa os contratos associativos, bem como as lições de Carlos Alberto Bittar e Caio Mário da Silva Pereira, para demonstrar que naqueles as partes estão unidas em torno de fins comuns, não havendo contraposição de interesses, a despeito de serem contratos.

Referido autor, a nosso ver, acertadamente, aduz que

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

<sup>149</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti, *Contratos de Gestão e outros tipos de acordos celebrados pela Administração*, disponível em [http://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/14a18\\_06\\_04/ivan\\_barbosa9.htm](http://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/14a18_06_04/ivan_barbosa9.htm), acessado em 10 de junho de 2010.

<sup>150</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, p. 653.

<sup>151</sup> ROCHA, Sílvio Luis Ferreira da, *Terceiro Setor*, p. 52-53.

aplicável ao contrato administrativo se comparado com o regime jurídico aplicável ao convênio.<sup>152</sup>

Outro ponto que deve ser mencionado, ainda que sucintamente, no que tange aos convênios, é a diferença entre estes e o consórcio. Assim, a principal distinção encontra-se na diversidade ou não dos partícipes, pois enquanto os convênios são celebrados entre uma entidade pública e outra entidade pública, de natureza diversa, ou outra entidade privada, o consórcio é sempre firmado entre entidades da mesma natureza e mesmo nível de governo ou entre entidades da administração indireta para atingir objetivos de interesse comum.

No que toca à realização de convênios entre uma entidade pública e uma entidade privada, concordamos na íntegra com o posicionamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem

Só podem ser firmados convênios com entidades privadas se estas forem pessoas sem fins lucrativos. Com efeito, se a contraparte tivesse objetivos lucrativos, sua presença na relação jurídica não teria as mesmas finalidades do sujeito público. Pelo contrário, seriam reconhecidos objetos contrapostos, pois, independentemente da caracterização de seus fins sociais, seu objetivo no vínculo seria a obtenção de um pagamento”.<sup>153</sup>

Neste ponto, portanto, relevante as lições de Maria Sylvia Zanella Di Pietro ao advertir que o convênio não se presta à delegação de serviço público ao particular, porque incompatível com a própria natureza deste tipo de ajuste. Na delegação ocorre a transferência de atividade de uma pessoa para outra que não a possui; no convênio, pressupõe-se que as duas pessoas têm competências comuns e vão prestar mútua colaboração para atingir seus objetivos.<sup>154</sup>

O convênio celebrado entre uma entidade pública e uma entidade privada sem fins lucrativos, deve ter por objetivo, portanto, a realização de um interesse público que ambos desejam perseguir e diante de mútuos ajustes celebrados as partes convergem para o mesmo sentido, tratando-se, pois, de um instrumento jurídico posto à disposição pelo ordenamento jurídico para que a Administração

---

<sup>152</sup> ROCHA, Silvio Luis Ferreira da, *Terceiro Setor*, p. 54.

<sup>153</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, p. 654.

<sup>154</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Palestra intitulada “Contratos de Gestão e outros tipos de acordos celebrados pela Administração”, ministrada no II Seminário de Direito Administrativo – TCMSP - “Licitação e Contrato - Direito Aplicado”, de 14 a 18 de junho de 2004, disponível em [http://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/14a18\\_06\\_04/ivan\\_barbosa9.htm](http://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/14a18_06_04/ivan_barbosa9.htm), acessado em 10 de junho de 2010.

exerça sua atividade fomentadora e alcance as finalidades que deseja perseguir com a colaboração do particular.

Ressaltamos, contudo, que embora a doutrina majoritariamente aponte a desnecessidade de prévia licitação para realização de convênios<sup>155</sup>, tendo em vista que não há que se cogitar de certame, por inexistir competitividade, se tratar-se, por exemplo, de convênios entre entes estatais para a consecução de determinados objetivos comuns, bem como desnecessidade do certame pela especificidade do objeto e da finalidade, no tocante aos convênios entre órgãos ou entes estatais e entidades particulares, entendemos que, neste último caso, havendo pluralidade de entidades privadas aptas a atenderem o objeto e a finalidade perseguidos pelo convênio, tendo em vista a submissão da atividade promocional ao regime jurídico administrativo, e, portanto, aos princípios da impessoalidade e moralidade, deve-se realizar o procedimento licitatório, conferindo-se igualdade de oportunidade a todos aqueles que desejam firmar tal ajuste com a Administração.

Embora haja previsão no Decreto 6.170/2007 (arts. 4º e 5º<sup>156</sup>), que dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, o procedimento de chamamento público ali referido para a celebração de convênios com entidades privadas sem fins lucrativos é facultativo, e sua adoção ou não fica a cargo da entidade ou órgão concedente, o que na prática, mostra-se muito pouco efetivo, pois os convênios são firmados sem qualquer procedimento prévio de escolha.

No entanto, em sentido contrário às legislações editadas que regem a matéria, merece elogio a edição da Lei Municipal nº 13.153/01, que dispõe sobre a política pública de atenções de assistência social, sem fins lucrativos, operada através de convênios no âmbito do Município de São Paulo, ao dispor em seu art. 8º, IV, que “a celebração do convênio deverá respeitar o disposto no art. 116, da Lei

---

<sup>155</sup> Podemos mencionar como adeptos ao posicionamento da desnecessidade de prévia licitação para realização de convênios entre entidades públicas e entidades privadas os seguintes autores: Maria Sylvania Zanella Di Pietro, Marçal Justen Filho, José dos Santos Carvalho Filho e Toshio Mukai.

<sup>156</sup> Decreto 6.170/2007: Art. 4º *A celebração de convênio com entidades privadas sem fins lucrativos poderá ser precedida de chamamento público, a critério do órgão ou entidade concedente, visando à seleção de projetos ou entidades que tornem mais eficaz o objeto do ajuste.*

*Parágrafo único. Deverá ser dada publicidade ao chamamento público, especialmente por intermédio da divulgação na primeira página do sítio oficial do órgão ou entidade concedente, bem como no Portal dos Convênios.*

*Art. 5º O chamamento público deverá estabelecer critérios objetivos visando à aferição da qualificação técnica e capacidade operacional do conveniente para a gestão do convênio.*

Federal 8666 de 21/06/93”, bem como prevê no art. 3º, VII, que a política de convênios de que trata esta lei deverá observar, entre outros princípios, “a defesa da igualdade de oportunidades e da democratização da relação através de processo público desde a proposição, chamamento até a homologação dos convênios de assistência social.”

A nosso ver, este modelo legislativo deveria servir de parâmetro para as demais legislações que tratam especificamente sobre os convênios entre órgãos ou entidades públicas com entidades privadas sem fins lucrativos, tendo em vista atender o regime jurídico administrativo aplicável a este instrumento jurídico como modalidade de fomento econômico financeiro direito, integrante da função administrativa.

#### 2.3.1.4 Termo de Parceria

A previsão legal do termo de parceria consta dos arts. 9º a 15, da Lei 9.790/98, editada no seio da chamada “Reforma do Marco Legal do Terceiro Setor”, cujas disposições tentaram reduzir as críticas apontadas com a anterior Lei das Organizações Sociais (nº 9.637/98).

Assim, nos dizeres de José Eduardo Sabo Paes quanto ao termo de parceria: É uma das grandes inovações da lei. Permitirá a formação de parcerias entre o Poder Público, em suas várias esferas, e as entidades integrantes do Terceiro Setor, tendo como essência os princípios da transparência, da competição, da cooperação e da parceria propriamente dita.<sup>157</sup>

O termo de parceria é 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”<sup>158</sup>, relacionadas com as seguintes atividades:

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

<sup>157</sup> PAES, José Eduardo Sabo, *Fundações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários*, p. 96.

<sup>158</sup> Art. 9º, da Lei 9.790/99.

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.<sup>159</sup>

As partes signatárias do termo de parceria – Poder Público e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – firmarão o ajuste de comum acordo e deverão discriminar os direitos, responsabilidade e obrigações recíprocas.

Além destas cláusulas obrigatórias, o termo de parceria deverá conter cláusulas essenciais que versem sobre: I - o objeto, que conterá a especificação do programa de trabalho proposto pela Organização da Sociedade Civil de Interesse Público; II - a estipulação das metas e dos resultados a serem atingidos e os respectivos prazos de execução ou cronograma; III - a previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de resultado; IV - a 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 - o estabelecimento das 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 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

---

<sup>159</sup> Art. 3º, da Lei 9.790/99.

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.

Conselhos de Políticas Públicas das áreas de atuação correspondentes, nos respectivos níveis de governo, deverão ser consultados previamente à celebração do termo de parceria.

Os citados Conselhos, juntamente com órgão do Poder Público da área de atuação correspondente à atividade fomentada, em cada nível de governo, serão responsáveis pelo acompanhamento e fiscalização do termo de parceria, devendo comunicar imediatamente ao Tribunal de Contas respectivo e ao Ministério Público qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou bens de origem pública pela organização parceira de que tenham conhecimento, sob pena de responsabilidade solidária.

Os responsáveis pela fiscalização do termo de parceria, deverão ainda representar ao Ministério Público e à Advocacia-Geral da União quaisquer indícios fundados de malversação de bens ou recursos de origem pública, 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 de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92) e na LC 64/90, que estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências.

Comissão de avaliação, composta de comum acordo entre o órgão parceiro e a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, deverá analisar os resultados atingidos com a execução do termo de parceria, encaminhando à autoridade competente o relatório conclusivo sobre a avaliação realizada, sem prejuízo dos mecanismos de controle social previstos na legislação.

Grande inovação da Lei das OSCIP's foi trazida nos arts. 14 e 15, ao disporem, respectivamente, sobre a necessidade da organização parceira 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 da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e da eficiência, bem como sobre a necessidade de gravar com cláusula de inalienabilidade os bens imóveis adquiridos pela organização com recursos provenientes da celebração do termo de parceria.

Ressalte-se, contudo, que no âmbito federal foi editado o Decreto nº 5.504/2005, que estabelece a exigência de utilização do pregão, preferencialmente na forma eletrônica, para entes públicos ou privados, nas contratações de bens e serviços comuns, realizadas em decorrência de transferências voluntárias de recursos públicos da União, decorrentes de convênios ou instrumentos congêneres, ou consórcios públicos.

Com a edição deste Decreto, portanto, os termos de parceria que envolvam transferências voluntárias de recursos públicos da União, deverão conter como procedimento obrigatório para contratações de bens e serviços comuns, a utilização do pregão, preferencialmente na modalidade eletrônica, nos termos da Lei nº 10.520/2002 e Decreto nº 5.450/2005. As demais contratações (obras, compras, serviços, alienações) devem ser realizadas mediante processo de licitação pública, nos termos da Lei nº 8.666/93.

No que tange à necessidade de licitação para que o Poder Público celebre o termo de parceria com a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, o Decreto nº 3100/99, que regulamenta a Lei nº 9.790/99, dispõe no art. 23 que “a escolha da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, para a celebração do Termo de Parceria, poderá ser feita por meio de publicação de edital de concursos de projetos pelo órgão estatal parceiro para obtenção de bens e serviços e para a realização de atividades, eventos, consultorias, cooperação técnica e assessoria. Parágrafo único. Instaurado o processo de seleção por concurso, é vedado ao Poder Público celebrar Termo de Parceria para o mesmo objeto, fora do concurso iniciado.”

A nosso ver, a legislação que trata das OSCIP's não se coaduna integralmente com o regime jurídico administrativo em que o termo de parceria submete-se como instrumento jurídico da atividade administrativa de fomento, pois a necessidade de licitação decorre dos princípios que informam a atividade administrativa como um todo, sobretudo, os princípios da impessoalidade,



moralidade e igualdade, e a omissão da lei e a facultatividade do certame (modalidade concurso de projetos) prevista no decreto regulamentar, não observam tais desideratos.

No mesmo sentido, Tarso Cabral Violin ao enumerar as divergências doutrinárias sobre a obrigatoriedade de licitação para realização dos termos de parceria, se posiciona da seguinte forma

Entendemos que é salutar a preocupação da autoridade regulamentadora pela criação do concurso de projetos para a escolha da OSCIP que firmará o termo de parceria com a Administração Pública. Entretanto, é inadmissível que o termo utilizado no decreto seja o 'poderá'. Entendemos que a Administração Pública *deverá realizar licitação* que assegure o atendimento dos princípios da igualdade, moralidade, economicidade, publicidade, dentre outros, para a escolha da entidade celebrante do termo de parceria. É claro que sendo comprovada a total impossibilidade de competição entre mais de uma OSCIP, um procedimento bastante simplificado poderá ser adotado, assim como ocorre nas dispensas e inexigibilidades de licitação, conforme os arts. 25 e 26 da Lei nº 8.666/93.<sup>160</sup>

Ressalte-se, por oportuno, que embora o termo de parceria apresente importantes similitudes com os convênios, deles se distinguem. Podemos mencionar, portanto, as seguintes notas distintivas: **a) quanto à escolha da entidade parceira** – no convênio, não há critérios objetivos definidos para a escolha da entidade conveniente. No termo de parceria, a escolha poderá ser feita mediante concurso de projetos; **b) quanto às partes signatárias** – no convênio podem figurar como partícipes entes públicos entre si ou com entidades privadas sem fins lucrativos. No termo de parceria, apenas admite-se como partícipe um ente público com uma entidade privada sem fins lucrativos, qualificada como OSCIP; **c) quanto ao acesso aos recursos públicos** – a obtenção de recursos via convênio deve obedecer uma série de requisitos e documentos previstos na IN STN 1/97. Nos termos de parceria, a obtenção de recursos decorre do próprio acordo firmado em comum entre as partes, que estabelecem os objetivos e metas a serem alcançados, com a consulta prévia ao Conselho de Política Pública correspondente; **d) quanto aos meios de fiscalização** – nos convênios, os agentes de controle são o órgão repassador, a Secretaria de Controle Interno, o Tribunal de Contas e a sociedade. Nos termos de parceria, a fiscalização é realizada pelo Conselho de Políticas

---

<sup>160</sup> VIOLIN, Tarso Cabral, *Terceiro Setor e as parcerias com a Administração Pública: Uma análise crítica*, p. 270.

Públicas, pela comissão de avaliação e pelo órgão repassador de recursos, além da previsão de auditorias e controles sociais; **e) quanto à avaliação dos resultados** – nos convênios, o controle de resultados se concentra na forma de aplicação dos recursos. Nos termos de parceria, há previsão expressa de avaliação de desempenho, mediante indicadores de resultado, por comissão de avaliação instituída de comum acordo para este fim; **f) quanto à responsabilização dos agentes** – nos convênios, a previsão dos mecanismos de responsabilização pelo uso indevido dos recursos são restritos (devolução de recursos, multa pelo Tribunal de Contas da União, entre outros). Nos termos de parcerias, as punições são mais severas e incluem a responsabilização por meio da lei de improbidade administrativa e pela LC 64/90, conforme dispõe o art. 13, da Lei nº 9.790/99; **g) quanto à aplicação dos recursos** – nos convênios, a aplicação de recursos para aquisição de bens ou serviços observa os critérios estabelecidos na Lei nº 8.666/93 e não se destinam em hipótese alguma ao custeio e remuneração de dirigentes. Nos termos de parceria, a aplicação dos recursos segue os procedimentos adotados em regulamento próprio que deverá ser publicado no prazo máximo de 30 dias contado da assinatura do termo de parceria, observados os princípios do art. 4º, I, da Lei nº 9.790/99, podendo, inclusive, destinar-se à remuneração dos dirigentes.

### 2.3.1.5 Contrato de Gestão

Inúmeras são as dificuldades encontradas ao tratarmos do tema envolvendo a análise jurídica do contrato de gestão. Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, tais dificuldades decorrem principalmente: a) por tratar-se de uma novidade no direito brasileiro, ainda pouco explorado pela doutrina e jurisprudência; b) não encontra-se disciplinado de forma genérica no direito positivo, mas em leis esparsas relativas a contratos específicos com entidades determinadas; c) assume diversos contornos conforme o interesse da Administração Pública em cada caso; e d) porque inspirado no direito estrangeiro, adaptando-se mal à rigidez do nosso direito positivo.<sup>161</sup>

---

<sup>161</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di, *Parcerias na Administração Pública. Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras Formas*, p. 253.

De qualquer forma, diante da necessidade de desenvolvimento do instituto para melhor compreensão do nosso objeto de estudo, empreenderemos esforço hercúleo na tentativa de melhor aclará-lo para, posteriormente, em momento oportuno, verificar os limites jurídicos que devem nortear a utilização deste instrumento para conferir às entidades do Terceiro Setor a prestação de serviços de saúde em parceria com o Estado.

Depois de aduzidas as necessárias ressalvas ao que segue, podemos afirmar que o tema envolvendo o contrato de gestão ganha relevo no âmbito da Reforma Administrativa do Estado, uma vez que foi pensado e criado como forma de colocar em prática os objetivos traçados no Plano da Reforma do Estado, que almeja a retirada do Estado como prestador direto dos serviços públicos ditos “sociais” (não exclusivos do Estado), sendo apenas financiados por ele, mas controlados pela sociedade por meio da criação de organizações públicas não-estatais.<sup>162</sup>

O termo “contrato de gestão” é utilizado para designar duas realidades visceralmente distintas: a) formalização de um contrato a ser realizado entre entes ou órgãos que integram a própria Administração, objetivando a ampliação de sua autonomia gerencial, orçamentária e financeira, nos termos do art. 37, § 8º, da CF (também chamados de contratos de gestão internos ou endógenos); e b) contratos firmados entre o Poder Público e “organizações sociais”, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relevantes socialmente, nos termos do art. 5º da Lei nº 9.637/98 (contratos de gestão externos ou exógenos).

O contrato de gestão previsto no art. 37, § 8º, da CF, introduzido pela EC nº 19/98, recebeu inúmeras críticas de respeitáveis doutrinadores administrativistas como Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Celso Antônio Bandeira de Mello.

Para Di Pietro, portanto,

Embora o dispositivo constitucional não mencione a expressão *contrato de gestão*, é a esse tipo de contrato que quis referir-se com a peculiaridade de que o mesmo poderá ser celebrado não apenas com entidades da Administração indireta, como também com órgãos (sem personalidade jurídica) da própria Administração direta. Isso significa que poderá ocorrer que dois órgãos sem personalidade jurídica própria celebrem acordo de vontade. Em qualquer caso, o objetivo é definir metas de desempenho, ampliar a autonomia e

---

<sup>162</sup> ROCHA, Silvio Luis Ferreira da, *Terceiro Setor*, p. 37.

permitir o controle de resultado em função das metas estabelecidas.<sup>163</sup>

No que toca à possibilidade jurídica de contrato entre órgãos, Celso Antônio Bandeira de Mello afirma acertadamente que

Assim, tal dispositivo constitucional – no que concerne a contrato entre órgãos – haverá de ser considerado como não escrito e tido como um momento de supina infelicidade em nossa história jurídica, pela vergonha que atrai sobre nossa cultura, pois não há acrobacia exegética que permita salvá-lo e lhe atribuir um sentido compatível com o que está na própria essência do Direito e das relações jurídicas.<sup>164</sup>

Celso Antônio Bandeira de Mello enumera as seguintes razões para afastar a possibilidade jurídica de contrato de gestão entre órgãos da Administração: a) os órgãos não têm autonomia, não podendo, portanto, haver sua ampliação; b) as competências estabelecidas por decreto regulamentar dentro dos limites outorgados pela lei (art. 84, IV, da CF) só podem ser alteradas por ato unilateral de quem as delineou e nunca via contrato; c) é impossível a existência jurídica de contrato entre órgãos, desprovidos que são de personalidade jurídica, mas apenas repartições internas de competência do próprio Estado; só pode contratar os sujeitos de direitos e obrigações; d) embora o texto constitucional fale em contratos realizados “entre seus administradores e o Poder Público”, a impossibilidade jurídica permanece, pois os administradores apenas exprimem a “vontade” dos órgãos que representam, visto que os órgãos são realidades abstratas e a vontade um atributo dos seres físicos; e) inexistente responsabilidade dos agentes que travassem tal contrato, diante da impossibilidade de fazê-lo.<sup>165</sup>

Da mesma forma, o referido autor refuta a possibilidade jurídica de contrato de gestão entre entes da Administração Direta e Indireta, pois a relação de controle que os une é definida com base nos preceitos da “supervisão ministerial” (arts. 19 e 26, do Decreto-lei nº 200), ou seja, no fenômeno da descentralização em que o Estado cria pessoas jurídicas distintas dele para atuar em atividades específicas contidas na lei de sua criação, cujo controle permite que a Administração Central atue com poderes suficientes sobre a pessoa descentralizada objetivando conformá-la ao cumprimento das finalidades públicas para as quais foi criada, bastando

---

<sup>163</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*, p. 253.

<sup>164</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, p. 233.

<sup>165</sup> *Ibidem*, p. 232-233.

apenas o estabelecimento das metas a serem atingidas, independentemente da formalização de um contrato.

O controle realizado pela supervisão ministerial compreende: a designação dos dirigentes da entidade; o recebimento de relatórios, boletins, balancetes e informações acerca do andamento das atividades do ente; aprovação da proposta de orçamento; fixação das despesas de pessoal e de administração; fixação dos critérios para gastos com publicidade e divulgação; realização de auditorias e avaliação periódica de rendimento e produtividade; poder de intervenção caso o interesse público assim exija.<sup>166</sup>

Assim, para Celso Antônio Bandeira de Mello, no que se refere ao contrato de gestão entre Estado e entes da Administração Indireta, é algo inútil e até impossível, como segue:

Por este prisma, então, já se vê que os contratos de gestão seriam algo inútil e até mesmo rebarbativo, pois não faz sentido contratar o que se pode impor. Sem embargo, pretende-se demonstrar que, além de inútil, o contrato de gestão, se efetivamente contrato fosse, seria, demais disto, na *atualidade* – isto é, antes da sobrevinda da lei prevista na Emenda Constitucional 19, que o previu –, impossível ou *inválido*.<sup>167</sup>

Porém, cumpre registrar inicialmente que apenas trataremos neste trabalho do contrato de gestão disciplinado na Lei nº 9.637/98, por configurar-se como forma de fomento econômico financeiro direto, cuja análise torna-se essencial para os delineamentos aqui propostos, tendo em vista ser o modelo adotado com maior aplicação na prestação de serviços de saúde pela iniciativa privada sem fins lucrativos, qualificadas como Organizações Sociais pelo Estado.

O contrato de gestão de que trata a Lei nº 9.637/98 e do qual teceremos maiores considerações por representar um instrumento jurídico largamente utilizado pelos estados e municípios para o repasse da gestão dos serviços públicos de saúde às entidades privadas qualificadas como Organizações Sociais, é o instrumento firmado entre a Administração Pública e as Organizações Sociais, objetivando à formação de parceria para o fomento, desenvolvimento e execução de atividades relacionadas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde.

---

<sup>166</sup> ROCHA, Silvio Luis Ferreira da, *Terceiro Setor*, p. 48.

<sup>167</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, p. 227.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello,

A definição em apreço, de um lado, é lamentável do ponto de vista técnico, pois começa por qualificar tal contrato como um 'instrumento'. Ora, qualquer pessoa com rudimentos de Direito sabe que contrato não é o instrumento no qual está vertido. Este último é apenas o meio por via do qual se externa o contrato. De outro, é altamente imprecisa, pois não esclarece o que deverá ser entendido por 'parceria', expressão extremamente vaga e que serve para abranger quaisquer formas de colaboração entre o Poder Público e terceiro na realização de algum empreendimento.<sup>168</sup>

As partes signatárias do contrato de gestão – Poder Público e Organização Social – deverão elaborá-lo de comum acordo devendo conter discriminadamente, além das disposições especificadas no art. 7º da referida Lei, as atribuições, responsabilidades e obrigações das partes, devendo ser submetido, após aprovação pelo Conselho de Administração da entidade, ao Ministro de Estado ou autoridade supervisora da área correspondente à atividade fomentada, conforme disposição do parágrafo único do art. 6º da lei.

Além das disposições acima referidas, o contrato de gestão deverá observar ainda 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 (art. 7º).

No que respeita ainda as disposições que deverão conter no contrato de gestão, dispõe o parágrafo único, do art. 7º, da Lei 9.637/98, que 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.

Como bem acentua Sílvio Luís Ferreira da Rocha ao tecer severas críticas ao contrato de gestão:

O papel reservado a contrato de gestão é o de substituir o sistema de controle baseado no princípio da legalidade e na supremacia do interesse público sobre o privado pelo controle baseado no princípio

---

<sup>168</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, p. 223-224.

da consensualidade, na cooperação, no qual as metas são negociadas e preestabelecidas pelas partes.<sup>169</sup>

A fiscalização da execução do contrato de gestão ficará a cargo do órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade fomentada. Para a fiscalização do fiel desempenho das atividades contempladas no contrato de gestão, a lei determina que ao término de cada exercício ou a qualquer momento, conforme recomende o interesse público, relatório pertinente à execução do contrato de gestão deverá ser confeccionado, contendo comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados, acompanhado da prestação de contas correspondente ao exercício financeiro.

Uma comissão de avaliação composta por especialistas de notória capacidade e adequada qualificação, indicada pela autoridade supervisora da área correspondente, deverá analisar periodicamente os resultados atingidos com a execução do contrato de gestão, devendo ao término da avaliação enviar à autoridade supervisora o relatório conclusivo acerca da análise perpetrada.

A referida lei prevê a responsabilidade solidária dos responsáveis pela fiscalização do contrato de gestão, caso deixem de comunicar ao Tribunal de Contas da União qualquer irregularidade ou ilegalidade que constatarem na utilização dos recursos ou bens públicos por parte da organização social signatária do contrato de parceria.

Além da obrigação de comunicar ao Tribunal de Contas da União o conhecimento de qualquer irregularidade e ilegalidade como acabamos de mencionar, a lei dispõe ainda que 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 (art. 10).

Crítico contumaz das legislações introduzidas no seio da Reforma do Estado que pretenderam a diminuição do tamanho do Estado e trouxeram novas formas de

---

<sup>169</sup> ROCHA, Silvio Luis Ferreira da, *Terceiro Setor*, p. 38.

relacionamento entre o Estado e a sociedade na consecução de objetivos de interesse coletivo, Celso Antônio Bandeira de Mello descreve minuciosamente as inconstitucionalidades encontradas na Lei nº 9.637/99, que trata das organizações sociais e do contrato de gestão: a) desnecessidade de demonstração de habilitação técnica ou econômico-financeira, ou seja, ausência de procedimento licitatório para qualificação de uma entidade como organização social que poderá receber bens públicos, recursos orçamentários e servidores públicos, bastando a concordância do Ministro da Área e do Ministro da Administração, conferindo “uma discricionariedade literalmente inconcebível”, em violação aos princípios constitucionais da licitação (art. 37, XXI) e da isonomia (art. 5º);<sup>170</sup> b) os serviços não exclusivos do Estado, como saúde e educação (arts. 196, 205, 206 e 208, da CF), embora possam ser prestados pela iniciativa privada conjuntamente com o Estado, este não pode se desincumbir dos seus deveres e deve prestá-los diretamente. “Não pode eximir-se de desempenhá-los, motivo pelo qual lhe é vedado esquivar-se deles e, pois, dos deveres constitucionais aludidos pela via transversa de ‘adjudicá-los’ a organizações sociais. Segue que estas só poderiam existir complementarmente, ou seja, sem que o Estado se demita de encargos que a Constituição lhe irrogou.”<sup>171</sup>; c) admissão pela lei de que servidores públicos sejam cedidos a organizações sociais a expensas do Poder Público, desvirtuando os direitos aos vínculos de trabalho que tais servidores públicos entretêm com a Administração Pública contratante.<sup>172</sup>

Não obstante a previsão legal de que o contrato de gestão deverá observar os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e economicidade, não foi isso que refletiu a plenitude dos dispositivos de que tratam a Lei nº 9637/98. Isto porque, a omissão na lei da necessidade de licitação para realização do contrato de gestão entre o Poder Público e as entidades qualificadas como organizações sociais, provocou uma série de discussões doutrinárias acerca da necessidade ou não do certame neste caso, culminando, inclusive na edição da Lei nº 9.648/98, que incluiu o inciso XXIV, ao art. 24, da Lei nº 9.666/93, que ao dispor “para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão”, foi admitida pela maioria da doutrina como mais uma hipótese

---

<sup>170</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, p. 237-238.

<sup>171</sup> *Ibidem*, p. 239.

<sup>172</sup> *Ibidem*, p. 240.



de licitação dispensada, posicionamento com o qual não concordamos, como passamos a demonstrar.

Entendemos que a hipótese de dispensa de licitação prevista no art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93, permite que as organizações sociais que já tenham firmado com o ente público o respectivo contrato de gestão, após prévio procedimento licitatório, poderão ser contratadas diretamente pelo próprio ente qualificador (União, estados ou municípios) e apenas por ele para prestação de serviços nas atividades contempladas no contrato de gestão, que já fora firmado anteriormente, após processo licitatório.

Este também é o entendimento de Francisco de Assis Alves para quem “o contrato a ser celebrado, necessariamente, deverá ter por objeto a prestação de serviços referentes a uma atividade contemplada no contrato de gestão”. Portanto, o dispositivo legal não dispensa a licitação para a celebração dos contratos de gestão, mas apenas dos contratos advindos daquele.<sup>173</sup>

Outra divergência importante encontrada na doutrina diz respeito à natureza jurídica do contrato de gestão. Para alguns, tem a mesma natureza dos contratos administrativos, para outros, de convênio e termo de parceria e, ainda, vezes destoantes que o inclui em categorias especiais como “acordos administrativos colaborativos”<sup>174</sup> ou “acordo cooperativo funcionalizado”<sup>175</sup>.

Sílvio Luís Ferreira da Rocha aduz que

O exame do regime jurídico do contrato de gestão aponta, no entanto, para peculiaridades existentes tanto no contrato administrativo como no convênio, com uma leve predominância do regime do contrato administrativo, mas não em sua totalidade – o que nos autoriza a classificar o contrato de gestão como um contrato administrativo degradado. Falta-lhe, na essência, o reconhecido direito ao equilíbrio econômico financeiro do administrado.<sup>176</sup>

Ao lado de Sílvio Luís Ferreira da Rocha, com alguns temperamentos distintos, entendem que a natureza jurídica do contrato de gestão é a mesma dos

---

<sup>173</sup> VIOLIN, Tarso Cabral, *Terceiro Setor e as parcerias com a Administração Pública: Uma análise crítica*, p. 232.

<sup>174</sup> OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *O contrato de gestão na Administração Pública brasileira*. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, 2005, p. 450, 477.

<sup>175</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. *Organizações sociais, organizações da sociedade civil de interesse público e seus “vínculos contratuais” com o Estado*. In: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. *Estudos de direito econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 269, 273-274.

<sup>176</sup> ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da, *Terceiro Setor*, p. 55.

contratos administrativos, Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>177</sup>, Romeu Felipe Bacellar Filho<sup>178</sup> e Tarso Cabral Violin<sup>179</sup>.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>180</sup>, José dos Santos Carvalho Filho<sup>181</sup> e Eduardo Szazi<sup>182</sup>, entendem, por outro lado, que a natureza jurídica dos contratos de gestão se aproxima dos convênios e dos termos de parcerias e não dos contratos administrativos.

### 2.3.2 Formas de fomento indireto

O fomento econômico financeiro, como vimos, pode ser dividido em direto (consubstanciado nas formas que acabamos de estudar – subvenções, contribuições, auxílios, convênios, termo de parceria e contrato de gestão – e que importam na saída de dinheiro dos cofres públicos dirigidos às entidades beneficiadas) e indireto, no qual há a renúncia fiscal e, conseqüentemente, ausência de ingresso de dinheiro nos cofres públicos, com base em benefícios fiscais concedidos a determinadas pessoas jurídicas ou atividades consideradas de relevância para a coletividade.

São formas de fomento econômico indireto e que serão estudados a seguir: as imunidades tributárias, as isenções fiscais e os incentivos fiscais concedidos aos doadores. As duas primeiras enquadram-se nos “benefícios fiscais” concedidos àqueles que realizam atividade considerada de interesse público e de relevância social pelo Estado e os incentivos fiscais concedidos aos doadores são dirigidos àqueles que, embora não realizem diretamente tais atividades, colaboram com a consecução dessas finalidades mediante doações de natureza financeira.<sup>183</sup>

---

<sup>177</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, p. 234.

<sup>178</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 125.

<sup>179</sup> VIOLIN, Tarso Cabral, *Terceiro Setor e as parcerias com a Administração Pública: Uma análise crítica*, p. 260.

<sup>180</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di, *Parcerias na Administração Pública. Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras Formas*, p. 209.

<sup>181</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 280-281.

<sup>182</sup> SZAZI, Eduardo. *Terceiro Setor: regulação no Brasil*. 2ª ed. São Paulo: Peirópolis, 2001, p. 109.

<sup>183</sup> HIGA, Alberto Shinji, *A responsabilidade civil do Estado em face da atividade administrativa de fomento no domínio social e do agente fomentado à luz da Constituição Federal de 1988*, p. 188.

### 2.3.2.1 Imunidades tributárias

As imunidades tributárias decorrem de normas constitucionais que objetivam a exclusão da competência dos entes políticos para a instituição de impostos sobre determinadas atividades ou pessoas.

Conforme lições de Roque Antônio Carrazza,

A imunidade tributária é um fenômeno de natureza constitucional. As normas constitucionais que, direta ou indiretamente, tratam do assunto fixam, por assim dizer, a *incompetência* das entidades tributantes para onerar, com exações, certas pessoas, seja em função de sua natureza jurídica, seja porque coligadas a determinados fatos, bens ou situações.<sup>184</sup>

Tendo em vista a natureza constitucional das normas que tratam das imunidades tributárias e seu caráter de *garantias do contribuinte*, tal como previsto no “caput”, do art. 150<sup>185</sup>, da CF, o entendimento jurisprudencial já pacificado afirma que é vedada a revogação de qualquer imunidade tributária por emenda constitucional, já que tais garantias constituem-se cláusulas pétreas, previstas no art. 60, § 4º, IV<sup>186</sup>, da CF.

Outrossim, conclui-se que a regulamentação infraconstitucional das normas que tratam de imunidade tributária só pode ocorrer via lei complementar, conforme preceitua o art. 146, II, da CF, ao dispor que “Cabe à lei complementar: II - regular as limitações constitucionais ao poder de tributar”. Desse modo, também, está afastada a edição de medidas provisórias versando sobre imunidades tributárias, pois estão impedidas pelo art. 62, § 1º, III, da CF, de disporem sobre matérias reservadas à lei complementar.

A doutrina tributarista comumente classifica as imunidades tributárias em: a) pessoais (aquelas conferidas em favor de determinadas pessoas, ex: art. 150, VI, “c”, da CF – imunidade dos partidos políticos e suas fundações, de entidades sindicais dos trabalhadores, de instituições de educação e de assistência social); b)

<sup>184</sup> CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 418.

<sup>185</sup> CF/88: “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...)”

<sup>186</sup> CF/88: “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...) § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:(...) IV - os direitos e garantias individuais.(...)”

reais (incidentes sobre determinados bens ou serviços, ex: art. 150, VI, “d”, da CF – imunidade dos livros, jornais, periódicos e do papel destinado a sua impressão); c) gerais (aquelas que afastam a incidência de vários impostos ao mesmo tempo, ex: art. 150, VI, “a”, da CF – imunidade recíproca); d) específicas (incidem sobre determinados produtos, como, por exemplo, a imunidade do IPI sobre produtos industrializados).

Vale ressaltar, ainda, que as imunidades excluem apenas a obrigação tributária principal, ou seja, o dever de pagar o tributo, remanescendo, pois, as demais obrigações acessórias que devem ser satisfeitas pelos beneficiários da regra imunizante.

Abordaremos neste tópico apenas as imunidades pessoais previstas no art. 150, VI, “c”, da CF, afetas às entidades que desempenham atividades em relevantes áreas sociais, como ocorre com as entidades de educação e assistência social.

Assim, nas palavras de Leandro Marins de Souza, ao analisar a tributação do Terceiro Setor no Brasil:

Reconhecendo que as entidades de educação e assistência social desenvolvem atividades cuja responsabilidade é do Estado, por se tratar do provimento de *direitos sociais*, e que a atribuição da complementariedade deste provimento à iniciativa privada não desonera o Estado da contrapartida que advém da inocorrência de sua desresponsabilização, a opção política de nossos constituintes na elaboração da Constituição de 1988 deu ensejo à inclusão, especificamente no art. 150, VI, “c”, de dispositivo que prevê a imunidade tributária a impostos das instituições de educação e de assistência social.<sup>187</sup>

A Constituição Federal de 1988 prevê, em seus dispositivos, imunidades tributárias ligadas a atividades desempenhadas por entidades que compõem o Terceiro Setor, e que, a nosso ver, constituem meios eleitos pelo legislador constituinte originário para incentivar e promover o desempenho dos particulares nas atividades de relevante interesse social, como segue:

1) art. 150, VI, “c”: “Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...).

VI - instituir impostos sobre: (...) .

---

<sup>187</sup> SOUZA, Leandro Marins, *Tributação do Terceiro Setor no Brasil*, p. 147.

c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, **das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos**, atendidos os requisitos da lei; (...)" (grifos nossos).

2) art. 195, § 7º: "São isentas de contribuição para a seguridade social as **entidades beneficentes de assistência social** que atendam às exigências estabelecidas em lei." (grifos nossos).

No entanto, para que as entidades educacionais e de assistência social possam gozar da imunidade tributária como acima demonstrado, faz-se necessário observar as exigências estabelecidas em lei. Tendo em vista que referida lei só pode tratar-se de uma lei complementar, como já afirmamos, para a fruição do benefício da imunidade, as instituições devem obedecer ao disposto nos arts. 9º e 14, do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/66), recepcionado pela Constituição Federal de 1988 como lei complementar.

Quanto aos requisitos, portanto, dispõe o Código Tributário Nacional (alterado pela Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001), que:

Art. 9º É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...)

IV - cobrar imposto sobre: (...)

c) o patrimônio, a renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, observados os requisitos fixados na Seção II deste Capítulo.

Art. 14. O disposto na alínea c do inciso IV do artigo 9º é subordinado à observância dos seguintes requisitos pelas entidades nele referidas:

I – não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título;

II - aplicarem integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais;

III - manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão.

§ 1º Na falta de cumprimento do disposto neste artigo, ou no § 1º do artigo 9º, a autoridade competente pode suspender a aplicação do benefício.

§ 2º Os serviços a que se refere a alínea c do inciso IV do artigo 9º são exclusivamente, os diretamente relacionados com os objetivos

institucionais das entidades de que trata este artigo, previstos nos respectivos estatutos ou atos constitutivos.

Podemos mencionar de forma didática, com base nos dispositivos citados, os seguintes requisitos que devem ser observados pelas entidades de educação e assistência social para a fruição da imunidade tributária prevista no art. 150, VI, “c”, da CF: a) serem instituições de educação ou assistência social; b) não apresentarem fins lucrativos; c) não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título; d) aplicarem integralmente no país os seus recursos; e) que os recursos sejam utilizados exclusivamente na manutenção dos seus objetivos institucionais; f) manterem a escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão.<sup>188</sup>

A extensão dos conceitos de entidades de educação e assistência social deve ser fixada para que se possam identificar as possíveis beneficiárias da regra imunizante.

Desta forma, portanto, tendo em vista a ausência de regulamentação em termos constitucionais ou de qualquer disposição restritiva do que deva ser admitido como entidade educacional e assistencial, nos valemos da interpretação sistemática e teleológica da Constituição Federal para apontar primeiramente que, como entidade educacional, devemos admitir toda aquela entidade voltada à promoção dos valores condizentes com o conceito amplo de educação, permitindo-se englobar nesta acepção ampla o maior número de instituições voltadas à difusão do ensino, cultura, esporte e outras atividades de caráter educacional.

Neste mesmo sentido apresentam-se as lições de Leandro Marins de Souza ao enunciar que

A educação, ressalte-se por oportuno, deve ser considerada em seu sentido lato, de forma ampla e irrestrita. Não se pode pretender que a educação a que se refere o artigo que dispõe a respeito da imunidade tributária das entidades de educação e de assistência social seja considerada somente aquela destinada ao ensino básico e fundamental. Deve, sim, ser considerada toda e qualquer forma de educação e em qualquer grau. O intuito do dispositivo em questão, diga-se, é o de promover o desenvolvimento educacional não somente no tocante ao ensino básico. Repercussão desta conclusão é o fato de que não somente as entidades que, enquadradas nos requisitos antes descritos, promovam a educação básica, estarão beneficiadas com a imunidade tributária. Também as instituições de ensino superior, e outras similares, que atuem na promoção da

---

<sup>188</sup> SOUZA, Leandro Marins, *Tributação do Terceiro Setor no Brasil*, p. 157.

educação, conseqüentemente possibilitando o exercício da cidadania em sua concepção plena, poderão fruir a imunidade tributária observados os requisitos para tanto. (...) Ainda faz-se importante ressaltar que o conteúdo da educação que ora se analisa, a nosso ver, não pode ser tido de forma restrita. Isto porque o próprio conceito de educação é bastante genérico e abrange inúmeras manifestações humanas. Dentre elas, por exemplo, as manifestações históricas, culturais, artísticas, desportivas, entre outras, podendo-se em verdade ramificar a educação para fazer incidir especificamente a imunidade tributária em determinados setores.<sup>189</sup>

No que tange à extensão do conceito de assistência social para o enquadramento da norma constitucional imunizante em comento, a doutrina tem apresentado posicionamentos bastante divergentes e a questão mostra-se ainda mais tormentosa.

Apesar da divergência suscitada, seguimos a mesma orientação perfilhada para caracterizar a abrangência conceitual de entidade educacional e entendemos, com base no art. 203<sup>190</sup> da Constituição Federal, e com entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal delineado no julgamento da ADIN nº 2.036 em 11 de novembro de 1999<sup>191</sup>, que o conceito de assistência social para fins de incidência da

<sup>189</sup> SOUZA, Leandro Marins, *Tributação do Terceiro Setor no Brasil*, p. 163.

<sup>190</sup> CF/1988: "Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

*I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;*

*II - o amparo às crianças e adolescentes carentes;*

*III - a promoção da integração ao mercado de trabalho;*

*IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;*

*V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei".*

<sup>191</sup> "EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 1º, na parte em que alterou a redação do artigo 55, III, da Lei 8.212/91 e acrescentou-lhe os §§ 3º, 4º e 5º, e dos artigos 4º, 5º e 7º, todos da Lei 9.732, de 11 de dezembro de 1998. - Preliminar de mérito que se ultrapassa porque o conceito mais lato de assistência social - e que é admitido pela Constituição - é o que parece deva ser adotado para a caracterização da assistência prestada por entidades beneficentes, tendo em vista o cunho nitidamente social da Carta Magna. - De há muito se firmou a jurisprudência desta Corte no sentido de que só é exigível lei complementar quando a Constituição expressamente a ela faz alusão com referência a determinada matéria, o que implica dizer que quando a Carta Magna alude genericamente a "lei" para estabelecer princípio de reserva legal, essa expressão compreende tanto a legislação ordinária, nas suas diferentes modalidades, quanto a legislação complementar. - No caso, o artigo 195, § 7º, da Carta Magna, com relação a matéria específica (as exigências a que devem atender as entidades beneficentes de assistência social para gozarem da imunidade aí prevista), determina apenas que essas exigências sejam estabelecidas em lei. Portanto, em face da referida jurisprudência desta Corte, em lei ordinária. - É certo, porém, que há forte corrente doutrinária que entende que, sendo a imunidade uma limitação constitucional ao poder de tributar, embora o § 7º do artigo 195 só se refira a "lei" sem qualificá-la como complementar - e o mesmo ocorre quanto ao artigo 150, VI, "c", da Carta Magna -, essa expressão, ao invés de ser entendida como exceção ao princípio geral que se encontra no artigo 146, II ("Cabe à lei complementar: .... II - regular as limitações constitucionais ao poder de tributar"), deve ser interpretada em conjugação com esse princípio para se exigir lei complementar para o estabelecimento dos requisitos a ser observados

imunidade tributária prevista no art. 150, VI, “c”, da CF, deve ser tomado em sua acepção mais ampla.

Assim, no que nos interessa mais de perto neste trabalho, adotada a acepção lata de assistência social, podemos afirmar que as entidades sem fins lucrativos que atuem na área da saúde e desde que atendidos os requisitos dos arts. 9º e 14º do Código Tributário Nacional, também farão jus ao benefício tributário constitucional ora analisado.

Contudo, vale ressaltar, por oportuno, que a admissão da imunidade tributária como atividade fomentadora do Estado não apresenta unanimidade na doutrina, sob o argumento de que este benefício tributário não decorre de renúncia fiscal, mas de um limite constitucional ao poder tributante.

Neste sentido, as observações de Alberto Shinji Higa:

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

---

pelas entidades em causa. - A essa fundamentação jurídica, em si mesma, não se pode negar relevância, embora, no caso, se acolhida, e, em conseqüência, suspensa provisoriamente a eficácia dos dispositivos impugnados, voltará a vigorar a redação originária do artigo 55 da Lei 8.212/91, que, também por ser lei ordinária, não poderia regular essa limitação constitucional ao poder de tributar, e que, apesar disso, não foi atacada, subsidiariamente, como inconstitucional nesta ação direta, o que levaria ao não-conhecimento desta para se possibilitar que outra pudesse ser proposta sem essa deficiência. - Em se tratando, porém, de pedido de liminar, e sendo igualmente relevante a tese contrária - a de que, no que diz respeito a requisitos a ser observados por entidades para que possam gozar da imunidade, os dispositivos específicos, ao exigirem apenas lei, constituem exceção ao princípio geral -, não me parece que a primeira, no tocante à relevância, se sobreponha à segunda de tal modo que permita a concessão da liminar que não poderia dar-se por não ter sido atacado também o artigo 55 da Lei 8.212/91 que voltaria a vigorar integralmente em sua redação originária, deficiência essa da inicial que levaria, de pronto, ao não-conhecimento da presente ação direta. Entendo que, em casos como o presente, em que há, pelo menos num primeiro exame, equivalência de relevâncias, e em que não se alega contra os dispositivos impugnados apenas inconstitucionalidade formal, mas também inconstitucionalidade material, se deva, nessa fase da tramitação da ação, trancá-la com o seu não-conhecimento, questão cujo exame será remetido para o momento do julgamento final do feito. - Embora relevante a tese de que, não obstante o § 7º do artigo 195 só se refira a "lei", sendo a imunidade uma limitação constitucional ao poder de tributar, é de se exigir lei complementar para o estabelecimento dos requisitos a ser observados pelas entidades em causa, no caso, porém, dada a relevância das duas teses opostas, e sendo certo que, se concedida a liminar, revigorar-se-ia legislação ordinária anterior que não foi atacada, não deve ser concedida a liminar pleiteada. - É relevante o fundamento da inconstitucionalidade material sustentada nos autos (o de que os dispositivos ora impugnados - o que não poderia ser feito sequer por lei complementar - estabeleceram requisitos que desvirtuam o próprio conceito constitucional de entidade beneficente de assistência social, bem como limitaram a própria extensão da imunidade). Existência, também, do "periculum in mora". Referendou-se o despacho que concedeu a liminar, na ADIN 2028, para suspender a eficácia dos dispositivos impugnados nesta ação direta, ficando prejudicada a requerida na ADIN 2036." (STF, ADI nº 2.036 MC / DF, rel. Ministro Moreira Alves, Tribunal Pleno, j. em 11.11.1999, p. em 16.06.2000)



atividade administrativa de fomento no domínio social. Isso porque na imunidade não há renúncia fiscal como ocorre na isenção.<sup>192</sup>

O entendimento acima referido, *data venia*, não se coaduna com a nossa posição acerca da matéria, pois, a nosso ver, as imunidades tributárias previstas no art. 150, VI, “c”, da CF, são benefícios fiscais concedidos às pessoas que desempenham relevante interesse social e cuja disciplina, dada sua importância como atividade complementar do Estado, fora retirada da vontade política dos legisladores infraconstitucionais e alçados à superior normatização, impondo-se a todos que preencham as condições pré fixadas, de forma irrestrita e irrevogável, condizente, portanto, com a essência da atividade fomentadora e configurando-se como espécie de fomento econômico financeiro indireto.

#### 2.3.2.2 Isenções fiscais

As isenções fiscais, por sua vez, diferem-se das imunidades tributárias, pois enquanto estas se configuram num fenômeno de natureza constitucional, as isenções são formas previstas em lei infraconstitucional de dispensa de pagamento de tributos. Em outras palavras, portanto, enquanto a imunidade é uma hipótese de não incidência constitucionalmente prevista, a isenção é hipótese de não incidência legalmente qualificada.

Na isenção, o pagamento de determinado tributo é dispensado por razões diversas (econômicas, sociais, etc) por meio da edição de uma lei ordinária editada pela pessoa política competente para a instituição do tributo, nas condições e limites impostos pela Constituição Federal que confere os parâmetros da edição de leis infraconstitucionais que conferem isenção tributária (vide arts. 150, § 6º e 151, I, da CF).

No que concernem as isenções tributárias às atividades desempenhadas por entidades que compõem o chamado Terceiro Setor, Leandro Marins adverte:

É assim que, em determinadas situações, o legislador ordinário outorga a entidades participantes do Terceiro Setor isenções tributárias, de modo a, conseqüentemente, conformar a regra-matriz de incidência destes tributos e subtrair de seu conteúdo parcela de

---

<sup>192</sup> HIGA, Alberto Shinji, *A responsabilidade civil do Estado em face da atividade administrativa de fomento no domínio social e do agente fomentado à luz da Constituição Federal de 1988*, p. 189.

seu critério pessoal, mais especificamente seu sujeito passivo, (...). São, a exemplo das imunidades tributárias, expressão do reconhecimento da importância das atividades desenvolvidas pelo Terceiro Setor, por sua característica complementar às atividades estatais.<sup>193</sup>

Podemos, pois, enumerar algumas isenções tributárias ligadas às entidades do Terceiro Setor e que compõem o que a doutrina denomina de forma indireta de fomento:

- 1) Isenção Tributária a Contribuições para a Seguridade Social destinada às Entidades Beneficentes de Assistência Social (art. 55, da Lei nº 8.212/91): Cota patronal, Cofins, CSLL e Contribuição ao SAT;
- 2) Isenção Tributária ao Imposto de Renda e à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido das Instituições de Caráter Filantrópico, Recreativo, Cultural e Científico e Associações Civis (art. 15, da Lei nº 9.532/97);
- 3) Isenção Tributária ao Imposto de Renda das Sociedades e Fundações de Caráter Beneficente, Filantrópico, Caritativo, Religioso, Educativo, Cultural, Instrutivo, Científico, Artístico, Literário, Recreativo e Esportivo e das Associações e Sindicatos que tenham por objeto cuidar dos interesses de seus associados (art. 30, da Lei nº 4.506/64, art. 28 do Decreto-lei nº 5.844/43 e art. 18, da Lei nº 9.532/97);
- 4) Isenção Tributária à Contribuição ao Salário-educação das Escolas Comunitárias, Confessionais ou Filantrópicas, das Organizações de Fins Culturais e das Organizações Hospitalares e de Assistência Social (art. 1º, da Lei nº 9.766/98 e art. 3º, do Decreto nº 3.142/99);
- 5) Isenção Tributária ao Imposto de Importação e ao Imposto sobre Produtos Industrializados destinada às Instituições de Educação e de Assistência Social (art. 2º, I, “b”, da Lei nº 8.032/90, art. 1º, IV, da Lei nº 8.042/92 e arts. 135, I, “b” e 245, do Decreto nº 4.543/2002);
- 6) Isenção Tributária ao Imposto de Importação, Imposto sobre Produtos Industrializados e ao Adicional ao Frete para Renovação da Marinha Mercante, destinada às Instituições Científicas e Tecnológicas (art. 2º, I, “b”, da Lei nº 8.032/90, art. 1º, IV, da Lei nº 8.402/92 e arts. 135, I, “b” e 245, do Decreto nº 4.543/2002);

---

<sup>193</sup> SOUZA, Leandro Marins, *Tributação do Terceiro Setor no Brasil*, p. 266.

- 7) Isenção Tributária ao Imposto de Importação dos Objetos de Arte recebidos em doação por Museus (art. 1º, da Lei nº 8.961/94 e arts. 135, II, “p” e 178, do Decreto nº 4.543/2002);
- 8) Isenção Tributária ao Imposto sobre Produtos Industrializados das Instituições de Educação ou de Assistência Social (art. 7º, II e IV, da Lei nº 4.502/64 e art. 51, I, do Decreto nº 4.543/2002);
- 9) Isenção Tributária ao Imposto de Importação para as Entidades Beneficentes que recebam produtos estrangeiros em doação (art. 34, da Lei nº 8.218/91 e art. 62, do Decreto nº 4.543/2002);
- 10) Regime especial de incidência da Contribuição ao PIS à alíquota de 1% sobre a folha de salários das Instituições de Educação e de Assistência Social, de Caráter Filantrópico, Recreativo, Cultural, Científico, de Associações, Sindicatos, Federações, Confederações e Fundações de Direito Privado, entre outros (art. 13, da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001);
- 11) Isenção Tributária à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins das Instituições de Educação e de Assistência Social, de Caráter Filantrópico, Recreativo, Cultural, Científico, de Associações, Sindicatos, Federações, Confederações e Fundações de Direito Privado, entre outros (art. 14, da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001);
- 12) Alíquota Zero de Imposto sobre Operações de Crédito (IOF) em que sejam Tomadores Entidades Sindicais de Trabalhadores e Instituições de Educação e de Assistência Social sem fins lucrativos (art. 8º, XV, do Decreto nº 4.484/2002);
- 13) Alíquota Zero de Imposto sobre Operações Relativas a Títulos ou Valores Mobiliários (IOF) de titularidade de Entidades Sindicais de Trabalhadores (art. 33, § 2º, V, do Decreto nº 4.484/2002);
- 14) Isenção de ICMS na saída de Mercadorias de produção própria das Instituições de Educação e de Assistência Social, sem finalidade lucrativa, cujas vendas líquidas sejam integralmente aplicadas na manutenção de suas finalidades assistenciais ou educacionais no País, sem distribuição de qualquer parcela a título de lucro ou participação e cujas vendas no ano anterior não tenham ultrapassado o limite fixado em legislação estadual (Convênio ICMS nº 32/82).

Não entraremos neste trabalho nos pormenores das legislações concessivas de isenção tributária mencionadas, por transbordar o objeto de análise do tema, mas advertimos, porém, que a realidade normativa acerca da matéria apresenta distorções latentes ao sistema das imunidades tributárias previstas na Constituição.

Expliquemo-nos. É que a pretexto de veicularem normas de isenções tributárias, muitas legislações são editadas como se o tema ali versado já não fosse tratado como imunidade tributária pela Constituição Federal, e acabam por trazer exigências para a fruição da isenção muito mais rígidas do que as previstas nos arts. 9º e 14, do Código Tributário Nacional, que tratam da imunidade, desvirtuando o regime jurídico tributário previsto em nossa Carta Magna.

Portanto, toda vez que depararmos com legislação veiculadora de isenção tributária, faz-se imprescindível cotejá-la com as normas constitucionais, objetivando a constatação se trata-se realmente de hipótese de dispensa de pagamento de determinado tributo, ou seja, regra que confere isenção, ou se a matéria já não está suficientemente tratada na Constituição Federal como hipótese de limitação ao poder tributante e, portanto, imunidade tributária, o que tornaria a legislação ordinária eivada de inconstitucionalidade.

### 2.3.2.3 Incentivos fiscais aos doadores

Ao lado das imunidades tributárias conferidas ao patrimônio, rendas e serviços das entidades educacionais e assistenciais (art. 150, § 4º, da CF) – “expressão máxima do reconhecimento da importância das atividades desenvolvidas pelo Terceiro Setor”<sup>194</sup> – e das isenções tributárias – “que consolidam o Terceiro Setor como merecedor de especial atenção por parte do legislador tributário”<sup>195</sup>, os incentivos fiscais aos doadores também enquadram-se como meio de fomento econômico financeiro indireto, pois retratam formas de promoção e incentivo da iniciativa privada na persecução de fins considerados relevantes socialmente.

Desta feita, nas palavras de Leandro Marins, tais benefícios fiscais

---

<sup>194</sup> SOUZA, Leandro Marins, *Tributação do Terceiro Setor no Brasil*, p. 301.

<sup>195</sup> *Ibidem*, p. 301.

São previsões legais que não atuam no momento de definição da competência tributária – como o fazem as imunidades -, tampouco se dirigem a conformar diretamente a regra-matriz de incidência dos tributos sobre os quais incidem – como as isenções -, mesmo que sobre ela venham a repercutir. Configuram-se em dispositivos legais que, no intuito de incentivar o desenvolvimento das atividades relacionadas com o Terceiro Setor, como o são a educação, cultura, a saúde, o esporte, etc., criam benefícios específicos em favor de pessoas físicas ou jurídicas que resolvam investir nestas atividades, mediante a observância de determinados requisitos.<sup>196</sup>

Ocorre que os benefícios fiscais de que tratamos neste tópico não incidem diretamente sobre as entidades que compõem o Terceiro Setor, mas recaem sobre aqueles que com elas se relacionam realizando doações e investimentos nas atividades de interesse sociais que realizam e que, portanto, recebem o fomento estatal como forma de incentivá-los à prática de tais atos.

Neste sentido, com base principalmente nesta forma específica de fomento indireto, adotamos posicionamento no sentido de aceitar atividade administrativa de fomento direcionada às pessoas físicas, já que ao lado das pessoas jurídicas também recebem incentivos cujo objetivo é condicionar um dado comportamento esperado pelo Estado e com ele alcançar os objetivos de ordem social traçados pela Constituição.

No entanto, frisemos com primazia de que tais pessoas físicas, conquanto possam ser beneficiadas pela atividade promocional do Estado, não compõem o conceito de Terceiro Setor de que tratamos no capítulo I, pois não possuem como atividade principal a realização de um interesse público em colaboração com o Estado, como ocorre com as pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos que se dedicam às atividades de cunho nitidamente social, podendo, inclusive, receber qualificações e títulos públicos e com o Estado firmar parcerias para atuar de forma complementar na consecução de suas finalidades essenciais.

Após estas breves considerações, passamos a enumerar alguns incentivos fiscais concedidos aos doadores, que possibilitam a dedução de suas doações ou patrocínios da apuração da base de cálculo do Imposto de Renda. São elas:

- a) 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);

---

<sup>196</sup> SOUZA, Leandro Marins, *Tributação do Terceiro Setor no Brasil*, p. 301.

- b) Doações, por pessoas jurídicas, a entidades civis sem fins lucrativos e de utilidade pública (art. 13, § 2º, III, da Lei nº 9.249/95);
- c) Doações, por pessoas jurídicas, a instituições de ensino e pesquisa (art. 13, § 2º, II, da Lei nº 9.249/95);
- d) Doações ou patrocínios, por pessoas físicas ou jurídicas tributados pelo lucro real, à projetos culturais (Lei nº 8.313/91 – Lei Rouanet);
- e) Investimentos à atividade audiovisual (Lei nº 8.685/93 e Medida Provisória nº 2.228-1/2001 – Fundo de Financiamento da Indústria Cinematográfica - FUNCINE).

De posse da análise dos objetos estudados até aqui, passamos no próximo capítulo a tratar especificamente do Terceiro Setor propriamente dito, sob uma perspectiva estritamente normativa, começando por abordar como a Constituição Federal de 1988 e os dispositivos afetos a este setor tratam do tema, que se coloca entre o Estado e o mercado, desempenhando atividades relevantes para a coletividade e de forma complementar ao primeiro setor - o Estado -, passando, em seguida, a pormenorizar as entidades que compõem o chamado Terceiro Setor e tratar dos títulos e qualificações passíveis de concessão a elas pelo Estado, sem descuidarmos das novas proposições legislativas sobre o tema que vêm sendo discutidas em diversos cenários da sociedade e que merecem nossa atenção cuidadosa neste trabalho, como, por exemplo, o Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública e a Proposta do Estatuto Jurídico do Terceiro Setor.

## CAPÍTULO III – TERCEIRO SETOR

### 3.1 O TERCEIRO SETOR À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Como já tratamos no capítulo I, a organização administrativa do Estado e sua forma de atuação junto à sociedade, com maior ou menor intervenção, influencia diretamente no campo de desenvolvimento do Terceiro Setor e sua inserção no sistema jurídico de cada país.

Para verificarmos se há espaço no ordenamento jurídico brasileiro para a proliferação do fenômeno denominado Terceiro Setor, faz-se necessário verificarmos as normas da Constituição Federal de 1988, que nos autorizam afirmar ou refutar a possibilidade de crescimento e desenvolvimento deste setor no Brasil, bem como fixar os limites de sua atuação.

Extraímos de diversos dispositivos constitucionais que o modelo de Estado adotado a partir da vigência da Constituição Federal de 1988 é o Estado Social e Democrático de Direito.

Estado de Direito porque consagrado em inúmeras normas os princípios que lhe dão conformidade, tais como: a separação de poderes, entre legislativo, executivo e judiciário, independentes e harmônicos entre si (art. 2º, *caput*); a previsão de um rol de direitos e garantias individuais, que inclui, sobretudo, o princípio da legalidade (art. 5º, II e art. 37, *caput*); a supremacia da Constituição e um sistema rígido de alteração, que veda propostas de emendas constitucionais tendentes a abolir, dentre outros, a separação de poderes e os direitos e garantias individuais (art. 60).

Estado Democrático de Direito porque assegura em normas diversas a cidadania (art. 1º, II), a participação popular (art. 1º, parágrafo único e art. 14) e o pluralismo político (art. 1º, V), além de ser expresso no artigo que inaugura o texto constitucional (art. 1º, *caput*).

Ademais, os mecanismos de democracia participativa presentes na Carta Magna que garantem efetiva participação dos cidadãos e tornam instrumentalmente

eficazes a vontade soberana do povo, são encontrados nos seguintes dispositivos, sem exclusão de outros que possam ser encontrados:

- a) Art. 5º, XXXIV, “a” – “o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder”;
- b) Art. 5º, LXIX – “conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas-corpus" ou "habeas-data", quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”;
- c) Art. 5º, LXXIII – “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”;
- d) Art. 14 – O dispositivo consagra inúmeras formas de exercício da soberania popular, a saber: sufrágio universal, voto direto e secreto, plebiscito, referendo e iniciativa popular;
- e) Art. 31, § 3º – “As contas dos Municípios ficarão, durante sessenta dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade, nos termos da lei”;
- f) Art. Art. 37, § 3º – “A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, (...)”;
- g) Art. 61, *caput*, § 2º – “A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles”;
- h) Art. 74, § 2º – “Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União”.

Além de Estado Democrático de Direito, podemos dizer que a República Federativa do Brasil ostenta ainda a marca de um Estado Social, pois o legislador



constituente originário não descuidou de resguardar amplamente os direitos sociais dos cidadãos, assegurando o bem estar e a justiça social como primados não só da ordem social<sup>197</sup> como também da ordem econômica<sup>198</sup>, e um extenso rol de direitos sociais elencados no art. 6º, que dispõe, in verbis: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Assim, como bem sintetiza Luis Eduardo Patrone Regules<sup>199</sup>, podemos encontrar na Constituição Federal de 1988 todos os elementos característicos de um Estado Social e Democrático de Direito. São eles: 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 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).

Podemos afirmar, portanto, com base nos dispositivos supracitados, que a adoção por um modelo de Estado Social e Democrático de Direito nos permite concluir que tanto o Estado como a sociedade civil apresentam papel de notável importância para a concretização dos objetivos implementados a partir da ordem constitucional inaugurada com a promulgação da Constituição Federal em 05 de outubro de 1988.

A partir desta premissa, passamos a elencar os dispositivos constitucionais que dão conformidade à atuação das entidades do Terceiro Setor juntamente com o Estado na consecução dos objetivos sociais traçados pela Carta Magna.

É, sem dúvida, em seu Título VIII, que trata da “Ordem Social” que encontramos terreno fértil para a proliferação do chamado Terceiro Setor,

---

<sup>197</sup> CF/1988: “Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.”

<sup>198</sup> CF/1988: “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: (...)”

<sup>199</sup> REGULES. Luis Eduardo Patrone, *Terceiro Setor – Regime Jurídico das OSCIPs*, p. 30.

compreendido por pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, constituídas como associações ou fundações, alheias ao aparelho estatal, que desempenham atividades de relevante interesse coletivo de forma desinteressada à sociedade e passíveis de qualificações públicas e fomento estatal, conforme acepção restrita do termo já elucidada no primeiro capítulo ao tratarmos do conceito de Terceiro Setor.

Assim, remetemo-nos neste ponto ao capítulo II, pois ao tratarmos da atividade administrativa de fomento e suas bases constitucionais, traçamos todo perfil de normas que juridicizam esta atividade promocional do Estado e permitem a participação da iniciativa privada sem fins lucrativos no desempenho de atividades sociais relevantes coletivamente, complementarmente à atuação estatal.

Porém, com apego ao desenvolvimento lógico argumentativo, colocaremos abaixo as disposições constitucionais referidas que dão guarida a aceitarmos o desenvolvimento do chamado Terceiro Setor como decorrência da própria evolução da organização administrativa do Estado, que no modelo do Estado Social e Democrático de Direito atenua a dicotomia rígida entre interesse público e interesse privado e permite uma síntese dialética entre os dois atores que tradicionalmente ocupam referidos interesses, consubstanciando uma lógica de cooperação e fazendo emergir o fenômeno de que ora nos ocupamos, o Terceiro Setor.

O art. 194 da Constituição Federal, ao dispor sobre a seguridade social preceitua: “A seguridade social compreende um **conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade**, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.” (grifos nossos).

Destarte, especificamente na área da saúde, podemos mencionar os seguintes dispositivos constitucionais: i) art. 197 - “são de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, **devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado**”; ii) art. 198 - “As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: (...) III - **participação da comunidade**”; iii) art. 199, *caput* - “a assistência à saúde é **livre à iniciativa privada**”; iv) art. 199, § 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**.” (grifos nossos).

No campo da assistência social podemos citar o art. 204, II, da Constituição Federal - “as ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes: (...); II - **participação da população**, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.” (grifos nossos).

Quanto à área da educação, encontramos a seguinte disposição no art. 205, da Constituição Federal, “a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, **será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade**, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.” (grifos nossos).

Identifica-se, ainda, quanto à cultura no art. 215 que “o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais” e continua no § 1º do referido dispositivo “o Poder Público, **com a colaboração da comunidade**, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.”

Vislumbramos, ainda, a previsão constitucional da participação da iniciativa privada em colaboração com o Estado na realização de interesses sociais em diversas áreas, tais como: *desporto*, conforme dispõe o art. 217, ao enunciar o dever do estado em fomentar as práticas desportivas formais e não formais; *ciência e tecnologia*, conforme disposição do art. 218, ao prever que “o Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas”; *meio ambiente*, em conformidade com o disposto no art. 225, *in verbis*: “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”; bem como, no campo da proteção à *criança, adolescente e idoso*, com base nos arts. 227 e 230.

Conforme acentua Leandro Marins,

O advento do Terceiro setor, novo fenômeno cujo estudo de forma isolada – e como novidade – se justifica exatamente por se encontrar um matiz constitucional para seu desenvolvimento, é fruto da ideologia que permeia nosso constitucionalismo. Do absolutismo ao Estado social, passando pelo Estado liberal e pelo Estado providência, o campo de inserção do Terceiro Setor foi sendo trilhado por nossas Constituições, à medida que as funções do Estado se conformavam aos movimentos constitucionais brasileiros. E com a Constituição de 1988 o que houve foi a confirmação plena da assunção, por parte do Estado brasileiro, da necessidade de participação da iniciativa privada em campos de atuação anteriormente sob a guarda privativa do Estado.<sup>200</sup>

Portanto, demonstrada as bases constitucionais que autorizam o desenvolvimento do Terceiro Setor no ordenamento jurídico brasileiro, passamos no próximo tópico a estudar as entidades que compõem o Terceiro Setor, em consonância com o conceito restrito do termo que aqui adotamos.

### 3.2 ENTIDADES DO TERCEIRO SETOR

Em 2004, o IBGE celebrou parceria com o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, com a Associação Brasileira de Organizações Não Governamentais – ABONG e com o Grupo de Institutos, Fundações e Empresas – GIFE, com o objetivo de mapear o universo das organizações da sociedade civil que atendem, simultaneamente, aos critérios de entidades privadas, sem fins lucrativos, institucionalizadas, auto-administradas e voluntárias.

Nesta pesquisa o IBGE comparou o crescimento das entidades sem fins lucrativos, constituídas sob a forma de associação ou fundação, compreendidas entre o período de 2002 e 2005, e apontou que tais entidades passaram de 276.000 para aproximadamente 340.000. São entidades sem fins lucrativos que atuam em áreas como: religião (83.775); defesa de direitos (60.259); patronais/profissionais (58.796); cultura e recreação (46.999); assistência social (39.395); educação e pesquisa (19.940); outras (21.516); saúde (4.464); meio ambiente (2.562); habitação (456).<sup>201</sup>

---

<sup>200</sup> SOUZA, Leandro Marins, *Tributação do Terceiro Setor no Brasil*, p. 96-97.

<sup>201</sup> Informações disponíveis no site: [www.mj.gov.br](http://www.mj.gov.br), acessado em 20.08.2008.

Do total de aproximadamente 340.000 entidades sem fins lucrativos, constituídas sob a forma de associação ou fundação, 42,4% encontram-se na região sudeste; 23,7% na região nordeste; 22,7% na região sul; 6,4% na região centro-oeste; e 4,8% na região norte do país.

As associações e fundações poderão requerer junto ao Poder Público alguns registros públicos denominados de títulos, certificados ou qualificações com objetivos diversos, tais como: buscar o fomento administrativo para o repasse de recursos públicos, por meio da celebração de convênios, contratos de gestão e termos de parceria; atribuir maior credibilidade à entidade; possibilitar o acesso a benefícios fiscais; facilitar a captação de investimentos privados e obtenção de financiamentos, entre outros.

Tarso Cabral Violin, com base nos ensinamentos de Paulo Modesto, afirma que a concessão de títulos especiais às entidades do Terceiro Setor apresenta tanto vantagens como desvantagens. As vantagens concernem ao atendimento de três propósitos: diferenciar as entidades qualificadas das entidades comuns, criando um regime jurídico específico; padronizar o tratamento normativo de entidades que apresentarem características comuns relevantes, evitando o casuísmo; e estabelecimento de um mecanismo de controle.<sup>202</sup>

As desvantagens, por sua vez, correspondem à possibilidade de certificação indevida, realizada sem critério, e às vezes com fraude, causando 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 sujeitas à eventual ocorrência dos desvios no sistema de controle.<sup>203</sup>

Os três entes da federação são competentes para outorgar títulos ou qualificações específicas para as entidades requerentes. Na esfera federal, portanto, são conferidos os seguintes títulos: i) Utilidade Pública Federal (UPF); ii) Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social (CEBAS); iii) Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP); e iv) Organização Social (OS).

---

<sup>202</sup> VIOLIN, Tarso Cabral, *Terceiro Setor e as parcerias com a Administração Pública: Uma análise crítica*, p. 196.

<sup>203</sup> *Ibidem*, p. 196.

Vale mencionar, no entanto, que representam uma minoria as entidades do Terceiro Setor que já receberam algum tipo de qualificação estatal. Atualmente, de aproximadamente 340.000 entidades sem fins lucrativos constituídas sob a forma de associação ou fundação, apenas 24.369 entidades receberam um dos quatro títulos públicos federais mencionados. A sua maioria está representada pelo título de Utilidade Pública Federal (12.318), sendo seguida pelo CEBAS (cerca de 7.000), posteriormente pelo título de OSCIP (4.951) e, por fim, pelas OS (aproximadamente 100 entidades qualificadas).<sup>204</sup>

Analisaremos nos próximos tópicos as entidades que compõem o Terceiro Setor, segundo concepção restrita do termo, começando por estudar as pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos (como as associações e as fundações civis) e demais entidades paraestatais que ao lado das associações e fundações desempenham desinteressadamente atividades de relevância pública de interesse da coletividade como um todo e, por cumprirem tal mister, poderão ser destinatárias da atividade promocional do Estado, podendo para isso receber títulos, certificações ou qualificações públicas que estudaremos em seguida (utilidade pública, certificado de entidade beneficente de assistência social, organizações sociais e organizações da sociedade civil de interesse público) que lhes tornam aptas ao fomento estatal e aos instrumentos a ele inerentes (os quais já foram objeto de estudo no Capítulo II).

Nesta esteira, portanto, em que pese a previsão do art. 44, do Código Civil de que são consideradas pessoas jurídicas de direito privado: as associações, as sociedades, as fundações, as organizações religiosas e os partidos políticos (estes dois últimos incluídos pela Lei nº 10.825, de 22.12.2003), apenas trataremos das associações e fundações, tendo em vista que as sociedades têm como finalidade o lucro nas suas atividades, bem como deixaremos de abordar as entidades religiosas e os sindicatos, por transbordarem o conceito de Terceiro Setor que adotamos.

Ressaltamos, ainda, que apenas nos interessa como objeto de estudo neste trabalho as associações e fundações, cujas atividades apresentam a característica de relevância pública e de interesse à coletividade como um todo considerada, afastando, assim, aquelas destinadas a realizar apenas os interesses de seus membros, em regime de mutualidade.

---

<sup>204</sup> Disponível em [www.mj.gov.br](http://www.mj.gov.br), acessado em 20.08.2008.

Para concluir este capítulo, daremos atenção especial aos dois anteprojetos de lei que foram propostos na esfera federal e que estão em fase de discussões na sociedade. O primeiro dispõe sobre a Lei Orgânica da Organização Administrativa Federal em substituição ao Decreto-lei nº 200/67, que cria nova configuração à Administração Pública, prevendo ao lado da Administração direta e indireta, as entidades paraestatais (compostas pelo serviço social autônomo e pelas corporações profissionais) e as entidades de colaboração (que compõem o denominado Terceiro Setor). O segundo, por sua vez, trata da proposta de um Estatuto Jurídico do Terceiro Setor e estabelece normas e diretrizes gerais para sua compreensão normativa e sistematização.

### 3.2.1 As associações

Como já afirmamos reiteradamente, as entidades do Terceiro Setor são compostas por pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos, regidas pelo Código Civil, constituídas sob a forma de associações ou fundações.

A Constituição Federal trata expressamente das associações nos incisos XVII, XVIII, XIX e LXX, “b”, do art. 5º, que dispõe, respectivamente:

- a) XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;
- b) XVIII - a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento;
- c) XIX - as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado;
- d) LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:  
(...) b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

No âmbito infraconstitucional, as associações são disciplinas no Código Civil, nos arts. 53 a 61. São pessoas jurídicas de direito privado constituídas pela união de pessoas que se organizam para fins não econômicos, sem que haja entre os associados direitos e obrigações recíprocos.

O Código Civil dispõe no art. 54, todos os aspectos jurídicos que devem revestir uma associação. Começa por descrever todas as cláusulas obrigatórias que deverão conter no seu estatuto, quais sejam: a denominação, os fins e a sede da associação; os requisitos para a admissão, demissão e exclusão dos associados; os direitos e deveres dos associados; as fontes de recursos para sua manutenção; o modo de constituição e de funcionamento dos órgãos deliberativos; as condições para a alteração das disposições estatutárias e para a dissolução; a forma de gestão administrativa e de aprovação das respectivas contas.

As demais disposições tratam especificamente sobre a qualidade de associado, seus direitos e forma de exclusão; as competências privativas da Assembléia Geral e as formas das deliberações; as regras para destituição da associação e a destinação do seu patrimônio.

Como se tratam de pessoas jurídicas, as associações necessitam para gozar de existência legal registrar seu ato constitutivo (estatuto) no registro competente, nos termos do art. 45 do Código Civil.

### 3.2.2 As fundações

As fundações são disciplinadas nos arts. 62 a 69 do Código Civil. Dessa forma, a fundação é uma pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, constituída por ato de seu instituidor, por escritura pública ou testamento, através de dotação especial de bens livres para servir a um objetivo específico, voltado a causas de interesse público, normalmente ligado a fins religiosos, morais, culturais ou de assistência, devendo seu patrimônio ser aprovado previamente pelo Ministério Público.

A doutrina divide a constituição de uma fundação em quatro fases: a) a do ato de dotação ou de instituição – nos termos do art. 62, do Código Civil esta fase compreende a realização de uma escritura pública ou testamento, da dotação especial de bens livres para compor seu acervo patrimonial, a especificação ao fim a que se destina, e, facultativamente, a declaração do instituidor do modo de sua administração; b) a da elaboração dos estatutos – poderá ser feita diretamente pelo próprio instituidor ou por pessoa de sua confiança designada para tal fim. Neste



caso, no entanto, se o estatuto não for elaborado no prazo assinado pelo instituidor, ou, não havendo prazo, em cento e oitenta dias, a incumbência caberá ao Ministério Público; c) a da aprovação dos estatutos – serão aprovados pelo Ministério Público, após a constatação da licitude do seu objeto. Poderá o Ministério Público, em 15 dias, aprovar o estatuto, indicar-lhe modificações ou ainda denegar sua aprovação. Nos dois últimos casos, porém, pode o interessado requerer ao juiz o suprimento da aprovação. Qualquer alteração posterior nos estatutos deve ser submetida à aprovação do Ministério Público, observados os requisitos do art. 67, do Código Civil e art. 1203, do Código de Processo Civil; d) a do registro – a existência legal da fundação depende de prévio registro do seu ato constitutivo no Registro Civil das Pessoas Jurídicas.

A extinção da fundação submete-se ao disposto no art. 69, do Código Civil que dispõe “tornando-se ilícita, impossível ou inútil a finalidade a que visa a fundação, ou vencido o prazo de sua existência, o órgão do Ministério Público, ou qualquer interessado, lhe promoverá a extinção, incorporando-se o seu patrimônio, salvo disposição em contrário no ato constitutivo, ou no estatuto, em outra fundação, designada pelo juiz, que se proponha a fim igual ou semelhante.”

A doutrina aponta, ainda, os seguintes traços distintivos das associações e fundações: a) enquanto nas associações predomina o elemento pessoal, pois são constituídas por pessoas físicas reunidas por um objetivo comum, nas fundações o elemento essencial predominante é a reunião de bens afetados a uma finalidade específica; b) o ato de criação das associações depende exclusivamente da aprovação da ata que institui seu estatuto e dirigentes, enquanto que na fundação, sua criação depende de manifestação de vontade do seu instituidor, quer em escritura pública ou testamento, fazendo-se necessária prévia aprovação do Ministério Público; c) no que tange ao velamento destas entidades, nas associações ele é realizado pelos próprios associados, enquanto que nas fundações é exercido pelo Ministério Público, pois após a sua criação, os seus instituidores delas se desvinculam.

### 3.2.3 O serviço social autônomo

Os serviços sociais autônomos são entes privados criados por lei, com personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, para desempenho de determinadas atividades, sendo mantidos por dotações orçamentárias ou contribuições parafiscais.

Estas entidades não integram a Administração Pública direta ou indireta, e desempenham ao lado das associações e fundações atividade de interesse coletivo, compondo as entidades do Terceiro Setor, possíveis destinatárias da atividade administrativa de fomento.

São considerados serviços sociais autônomos as seguintes entidades criadas por lei: o SENAI (Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial) e o SESI (Serviço da Indústria), criados, organizados e dirigidos pela Confederação Nacional da Indústria; o SENAC (Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial) e o SESC (Serviço Social do Comércio), criados, organizados e dirigidos pela Confederação Nacional do Comércio.

Podemos mencionar ainda como serviços sociais autônomos: a Associação das Pioneiras Sociais (criada pela Lei nº 8.246/91), o Serviço Brasileiro de Apoio às Micros e Pequenas Empresas – SEBRAE (criado pela Lei nº 8.029/90), o Serviço Nacional de Aprendizagem Rural – SENAR (criado pela Lei nº 8.315/91 e art. 62, do ADCT), Serviço Nacional de Aprendizagem do Transporte – SEST/SENAT (criado pela Lei nº 8.706/93), Serviço Nacional de Aprendizagem das Cooperativas - SESCOOP (criado pela MP nº 1715/98), Agência de Promoção de Exportações do Brasil – APEX (criada pela Lei nº 10.668/2003) e Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial – ABDI (criada pela Lei nº 11.080/2004).

### 3.3 TÍTULOS E QUALIFICAÇÕES DAS ENTIDADES DO TERCEIRO SETOR

Os títulos e qualificações concedidos pelo Poder Público às pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos, como associações e fundações, visam proporcionar a estas entidades, dada a relevância pública das atividades que desempenham, um regime jurídico especial, possibilitando-as de receber proteção e incentivos fiscais, corolários da atividade promocional do Estado, bem como atuar

em colaboração do Estado mediante vínculos de parceria travados com este propósito, como os convênios, contratos de gestão e termos de parceria.

Conforme enuncia Paulo Modesto

A concessão caso a caso de títulos jurídicos especiais a entidades do terceiro setor parece atender a pelo menos três propósitos. Em primeiro lugar, diferenciar as entidades qualificadas, beneficiadas com o título, relativamente às entidades comuns, destituídas dessa especial qualidade jurídica. Essa diferenciação permite inserir as entidades qualificadas em um regime jurídico específico. Em segundo lugar, a concessão do título permite padronizar o tratamento normativo de entidades que apresentem características comuns relevantes, evitando o tratamento legal casuístico dessas entidades. Em terceiro lugar, a outorga de títulos permite o estabelecimento de um mecanismo de controle de aspectos da atividade das entidades qualificadas, flexível por excelência, entre outras razões, porque o título funciona como um instrumento que admite não apenas concessão, mas também suspensão e cancelamento.<sup>205</sup>

Desse modo, portanto, analisaremos os quatro títulos passíveis de outorga pelo Poder Público às entidades do Terceiro Setor, baseando-nos apenas na legislação federal que rege a concessão de tais títulos nesta esfera de governo, tendo em vista as inúmeras legislações editadas no âmbito dos demais entes federativos, cujas peculiaridades nos impedem de detalhar cada uma das mencionadas legislações, o que ampliaria demasiadamente o objetivo da análise proposta.

### 3.3.1 Utilidade Pública

O título de Utilidade Pública Federal tem como fundamento legal a Lei nº 91, de 28.08.1935, regulamentada pelo Decreto nº 50.517/61 e, posteriormente alterado pelo Decreto nº 3.415/00. O art. 1º da referida lei disciplina as entidades que podem pleitear o título de utilidade pública. São elas: as sociedades civis, as associações e fundações constituídas no país com o fim exclusivo de servir desinteressadamente à coletividade e que provem ter personalidade jurídica; estar em efetivo funcionamento; servir desinteressadamente à coletividade, desenvolvendo

---

<sup>205</sup> MODESTO, Paulo, *Reforma do marco legal do terceiro setor no Brasil*, p. 3-4.

atividades consideradas de relevante valor social; e não remunerar os cargos de sua diretoria<sup>206</sup>.

De acordo com a legislação em vigor, a entidade que pleitear o título de utilidade pública federal junto ao Ministério da Justiça deverá possuir alguma das seguintes finalidades: promover a educação ou desenvolver atividades de pesquisas científicas ou culturais.

Segundo Silvio Luis Ferreira da Rocha,

O título de utilidade pública procura ressaltar uma diferença na atividade da pessoa jurídica que o recebe, se comparada com a atividade das demais pessoas jurídicas. As pessoas jurídicas reconhecidas de utilidade pública buscam realizar o bem comum, enquanto as demais pessoas jurídicas buscam realizar apenas os interesses dos sócios ou dos associados, e não os interesses da coletividade.<sup>207</sup>

As vantagens em se obter o título de utilidade pública federal podem ser assim resumidas: possibilidade de oferecer dedução fiscal no imposto de renda em doações de pessoas jurídicas; receber subvenções, auxílios e doações da União; realizar sorteios desde que autorizados pelo Ministério da Justiça (art. 4º da lei nº 5.768/71); constitui-se em pré-requisito para obtenção do CEBAS; pré-requisito para requerer a isenção da cota patronal devida ao INSS, conforme previsão do art. 55, da Lei 8.212/91.

Podemos afirmar que a proliferação de entidades qualificadas com o título de utilidade pública federal se deve como afirmam Paulo Modesto<sup>208</sup> e Silvio Luis Ferreira da Rocha<sup>209</sup> à concessão de incentivos diretos ou indiretos e à legislação lacônica, que fizeram surgir entidades de utilidade pública federal que muitas vezes não preenchem o fim exclusivo de servir desinteressadamente à coletividade.

Afirmam ainda os autores mencionados, a necessidade de distinguir para a concessão do título, as entidades de favorecimento mútuo ou de fins mútuos (concedem benefícios a um círculo restrito ou limitado de associados) que não servem desinteressadamente à coletividade, mas a um grupo restrito de pessoas, não fazendo jus à qualificação e entidades de fins comunitários, de fins públicos ou de solidariedade social (oferecem utilidades ou benefícios à comunidade de um

---

<sup>206</sup> ROCHA, Silvio Luis Ferreira da, *Terceiro Setor*, p. 58.

<sup>207</sup> *Ibidem*, p. 57.

<sup>208</sup> MODESTO, Paulo, *Reforma do Marco Legal do Terceiro Setor no Brasil*, RDA 214/60.

<sup>209</sup> ROCHA, Silvio Luis Ferreira da, *op. cit.* p. 60.

modo geral, quase sempre de forma gratuita), estas sim passíveis de outorga do título.

Embora apenas as entidades que atendam a exigência legal de atender desinteressadamente à coletividade mereçam o título de utilidade pública, Silvio Luis Ferreira da Rocha aduz que “o fato é que tal título foi dado indiscriminadamente a uma e a outra espécie de pessoa jurídica, possibilitando a ocorrência de fraudes”<sup>210</sup>.

### 3.3.2 Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social

O Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social (CEBAS) tem como fundamentação legal a Lei Orgânica da Assistência Social, conhecida por LOAS (Lei nº 8.742/93), regulamentada pelo Decreto nº 2.536/98 e pela Resolução do CNAS nº 177/00. Nova legislação entrou em vigor sobre o tema, modificando alguns aspectos desta certificação, principalmente no que tange à competência para outorga do CEBAS. Trata-se da Lei nº 12.101/09, publicada em 30 de novembro de 2009, no Diário Oficial da União, também conhecida como “Nova Lei da Filantropia”, regulamentada recentemente pelo Decreto nº 7.237/10.

Este título era outorgado pelo Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS), órgão vinculado ao Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, às entidades que comprovem exercer atividades de assistência social, desenvolvendo alguma das seguintes atividades: i) proteger a família, a infância, a maternidade, a adolescência e a velhice; ii) amparar crianças e adolescentes carentes; iii) promover ações de prevenção, habilitação e reabilitação de pessoas portadoras de deficiência; iv) promover, gratuitamente, assistência educacional ou de saúde; v) promover a integração ao mercado de trabalho e; vi) promover o atendimento e o assessoramento aos beneficiários da Lei Orgânica da Assistência Social e a defesa e garantia dos seus direitos.<sup>211</sup>

No entanto, o artigo 42 da nova lei da filantropia alterou os incisos III e IV do artigo 18, da Lei nº 8.742/93 – Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS, que tratam de competências do Conselho Nacional de Assistência Social – CNAS, e que

---

<sup>210</sup> ROCHA, Silvio Luis Ferreira da, *Terceiro Setor*, p. 60.

<sup>211</sup> Cartilha Terceiro Setor, organizada pela Comissão de Direito do Terceiro Setor da OAB/SP.

passaram a vigorar com a seguinte redação: *“III- acompanhar e fiscalizar o processo de certificação das entidades e organizações de assistência social no Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome; IV - apreciar relatório anual que conterà a relação de entidades e organizações de assistência social certificadas como beneficentes e encaminhá-lo para conhecimento dos Conselhos de Assistência Social dos Estados, Municípios e do Distrito Federal”*.

Portanto, com a publicação da referida lei, o CNAS deixou de ter competência para a análise e julgamento dos pedidos de concessão e renovação do CEBAS.

Assim, a análise e a decisão dos requerimentos de concessão ou de renovação dos certificados das entidades beneficentes de assistência social serão apreciadas no âmbito dos Ministérios da Saúde, quanto às entidades da área de saúde; da Educação, quanto às entidades educacionais; e do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, quanto às entidades de assistência social.

Para receber o CEBAS, a entidade deve preencher os seguintes requisitos: não remunerar seus dirigentes; ter o registro no CNAS e no CEAS ou CMAS (a depender do título, estadual ou municipal, respectivamente); ser declarada de utilidade pública federal e estadual ou municipal; estar em efetivo funcionamento; entre outras exigências legais.

O certificado tem validade de três anos, podendo ser renovado. O CEBAS possibilita o requerimento da isenção da cota patronal devida ao INSS incidente sobre a folha de pagamento da entidade.

O CEBAS é o novo nome conferido ao antigo Certificado de Entidade de Fins Filantrópicos (CEFF) ou Certificado de Filantropia concedido pelo Conselho Nacional de Serviço Social.

Estabelece o art. 203 da Constituição Federal que “A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: I – a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; II – o amparo às crianças e adolescentes carentes; III – a promoção da integração ao mercado de trabalho; IV – a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; V – a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa

portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.”

A assistência social está inserida na seguridade social, mas diferencia-se da previdência social, pois independe de contribuição, possuindo como fonte de custeio recursos do orçamento da seguridade social, na forma prevista pelo art. 195 da Constituição Federal, que dispõe que o seu financiamento será feito “por toda sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”, e de outras contribuições sociais, devidas pelo empregador, trabalhador e demais segurados da previdência social (salvo aposentados e pensionistas do regime geral), incidentes sobre a receita de concursos de prognósticos, bem como devidas pelo importador de bens e serviços, além de outras formas de custeio que poderão ser criadas nos termos do art. 204 da Carta Magna.

A Lei 8.742/93 (LOAS – Lei Orgânica da Assistência Social) dispõe em seu art. 1º que “A assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas.”

No art. 2º, da referida lei, são repetidos os objetivos da assistência social traçados pelo art. 203 da Constituição Federal, razão pela qual deixamos de enumerá-los, reportando-nos ao supracitado dispositivo constitucional.

Os princípios que regem a assistência social são definidos no art. 4º, da LOAS, sendo eles: “I - supremacia do atendimento às necessidades sociais sobre as exigências de rentabilidade econômica; II - universalização dos direitos sociais, a fim de tornar o destinatário da ação assistencial alcançável pelas demais políticas públicas; III - respeito à dignidade do cidadão, à sua autonomia e ao seu direito a benefícios e serviços de qualidade, bem como à convivência familiar e comunitária, vedando-se qualquer comprovação vexatória de necessidade; IV - igualdade de direitos no acesso ao atendimento, sem discriminação de qualquer natureza, garantindo-se equivalência às populações urbanas e rurais; V - divulgação ampla dos benefícios, serviços, programas e projetos assistenciais, bem como dos recursos oferecidos pelo Poder Público e dos critérios para sua concessão.”

A Assistência social é pautada pelas seguintes diretrizes, conforme disposto no art. 5º da LOAS: “I - descentralização político-administrativa para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e comando único das ações em cada esfera de governo; II - participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis; III - primazia da responsabilidade do Estado na condução da política de assistência social em cada esfera de governo.”

Como se vê, a organização e gestão da assistência social conta com um sistema descentralizado e participativo, por meio de entidades e organizações de assistência social, definidas pelo art. 3º da LOAS, como “aquelas que prestam, sem fins lucrativos, atendimento e assessoramento aos beneficiários abrangidos por esta lei, bem como as que atuam na defesa e garantia de seus direitos.”, devendo obediência às normas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Assistência Social – CNAS, órgão superior de deliberação colegiada, vinculado à estrutura do órgão da Administração Pública Federal responsável pela coordenação da Política Nacional de Assistência Social, cujos membros, nomeados pelo Presidente da República, têm mandato de 2 (dois) anos, permitida uma única recondução por igual período.

O Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS) é composto por 18 (dezoito) membros e respectivos suplentes, cujos nomes são indicados ao órgão da Administração Pública Federal responsável pela coordenação da Política Nacional de Assistência Social, de acordo com os critérios seguintes: I - 9 (nove) representantes governamentais, incluindo 1 (um) representante dos Estados e 1 (um) dos Municípios; II - 9 (nove) representantes da sociedade civil, dentre representantes dos usuários ou de organizações de usuários, das entidades e organizações de assistência social e dos trabalhadores do setor, escolhidos em foro próprio sob fiscalização do Ministério Público Federal.

O Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS) era o órgão responsável pela concessão do Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social, cuja competência foi transferida ao Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome e Ministérios vinculados à pasta de atuação da entidade pleiteante do certificado, conforme redação dada pela Lei nº 12.101/2009, remanescendo ao CNAS o dever de acompanhar e fiscalizar o processo de certificação das entidades e organizações de assistência social pelo Ministério responsável.



Com a edição da Lei 12.101/2009, conhecida como “Nova Lei da Filantropia”, a competência do CNAS foi reduzida às seguintes apreciações: I - aprovar a Política Nacional de Assistência Social; II - normatizar as ações e regular a prestação de serviços de natureza pública e privada no campo da assistência social; III - acompanhar e fiscalizar o processo de certificação das entidades e organizações de assistência social no Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome; IV - apreciar relatório anual que conterà a relação de entidades e organizações de assistência social certificadas como beneficentes e encaminhá-lo para conhecimento dos Conselhos de Assistência Social dos Estados, Municípios e do Distrito Federal; V - zelar pela efetivação do sistema descentralizado e participativo de assistência social; VI - a partir da realização da II Conferência Nacional de Assistência Social em 1997, convocar ordinariamente a cada quatro anos a Conferência Nacional de Assistência Social, que terá a atribuição de avaliar a situação da assistência social e propor diretrizes para o aperfeiçoamento do sistema; VII - apreciar e aprovar a proposta orçamentária da Assistência Social a ser encaminhada pelo órgão da Administração Pública Federal responsável pela coordenação da Política Nacional de Assistência Social; VIII - aprovar critérios de transferência de recursos para os Estados, Municípios e Distrito Federal, considerando, para tanto, indicadores que informem sua regionalização mais eqüitativa, tais como: população, renda per capita, mortalidade infantil e concentração de renda, além de disciplinar os procedimentos de repasse de recursos para as entidades e organizações de assistência social, sem prejuízo das disposições da Lei de Diretrizes Orçamentárias; IX - acompanhar e avaliar a gestão dos recursos, bem como os ganhos sociais e o desempenho dos programas e projetos aprovados; X - estabelecer diretrizes, apreciar e aprovar os programas anuais e plurianuais do Fundo Nacional de Assistência Social (FNAS); XI - indicar o representante do Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS) junto ao Conselho Nacional da Seguridade Social; XII - elaborar e aprovar seu regimento interno; XIII - divulgar, no Diário Oficial da União, todas as suas decisões, bem como as contas do Fundo Nacional de Assistência Social (FNAS) e os respectivos pareceres emitidos.

Quanto aos benefícios assistenciais, a LOAS prevê dois tipos possíveis: 1) o benefício de prestação continuada, previsto nos arts. 20 e 21 da referida lei, e, atualmente regulamentado pelo Decreto 6.214, de 26.09.2007, com alterações

introduzidas pelo Decreto 6.564, de 12.09.2008; e 2) os benefícios eventuais, com previsão no art. 22 da LOAS.

O benefício de prestação continuada consiste no pagamento de 1 (um) salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 70 (setenta) anos ou mais e que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família.

Com relação ao pagamento do benefício ao idoso, o art. 20, *caput*, da LOAS, foi parcialmente revogado pela Lei 10.741/2003, art. 34, conhecido como *Estatuto do Idoso*, ao estender o direito ao benefício de prestação continuada aos idosos, a partir de 65 (sessenta e cinco) anos de idade.

No que tange ao pagamento do referido benefício aos portadores de deficiência, o Decreto 6.214/2007, em seu art. 16, *caput*, prevê que a concessão do benefício ficará sujeita à avaliação da deficiência e do grau de incapacidade, com base na Classificação Internacional de Funcionalidades, Incapacidade e Saúde – CIF, estabelecida pela Resolução 54.21 da Organização Mundial da Saúde, aprovada pela 54ª Assembleia Mundial da Saúde, em 22.05.2001.<sup>212</sup>

Os benefícios eventuais, previstos no art. 22 da LOAS, consistem no pagamento de auxílio por natalidade ou morte às famílias cuja renda mensal *per capita* seja inferior a um quarto do salário mínimo, sem prejuízo de outros benefícios eventuais que poderão ser criados para atender necessidades advindas de situações de vulnerabilidade temporária, com prioridade para a criança, a família, o idoso, a pessoa portadora de deficiência, a gestante, a nutriz e nos casos de calamidade pública.

De acordo com o § 1º do art. 22, a concessão e o valor dos benefícios eventuais serão regulamentados pelos Conselhos de Assistência Social dos Estados, Distrito Federal e dos Municípios, mediante critérios e prazos definidos pelo Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS).<sup>213</sup>

Assim, num país subdesenvolvido, com milhões de brasileiros considerados miseráveis e que vivem à marginalização da sociedade, é inegável a importância da

---

<sup>212</sup> ZOCKUN, Carolina Zancaner. *Da intervenção do Estado no domínio social*. São Paulo: Malheiros Editores, p. 104.

<sup>213</sup> *Ibidem*, p. 112.

assistência social como meio de minimizar as desigualdades sociais e promover a melhoria de vida da população.

Nesse sentido as palavras de Carolina Zancaner Zockun: “Assim, a assistência social deve ser um instrumento de transformação social e econômica do país, visando à integração daqueles que estão à margem da sociedade”<sup>214</sup>, representando o Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social, importante instrumento de concretização do direito à assistência social.

### 3.3.3 Organização da Sociedade Civil de Interesse Público

As Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) foram introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 9.790/99, também denominada “Lei das OSCIPS”, regulamentada pelo Decreto nº 3.100/99, e parcialmente alterada pelas leis federais 10.539/02 e 10.637/02. Vale ressaltar que não há até o presente nenhuma discussão judicial acerca das leis que tratam das OSCIPs, diferentemente do que ocorre com a lei que qualifica as entidades como Organizações Sociais, como veremos.

Este título é concedido pelo Ministério da Justiça à pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos (associações, sociedades civis sem fins lucrativos e fundações), entendida como aquela “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”, conforme enuncia o art. 1º, §1º, da Lei 9.790/99.

Para pleitear o título de OSCIP a entidade deve possuir como finalidade o desenvolvimento de uma das seguintes atividades, de acordo com o art. 3º da Lei das OSCIPs: promoção da assistência social; promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico; promoção gratuita da educação; promoção gratuita de saúde; promoção da segurança alimentar e nutricional; defesa,

---

<sup>214</sup> ZOCKUN, Carolina Zancaner, *Da intervenção do Estado no domínio social*, p. 113.

preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável; promoção do voluntariado; promoção do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza; experimentação, não lucrativa, de novos modelos sócios-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; e 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.

Segundo Silvio Luis Ferreira da Rocha, “toda e qualquer pessoa jurídica de direito privado que deseja ser qualificada como OSCIP deve atender ao princípio da universalização.”<sup>215</sup>

O art. 2º da referida Lei estabeleceu ainda um rol exaustivo de entidades que não podem qualificar-se como OSCIP. São elas: 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 sua 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.

Conforme dispõe o art. 4º da Lei das OSCIPs, para qualificarem-se como OSCIP as entidades devem ainda adequar o seu estatuto para que contenham normas que expressamente disponham sobre: a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e da eficiência;

---

<sup>215</sup> ROCHA, Silvio Luis Ferreira da, *Terceiro Setor*, p. 62.

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; 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; 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 tenham o mesmo objeto social da extinta; 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 perdurou aquela qualificação, será transferido a outra pessoa jurídica qualificada nos termos desta Lei, preferencialmente que tenham o mesmo objeto social; 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; as normas de prestação de contas a serem observadas pela entidade.

A concessão da qualificação da entidade como OSCIP pelo Ministério da Justiça é ato vinculado, ou seja, independe da discricionariedade do administrador público, bastando apenas a verificação do atendimento das exigências legais para a outorga do título.

A qualificação como OSCIP oferece as seguintes vantagens: oferecer dedutibilidade do Imposto de Renda às pessoas jurídicas que lhe fizerem doações (MP 2.158-35/01); possibilitar a remuneração de dirigentes sem a perda do benefício fiscal e; celebrar Termos de Parceria com o Poder Público.

Tarso Cabral Violin, citando Augusto de Franco, afirma que a Lei das OSCIPs, ao permitir a remuneração dos seus dirigentes, colocou fim “a uma hipocrisia institucionalizada, que vigora há décadas no país: os verdadeiros dirigentes das organizações travestem-se de funcionários executivos colocando ‘laranjas’ nas

diretorias de suas entidades; e fazem-no para não perder velhos títulos que lhe dão direitos a benefícios, como a Utilidade Pública Federal”.<sup>216</sup>

### 3.3.4 Organização Social

As Organizações Sociais foram introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro com a edição da Lei n.º 9.637, de 15 de maio de 1998, e trata-se de uma qualificação que poderá ser concedida pelo Poder Executivo, por ato discricionário, às pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, constituídas sob a forma de associação ou fundação, que atuem na área do ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde.

Diversamente do que ocorreu com a Lei das OSCIPs, a Lei das OSs ensejou a propositura de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. A primeira delas (ADIN nº 1923-6) foi ajuizada em 01.12.1998 pelo Partido dos Trabalhadores em litisconsórcio com o Partido Democrático Trabalhista, que se encontrava sob a relatoria inicial do Ministro Ilmar Galvão e atualmente sob a relatoria do Ministro Eros Grau, tendo sido indeferida a liminar em 01.08.2007 por maioria de votos, para suspender os efeitos dos artigos 1º, 5º, 11 a 15, 17 e 20 da Lei nº 9.637/98, bem como do inciso XXIV do artigo 24 da Lei nº 8.666/93, com a redação dada pelo artigo 1º da Lei nº 9.648/98 e pendente ainda de julgamento de mérito.

A segunda ADIN (nº 1943-1) questionando dispositivos da Lei 9.637/98 foi ajuizada em 13.01.1999 pelo Conselho Federal da OAB, inicialmente sob a relatoria do Ministro Ilmar Galvão, substituída pelo Ministro Carlos Aires Britto. Também não houve ainda julgamento de mérito desta ADIN.

Silvio Luis Ferreira da Rocha afirma que

A criação da organização social foi um dos frutos produzidos pela Reforma do Estado, iniciada pelo Governo Collor e levada adiante no Governo Fernando Henrique, marcada por fortes traços do neoliberalismo e que recorre à desestatização, à privatização e à

---

<sup>216</sup> VIOLIN, Tarso Cabral, *Terceiro Setor e as parcerias com a Administração Pública: Uma análise crítica*, p. 212.

desregulamentação para reduzir sensivelmente a participação do Estado na atividade econômica e, sobretudo, na prestação de serviços públicos.<sup>217</sup>

Conforme nos ensina Paulo Modesto, as Organizações Sociais têm como objetivo o “incentivo à gestão direta pela comunidade de serviços sociais e assistenciais, fora do aparato burocrático do Estado, porém com apoio direto dele e com sua assistência permanente (organizações não governamentais, associações de utilidade pública, escolas comunitárias)”.<sup>218</sup>

Os requisitos específicos para que as entidades privadas sem fins lucrativos, constituídas sob a forma de associação ou fundação, habilitem-se à qualificação como organização social, nos termos do art. 2º da Lei 9637/98, são:

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;

---

<sup>217</sup> ROCHA, Silvio Luis Ferreira da, *Terceiro Setor*, p. 81.

<sup>218</sup> MODESTO, Paulo, *Reforma do Marco Legal do Terceiro Setor no Brasil*, p. 17.

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.

Ressalte-se que os dirigentes estatutários de uma entidade qualificada como OS podem ser remunerados desde que não possuam outros títulos incompatíveis com tal remuneração como, por exemplo, o título de utilidade pública e o CEBAS.

As entidades qualificadas têm como vantagem a declaração de interesse social e de utilidade pública, possibilitando firmar contrato de gestão com o Poder Público a fim de obterem recursos orçamentários, bens públicos e servidores para a consecução de suas atividades de interesse coletivo.

O inciso XXIV, da Lei nº 8.666/93, dispensou a licitação para celebração de contrato de prestação de serviços com as Organizações Sociais para as atividades contempladas no contrato de gestão, acarretando grande celeuma doutrinária tendo em vista que os contratos administrativos celebrados pela Administração que prevejam vantagens devem preceder de processo licitatório.

Ademais, o contrato de gestão celebrado entre a Administração e a organização social submete-se ao regime de direito público, devendo ser observados os seguintes princípios conforme dicção do art. 7º da Lei nº 9.637/98, quais sejam, “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.”

Com a crítica da qual concordamos integralmente, Maria Sylvia Zanella Di Pietro constata que os instrumentos jurídicos de fomento denominados contrato de gestão e termos de parceria, passíveis de formalização entre entidades qualificadas, respectivamente, de organizações sociais e organizações da sociedade civil de interesse público, e o poder Público, têm a mesma natureza jurídica e por isso submetem-se ao mesmo regime jurídico<sup>219</sup>.

Assim são as lições da autora:

O objetivo em ambas as entidades é o mesmo: instituir parceria entre o poder público e uma organização não governamental qualificada pelo poder público, sob certas condições, para prestar atividade de interesse público mediante variadas formas de fomento pelo Estado. Os dois tipos de entidade atuam na área dos chamados serviços públicos não exclusivos do Estado ou, mais especificamente, na área dos serviços sociais, que a Constituição prevê como serviço público e como atividade aberta à iniciativa privada, como saúde, educação, cultura etc. Só que, em um caso, a entidade assim qualificada recebe o título de organização social e, no outro, o de organização da sociedade civil de interesse público; no primeiro caso, o instrumento jurídico pelo qual se concretiza a parceria é denominado de contrato de gestão; no outro, é denominado de termo de parceria. O instrumento é praticamente o mesmo, apenas recebendo denominações diversas pelo legislador. Trata-se de miscelânea terminológica para designar entidades que, em termos genéricos, apresentam características muito semelhantes e que, por isso mesmo, mereciam submeter-se ao mesmo regime jurídico.<sup>220</sup>

No estado de São Paulo, as OSs são regidas pela LC 846/98, e no âmbito municipal paulista pela Lei nº 14.132/06, regulamentada pelo Decreto nº 47.453/06, tendo sido mais utilizada na área da saúde.

Outros Estados têm também editado leis que disciplinam na sua esfera de governo as organizações sociais. No âmbito da saúde, podemos mencionar os estados da Bahia (Lei nº 7.027/97, revogada e substituída pela Lei nº 8.647/2003), Minas Gerais, Pará (Lei nº 5.980/96), Espírito Santo, Mato Grosso, Goiás (Lei nº 15.503/2005) e Santa Catarina (Lei nº 12.929/2004), cujas leis permitem parcerias

<sup>219</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di, *Parcerias na Administração Pública. Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras Formas*, p. 264.

<sup>220</sup> Ibidem, p. 264.

destas entidades assim qualificadas com o Estado por meio de contratos de gestão para a prestação de serviços de saúde.

As nossas críticas ao modelo das organizações sociais como mecanismo de fuga do Estado ao regime jurídico administrativo na prestação de serviços públicos mediante a celebração de contratos de gestão, serão oportunamente tratadas nos dois próximos capítulos, quando adentraremos especificamente no objeto de análise proposto neste trabalho, sem, contudo, pretender dizer que todo o esforço empreendido até este ponto represente assuntos alheios ao nosso objeto, tendo em vista a imprescindibilidade que se revestiram para conformar e sistematizar todo nosso pensamento sobre o tema e estabelecer os pressupostos necessários ao que adiante será tratado.

Porém, antes de passarmos à análise central do presente trabalho, faremos uma abordagem sintetizada de dois projetos de lei que estão em trâmite atualmente e que interferem diretamente no estudo aqui perfilhado, sendo eles o Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública Federal e entes de colaboração e a Proposta do Estatuto Jurídico do Terceiro Setor.

### 3.4 AS PERSPECTIVAS DO TERCEIRO SETOR NO ANTEPROJETO DE LEI ORGÂNICA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL E ENTES DE COLABORAÇÃO

A Portaria MP 426, de 06 de dezembro de 2007, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, instituiu uma Comissão de Juristas<sup>221</sup> para propor uma nova estrutura orgânica para o funcionamento da Administração Pública Federal e suas relações com os entes de colaboração, tendo em vista as constatações de autoridades do governo do esgotamento do atual modelo da Administração Pública, dificultando uma atuação ágil e de qualidade no atendimento das demandas sociais e de mercado.

---

<sup>221</sup> Fizeram parte da Comissão de Juristas os seguintes nomes: Almiro do Couto e Silva, Carlos Ari Sundfeld, Floriano de Azevedo Marques Neto, Paulo Eduardo Garrido Modesto, Maria Coeli Simões Pires, Sérgio de Andréa e Maria Sylvia Zanella Di Pietro.

O estudo da Comissão teve início em dezembro de 2007, sendo que os resultados dos trabalhos realizados foram oficialmente entregues ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão em 16 de julho de 2009, o qual se comprometeu em implementar a agenda de debates sobre o assunto nas mais diversas áreas e setores da sociedade e governo.

Foi elaborado pela Comissão um anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública Federal que estabelece normas gerais sobre Administração Pública direta e indireta, entidades paraestatais e entidades de colaboração.

O objetivo da Comissão foi o de propor alterações legislativas no sentido de melhorar e inovar as definições das figuras jurídicas estatais e as orientações jurídicas aplicáveis às relações de fomento e parceria do Poder Público com entidades da sociedade civil.

Vislumbrou-se no anteprojeto da lei a necessidade de uma redefinição das entidades que compõem a Administração indireta, sobretudo as que possuem regime jurídico de direito privado, propondo sua reconfiguração. Ademais, outra questão salutar abarcada no anteprojeto de que ora tratamos, foram as entidades não estatais que desenvolvem atividades de interesse público, muitas vezes por impulso estatal e que gerem verbas públicas, tornando-se parceiras do Estado, como ocorre com as entidades paraestatais e as entidades de colaboração (estas últimas pertencentes ao Terceiro Setor).

O anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública Federal, em que pese ser uma lei federal, apresenta normas de âmbito nacional, tendo em vista tratar de matérias de competência privativa da União, como a criação de novas pessoas jurídicas integrantes da Administração indireta (art. 22, I, CF); normas que dispõem sobre matéria de licitação e contratação (art. 22, XXVII, CF) que impõem novas regras de licitação para entidades estatais de direito privado, bem como o regime dos contratos de autonomia e de colaboração pública a serem firmados com os entes de colaboração; e ainda disposições atinentes às entidades paraestatais (compostas pelas corporações profissionais e pelos serviços sociais autônomos), art.s 8º, 22, I e XVI e 240, CF.

O anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública Federal compreende a abordagem de cinco temas que foram organizados em cinco títulos, a saber: I –

Trata das disposições preliminares definidoras do objeto da lei; II – Trata das entidades estatais (autarquias e entidades estatais de direito privado); do contrato de autonomia; do planejamento, articulação e controle das entidades estatais; III – Trata das entidades paraestatais (corporações profissionais e serviços sociais autônomos); IV – Trata das entidades de colaboração (denominado Terceiro Setor) e seu vínculo jurídico com os órgãos e entidades da administração direta e indireta; V – Trata das disposições finais e transitórias, indicando as normas do Decreto-lei 200/67 que continuarão em vigor.

O anteprojeto mantém a distinção entre administração direta e indireta, sendo a primeira composta por órgãos despersonalizados, pelo fenômeno da desconcentração e submetidos a controle hierárquico, enquanto que a segunda é organizada por meio da descentralização, ou seja, composta por entidades dotadas de personalidade jurídica, autonomia administrativa e funcional, vinculados aos fins definidos na sua lei de criação.

No que tange à administração direta, o anteprojeto definiu as competências que poderão ser exercidas pelo Chefe do Poder Executivo, nos termos do art. 84, VI, “a”, da CF, sem que, contudo, impliquem em aumento de despesa, nem criação ou extinção de órgãos públicos, tais como: competência para estabelecer por decreto a estrutura interna dos órgãos do Poder Executivo; desmembrar, concentrar, deslocar ou realocar atribuições de órgãos, entre outras.

Ainda quanto à administração direta, o anteprojeto tentou acabar com as discussões que envolvem a redação do art. 37, § 8º, da CF, introduzido pela EC nº 19/98, que trata da possibilidade de contrato de gestão firmado entre entes da Administração direta e indireta ou entre órgãos visando a ampliação de sua autonomia gerencial, orçamentária e financeira, pois afirma que embora os órgãos não possuam personalidade jurídica, ainda assim poderão dispor de autonomia, permitindo, assim, o aprofundamento das relações inter orgânicas

Com relação à Administração indireta, o anteprojeto apresenta algumas inovações. Assim, compreenderá: 1) as entidades estatais de direito público (autarquias); 2) as entidades estatais de direito privado (empresas públicas e sociedades de economia mista); 3) as fundações estatais; e 4) os consórcios públicos.

Quanto às autarquias, o anteprojeto lhes confere expressamente natureza de pessoa jurídica de direito público (cuja referência era omissa no Decreto-lei 200/67), submetendo-as ao mesmo regime jurídico da Administração direta. No que se refere ao objeto das autarquias, o anteprojeto de lei prevê a sua ampliação, para abranger além da prestação de serviços públicos, outras atividades administrativas que implicam em poderes próprios do Estado (e, portanto, só podem ser prestadas por pessoas jurídicas de direito público), como, por exemplo, as atividades de polícia, intervenção e regulação.

As autarquias especiais também foram objeto de disposição no anteprojeto, ressaltando-se o regime jurídico próprio definido nas suas leis específicas, que lhes conferem maior grau de autonomia, garantida por instrumentos como: mandato fixo e estabilidade dos seus dirigentes, impossibilidade de revisão de seus atos (salvo, por óbvio, a invalidação pelo Poder Judiciário).

Incluem-se também no conceito de autarquia os consórcios públicos constituídos sob a forma de associação pública, submetendo-se ao mesmo regime jurídico aplicável às autarquias, observadas as normas da legislação específica.

As empresas públicas e sociedades de economia mista, por sua vez, foram incluídas na categoria mais ampla de empresas estatais (já adotada na doutrina e jurisprudência), confirmando suas principais características, tais como: a) têm natureza de pessoa jurídica de direito privado; b) controle exercido direta ou indiretamente pelo Poder Público; c) se prestam a desenvolver um duplo objeto – prestação de serviço público ou exploração de atividade econômica; d) são criadas pelo Poder Executivo ou por ente da administração indireta de que a empresa deva ser subsidiária, dependendo em qualquer caso de autorização dada por lei específica; e) sua extinção ou privatização também dependem de lei específica.

Outrossim, permanecem no anteprojeto as mesmas notas distintivas entre empresa pública e sociedade de economia mista, apenas permitindo, com relação a esta última, que se admitam as sociedades de economia mista ditas minoritárias, em que o controle estatal é assegurado estatutariamente, independentemente da maioria das ações com direito a voto pertencerem ao Estado.

As conhecidas fundações públicas passaram a ser denominadas no anteprojeto de “fundações estatais” e sua personalidade jurídica foi designada expressamente

como de direito privado, sendo que qualquer fundação criada com personalidade jurídica de direito público será considerada como autarquia.

Assim, procurou o anteprojeto solucionar o equívoco comumente verificado de “autarquização” de quaisquer fundações públicas, independentemente do seu objeto, bem como recuperar a importância das fundações estatais de direito privado na atuação eficiente do Estado na área social, relegadas a segundo plano, tendo em vista a imersão de dúvidas jurídicas que o instituto suscitava.

Para cumprir tal mister, os idealizadores do anteprojeto lhe conferiram normas específicas, afastando as regras do Código Civil e de Processo Civil sobre as fundações civis, e assim são disciplinadas: a) a sua instituição será formalizado por decreto ou escritura pública, podendo ser feita pela entidade político-administrativo ou pela entidade da administração indireta da qual seja subsidiária e dependente sempre de prévia autorização legislativa; b) a aquisição da personalidade jurídica ocorre com a inscrição do ato constitutivo e do estatuto da entidade no Registro Civil das Pessoas Jurídicas; c) podem ser instituídas ou mantidas pelo Poder Público (recebem recursos financeiros para com prévia dotação orçamentária para pagamento de pessoal e custeio em geral, razão pela qual, nestes casos, poderão ser instituída sem dotação inicial de bens; d) possibilita que lei específica autorize que uma fundação estatal instituída pela administração indireta dela se desvincule, tornando-se fundação civil, desde que garantida a reversão do seu patrimônio à propriedade do Poder Público ou de outra entidade estatal; e) a fundação estatal pode ser instituída por mais de uma entidade estatal ou em conjunto com particulares.

O anteprojeto prevê ainda, a disciplina do regime jurídico das entidades estatais de direito privado, apartando-as das autarquias, pois não exercem o exercício do poder de autoridade próprio das entidades de natureza pública. Assim, a estas entidades estatais de direito privado se aplicam o regime próprio das pessoas jurídicas de direito privado quanto à remuneração do pessoal, à execução de seus créditos e quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários, com alguns balizamentos e notas características do regime publicístico por tratar-se de entidades estatais, ainda que de natureza privada.

Desse modo, para a contratação de pessoal, prevê a necessidade de concurso público na modalidade “processo de seleção”, que poderá ser simplificado

para as contratações temporárias previstas no art. 37, IX, da Constituição Federal. O regulamento desse processo de seleção será editado em cada unidade federativa, precedido de consulta pública, conferindo-lhe legitimidade.

Quanto à celebração dos seus contratos em geral, o anteprojeto prevê a possibilidade das entidades estatais de direito privado, inclusive as fundações estatais, com base no disposto no art. 37, XXVII e art. 173, § 1º, III, ambos da Constituição Federal, adotarem procedimento próprio, definido em regulamento editado e aprovado por decreto após consulta pública, observadas obrigatoriamente as diretrizes contidas no anteprojeto.

As entidades estatais de direito privado são classificadas no anteprojeto em *dependentes* e *não dependentes*, sendo as primeiras aquelas entidades estatais que poderão ampliar sua autonomia gerencial, orçamentária e financeira, mediante celebração de contrato de autonomia (como abordaremos em seguida). As *não dependentes*, por sua vez, já possuirão maior autonomia tendo em vista a possibilidade de elaborarem seu próprio orçamento, com base na lei orçamentária anual, dispondo inclusive de autonomia gerencial e financeira para execução de seu orçamento, sempre nos limites constitucionais e legais impostos.

O contrato de autonomia é a terminologia utilizada pelo anteprojeto para designar o denominado “contrato de gestão” previsto no art. 37, § 8º, da Constituição Federal, que por sua natureza dúbia (diante do contrato de gestão previsto na Lei nº 9.637/98) acometia os destinatários da norma de inúmeras incertezas.

O objetivo do contrato de autonomia é a vinculação entre o órgão ou entidade supervisora (contratante) e o órgão ou entidade contratada, que confere ao primeiro maior controle sobre o contratado (verificação do cumprimento das metas de desempenho assumidas – garantia de eficiência) e a este a fruição de flexibilidades e autônias especiais (gerencial, orçamentária e financeira).

O anteprojeto elenca três idéias fundamentais em que se baseia o contrato de autonomia: a) fixação de metas a serem atingidas pelo órgão ou entidade controlada; b) outorga de maior autonomia gerencial, orçamentária e financeira, para facilitar a consecução das metas e melhorar a eficiência; c) controle de resultados, que facilitará a verificação do controle dos resultados.

Prevê, ainda, o anteprojeto de Lei da Organização Administrativa Federal, inúmeros dispositivos que tratam especificamente sobre o planejamento, articulação (compreende coordenação e supervisão) e controle.

De forma bastante resumida, podemos mencionar as seguintes propostas trazidas no anteprojeto:

- a) Quanto ao planejamento: propõe inúmeros instrumentos de planejamento em rol não taxativo (plano geral de governo; programas gerais setoriais, e regionais de duração plurianual; diretrizes orçamentárias e metas fiscais; orçamento anual, entre outros); classifica o planejamento (determinante para o setor público e indicativo para o setor privado) em i) *planejamento orçamentário e financeiro* e ii) *planejamento finalístico global, intersetorial e setorial*;
- b) Quanto à articulação: estabelece a *articulação administrativa* (espécie de controle em sentido amplo) que se configura por meio dos mecanismos de coordenação (destinada a simplificar, integrar e unificar a ação administrativa) e supervisão, dividida em i) *supervisão hierárquica* (exercida pelo Chefe do Poder Executivo em relação aos órgãos que lhe são diretamente subordinados, pelos Ministros de Estado e pelos dirigentes das entidades da administração indireta) e ii) *supervisão por vinculação* (desempenhada sobre a entidade da administração indireta pelo órgão a que ela se vincula);
- c) Quanto ao controle: o anteprojeto prevê a edição de *diretrizes gerais* de controle aplicáveis à Administração como um todo, que, em linhas gerais, substitui o controle formal pelo controle a *posteriori* e de resultados, simplificação dos procedimentos, responsabilização do gestor, entre outras. Divide o controle em duas espécies: i) *controle público* (formado pelo autocontrole - subdividido em controle interno e correcional - e controle externo) e ii) *controle social* (efetivado por meio de instrumentos de participação, como a audiência pública, denúncia de irregularidades, participação em órgãos colegiados, entre outros).

Outro ponto importante tratado pelo anteprojeto é o das entidades paraestatais, cuja conceituação não possuía consenso doutrinário nem previsão legislativa. Destarte, referido anteprojeto de lei define as entidades paraestatais



como pessoas jurídicas que não integram a Administração direta ou indireta, mas que atuam paralelamente ao Estado sem integrá-lo. Compreendem: a) as corporações profissionais, como pessoas jurídicas de direito público e b) os serviços sociais autônomos, como pessoas jurídicas de direito privado.

Os serviços sociais autônomos já eram compreendidos como entidades paraestatais e trata-se de pessoas jurídicas de direito privado, criados com autorização legislativa, para prestação de serviço social e de formação profissional, vinculados ao sistema sindical e financiados pelas contribuições compulsórias dos empregadores, com fundamento no art. 240 da Constituição Federal.

Na tentativa de solucionar a questão da natureza jurídica das corporações profissionais representadas por entidades como o CREA, CREM, OAB, entre outras, o anteprojeto de lei (atendendo posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal) as inclui, ao lado do serviço social autônomo, nas entidades paraestatais. Porém, diferentemente destas, as corporações profissionais são pessoas jurídicas de direito público, pois exercem atividades-fins típicas do Estado, como fiscalização, regulação e repressão, incompatíveis com regime jurídico privado. As corporações profissionais também são criadas com autorização legislativa e não integram nem a Administração Pública direta nem indireta.

Ressalte-se, contudo, que no que tange aos aspectos estritamente de gestão destas entidades (pessoal e contratações, por exemplo) a aplicação do regime jurídico de direito público seria incompatível com a independência que tais entidades devem gozar frente ao Estado, e, portanto, o anteprojeto prevê a necessidade de adoção de procedimentos próprios de gestão financeira, contratação e seleção de pessoal que assegurem a eficiência e probidade na aplicação dos recursos, mediante publicação anual de suas demonstrações financeiras, bem como o dever de prestação de contas ao Tribunal de Contas da União, dentro dos limites impostos pela sua autonomia.

No mais, quanto às atividades de fiscalização, regulação e sancionadoras das corporações profissionais, deve ser observado o regime jurídico de direito público, sendo seus atos dotados dos atributos próprios dos atos administrativos praticados pelas entidades públicas e dispendo de prerrogativas próprias de autoridade.

Por fim, no que toca diretamente ao nosso objeto de estudo, o anteprojeto previu também as entidades de colaboração nos artigos 73 a 82, com o intuito de disciplinar, sobretudo, o vínculo jurídico que mantém com o Poder Público.

As entidades de colaboração compreendem, nos termos do caput do art. 73, do referido anteprojeto de lei, “as pessoas jurídicas de direito privado não estatais, sem fins lucrativos, constituídas voluntariamente por particulares, que desenvolvam atividades de relevância pública, essenciais à coletividade, objeto de incentivo e fiscalização regular do Poder Público.”

O art. 73, § 1º, considera como entidade sem fins lucrativos aquela que cumulativamente preenchem os seguintes requisitos:

- a) não distribua, entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados, doadores ou fundadores, eventuais excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos no exercício de suas atividades;
- b) aplique eventuais excedentes financeiros integralmente no desenvolvimento de seus objetivos sociais, de forma imediata ou mediata, neste último caso pela constituição de fundo de reserva;
- c) preveja em seu estatuto a destinação de seu patrimônio social a outra entidade da mesma natureza ou a entidade estatal, em caso de extinção.

O art. 74, III, do anteprojeto, define como de relevância pública, as seguintes atividades:

- a) assistência social;
- b) cultura, proteção e conservação do patrimônio histórico e artístico;
- c) prestação de serviços de saúde, de educação e de outros serviços sociais diretamente à população, em caráter complementar ou suplementar aos serviços estatais, de forma inteiramente gratuita ou predominantemente gratuita;
- d) incentivo ao voluntariado;
- e) segurança alimentar e nutricional;
- f) incentivo à prática de esportes;
- g) desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza;

- h) promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais;
- i) preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável;
- j) experimentação, não lucrativa, de novos modelos sócio-produtivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito;
- k) promoção de direitos e assessoria jurídica gratuita; ou
- l) estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos que digam respeito às atividades e finalidades mencionadas neste artigo.

Como podemos perceber, tentou-se abarcar no conceito de entidades de colaboração as diversas espécies de entidades não estatais que estabelecem vínculo jurídico com o Poder Público, tais como as organizações sociais, as organizações da sociedade civil de interesse público, as filantrópicas, as fundações de apoio, as de utilidade pública e outras congêneres que já existem ou que vierem a ser criadas após a edição desta lei, mantendo-se aplicável as legislações específicas no que não contrariar com as novas normas inseridas no anteprojeto.

No que tange ao vínculo estabelecido entre as entidades de colaboração e as entidades estatais, o anteprojeto prevê que será estabelecido exclusivamente por contrato público de colaboração, inclusive nas modalidades de contrato de gestão, termo de parceria, convênio ou outra prevista em lei específica, que terá aplicação subsidiária, não se aplicando a este contrato público de colaboração as normas da Lei nº 8.666/93, salvo no que se refere aos convênios, aos quais continuam a aplicar-se as disposições do art. 116 da referida lei.

Os vínculos de colaboração entre as entidades de colaboração e as entidades estatais poderão ter por objeto, conforme disposto no art. 74 do anteprojeto: a) o fomento, pela atividade estatal, de atividade de relevância pública de iniciativa da entidade não estatal; b) a atribuição, a entidade não estatal, da execução de ação ou programa de iniciativa estatal, de relevância pública, mediante contrapartidas da entidade estatal; c) a execução conjunta, por entidade estatal e entidade não estatal, de atividade de relevância pública.

Houve, ainda, a expressa vedação de contrato de colaboração que tenha por objeto a outorga a entidade na estatal de atividades que não sejam de relevância pública, bem como a delegação de atividades de regulação, polícia e outras exclusivas do Estado. Veda também o simples fornecimento de mão de obra, bens ou serviços da entidade não estatal para a entidade estatal na execução de atividade que lhe é própria, salvo na hipótese de a entidade privada fazê-lo sem qualquer benefício ou contrapartida daquela. Procurou-se com tal vedação, coibir que se cometam desvios no sentido de utilizar entidades ditas de apoio para gerir recursos públicos, apenas como manobra de retirar a entidade estatal do controle e regras típicas da sua natureza pública.

O contrato público de colaboração deve ser precedido de procedimento público, como exigência prévia à celebração do contrato, denominado chamamento público, nos termos do art. 77 do anteprojeto, apresentando-se como grande inovação da lei que põe fim às distorções das leis que tratam dos convênios, contrato de gestão e termo de parceria que facultam a utilização do procedimento licitatório para formalização do ajuste.

O processo de chamamento público deve obediência aos princípios legais e constitucionais da Administração Pública, destinando-se a oferecer igualdade de oportunidade para aqueles que tenham interesse em firmar contrato público de colaboração com entidades estatais para o desempenho de atividades consideradas de relevância pública.

O processo de escolha denominado chamamento público apenas será dispensado nas seguintes hipóteses: a) quando oriundo de credenciamento da entidade não estatal em programa permanente, para recebimento de benefícios padronizados, aplicáveis igualmente a todas as entidades aptas; b) importe a doação de bens ou a transferência de recursos, a entidade não estatal, de valor anual inferior a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais); c) atenda a necessidade urgente, devidamente motivada; d) seu objeto exclusivo for o fomento à entidade estatal, nos termos do art. 79, ou, ainda, quando houver inviabilidade que impossibilite a realização do processo.

Outra questão polêmica trazida na Lei nº 9.637/98 ao tratar do contrato de gestão e que mereceu atenção especial da Comissão que concebeu o anteprojeto da lei orgânica, foi a respeito da cessão de servidores públicos aos entes de

colaboração, a qual, embora continue sendo admitida, deve ser feita sem ônus para origem. Fica também facultada a possibilidade de cessão de bens públicos à entidade de colaboração no prazo da vigência do contrato.

Estes foram, em síntese, os assuntos abordados no anteprojeto da Lei Orgânica da Organização Administrativa Federal, que por veicular normas que influenciam diretamente as entidades do Terceiro Setor que se incumbem da prestação dos serviços de saúde, seja por meio da atividade fomentadora do Estado, e, portanto, complementarmente à atividades estatal ou ainda com base em subterfúgios jurídicos que colocam tais entidades em situações substitutas do Estado neste mister, principalmente como mecanismo de fuga do regime jurídico administrativo, não poderíamos deixar de abordá-la, sob pena de incorreremos numa omissão inconcebível.

### 3.5 A PROPOSTA DO ESTATUTO JURÍDICO DO TERCEIRO SETOR

A Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL-MJ), em parceria com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), realizou a Convocação n. 002/2008 – Seleção de Projetos, área temática *Estado Democrático de Direito e Terceiro Setor*, integrada ao *Projeto Pensando o Direito* (PROJETO BRA/07/004 – Democratização de Informações no Processo de Elaboração Normativa), para pesquisa voltada a estudar legislação e realidade brasileiras do Terceiro Setor, com propósito de aperfeiçoamento do marco legal nacional sobre o tema, o que culminou com a proposição de uma minuta de anteprojeto de lei, conhecido como Projeto “Estatuto Jurídico do Terceiro Setor: pertinência, conteúdo e possibilidade de configuração normativa”, esforço empreendido por um grupo de pesquisadores do Instituto Pro Bono, sob a coordenação do Professor Gustavo Justino de Oliveira, durante o período compreendido entre julho de 2008 e março de 2009.<sup>222</sup>

A proposta final do Estatuto Jurídico do Terceiro Setor possui duas dimensões normativas marcantes: a) uma dimensão de regras disciplinadoras dos direitos,

---

<sup>222</sup> *Série Pensando o Direito, n° 16/2009 – Estado Democrático de Direito e Terceiro Setor. Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça.*

deveres e obrigações das entidades do Terceiro Setor, frente ao Estado, à população e à sociedade civil; e b) uma dimensão de necessária promoção de políticas públicas para o desenvolvimento do Terceiro Setor.<sup>223</sup>

Gustavo Justino de Oliveira ressalta, na exposição de motivos da proposta do Estatuto Jurídico que este

Não deve ser assimilado como o único diploma legislativo a disciplinar o Terceiro Setor, mas como o principal diploma legislativo, o qual, por suas características aglutinadoras e principiológicas, passa a representar o núcleo central do marco regulatório do Terceiro Setor no país.<sup>224</sup>

O texto da minuta de lei que institui o Estatuto que ora tratamos, foi elaborado contendo os seguintes títulos: I – contém disposições preliminares, em que são abordados o conceito de Terceiro Setor, as características das entidades que o compõem e regras dispendo sobre os movimentos sociais, populares e outros grupos de pessoas destituídos de personalidade jurídica; II – contém as diretrizes, os princípios e os fins do Terceiro Setor; III – dispõe sobre a estrutura, organização e funcionamento das entidades do Terceiro Setor; IV – trata das relações trabalhistas, do voluntariado e da prestação de serviços no Terceiro Setor; V – trata da tributação no Terceiro Setor; VI – dispõe sobre parcerias do Terceiro Setor com o Estado, as empresas e a sociedade civil; VII – dispõe sobre o controle e a fiscalização no Terceiro Setor; VIII – cria a Política Nacional para o Desenvolvimento do Terceiro Setor e o Conselho Nacional do Terceiro Setor; IX – institui o Cadastro Nacional das Entidades do Terceiro Setor e o Fundo Nacional para o Desenvolvimento do Terceiro Setor; X – trata as disposições comuns aos Estados, Distrito Federal e Municípios; XI – contém as disposições finais e transitórias.

O art. 2º da proposta do Estatuto prevê o conjunto de pessoas jurídicas de direito privado, de caráter voluntário e sem fins lucrativos, que compõem o Terceiro Setor. São elas as pessoas que: I – desenvolvam atividades de promoção e defesa de direitos, principalmente os coletivos e difusos; II – realizem atividades de interesse público, assistência social ou utilidade pública, nos termos definidos em lei e III – prestem serviços sociais diretamente à população, em caráter complementar ou suplementar aos serviços prestados pelo Estado;

---

<sup>223</sup> *Série Pensando o Direito*, p. 2.

<sup>224</sup> *Ibidem*, p. 74.

Para efeitos desta lei, o art. 10 da minuta do Estatuto adota como entidades sem fins lucrativos a mesma disposição do art. 1º, § 1º, da Lei nº 9.790/99, ou seja, “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.”

A minuta da lei, no § 1º do referido artigo, facultou à entidade sem fins lucrativos desenvolver atividades econômicas, desde que satisfeitas cumulativamente as seguintes condições: que as atividades econômicas desenvolvidas não constituam objeto ou finalidade principal da entidade; que as atividades econômicas desenvolvidas guardem correlação com o objeto ou finalidade principal da entidade; que as atividades econômicas desenvolvidas constituam forma de apoiar ou subsidiar o objeto ou finalidade principal da entidade; que ao menos 80% dos resultados econômicos auferidos pelo desenvolvimento das atividades econômicas revertam para o objeto ou finalidade principal da entidade, facultando-se a aplicação de parcela das receitas auferidas em um fundo financeiro especial, exclusivamente destinado a garantir a sua sustentabilidade.

Por sua vez, no art. 3º apresenta extenso rol exemplificativo das entidades que se enquadram no conceito mencionado no art. 2º, como, por exemplo, as associações de moradores; os centros e associações comunitárias; as Santas Casas de Misericórdia e os hospitais; as associações e fundações filantrópicas e de caridade; as instituições de ensino e de educação profissional; as associações e fundações que atuem nas áreas elencadas no art. 203 da Constituição Federal, qualificadas ou não como entidade beneficente de assistência social; as associações e fundações qualificadas como de utilidade pública; as associações e fundações que atuem nas áreas definidas no art. 3º da Lei nº 9.790/90, qualificadas ou não como OSCIP; as organizações religiosas; as organizações de economia social e solidária; as associações, institutos e fundações de origem empresarial; as cooperativas sociais, de que tratam a Lei nº 9.867/99; os institutos e fundações de pesquisa; as associações e fundações de fins culturais, artísticos, esportivos, recreativos e de lazer; as organizações estrangeiras destinadas a fins de interesse coletivo, cujo funcionamento no Brasil tenha sido autorizado pelo Ministério da Justiça; e outras

peças jurídicas de direito privado sem fins lucrativos, cuja atuação encaixe-se em ao menos um dos incisos do art. 2º da minuta deste anteprojeto de lei.

Como podemos notar neste ponto específico, a proposta do Estatuto Jurídico do Terceiro Setor apresenta rol demasiado extenso de entidades que compõem o Terceiro Setor, a nosso ver, equivocadamente e contrário ao conceito restrito que adotamos logo no capítulo 1 deste trabalho. Isto porque, principalmente, possibilita a inclusão de entidades cujas atividades não apresentam relevância pública para toda a coletividade, mas para um número restrito de associados, como é o caso, por exemplo, das associações de moradores.

Em que pese o disposto no artigo mencionado, os arts. 4º e 5º prevêm (em algumas hipóteses em aparente antinomia) as entidades que não podem ser enquadradas no conceito de Terceiro Setor, senão vejamos: I – as autorizadas ou criadas por lei pelo Poder Público; II – das quais representantes do Poder Público tenham participação compulsória em seus órgãos de direção, deliberação e administração; III – as mantidas por contribuições fiscais e parafiscais do Poder Público, como as entidades do sistema “S”; IV – as destinadas a proporcionar bens ou serviços a um segmento restrito de associados ou sócios, em regime de mutualidade; V – que tenham natureza de sindicatos, associações de classe ou de representação de categoria profissional; VI – os movimentos sociais e populares, bem como outros grupos de pessoas destituídos de personalidade jurídica.

Assim, não vislumbramos pertinência lógica em serem afastadas do conceito de Terceiro Setor as entidades das quais representantes do Poder Público tenham participação compulsória em seus órgãos de direção, deliberação e administração, pois, desta forma, estariam excluídas do conceito de Terceiro Setor as organizações sociais de que trata a Lei nº 9.637/98, pois, embora integrem o conceito veiculado no art. 2º, ou seja, constituem-se de pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos e de caráter voluntário, bem como desenvolvam atividades de promoção e defesa de direitos, principalmente os coletivos e difusos, realizam atividades de interesse público, assistência social ou utilidade pública, nos termos definidos em lei, e prestam serviços sociais diretamente à população, em caráter complementar ou suplementar aos serviços prestados pelo Estado, possuem representantes do Poder Público em seu Conselho de Administração, conforme dispõe o art. 3º, “a”, da Lei nº 9.637/98.



No mais, embora haja vedação expressa de participação do Terceiro Setor das entidades que atuem em regime de mutualidade, ou seja, que beneficiem um círculo limitado de pessoas, não foi isso o que demonstrou o rol do art. 3º, da proposta do Estatuto ao prever como entidade integrante do conceito as associações de moradores.

O art. 7º prevê como diretrizes que devem pautar a atuação das entidades do Terceiro Setor, a promoção do bem estar e do desenvolvimento integrado dos indivíduos e da sociedade, apresentando os objetivos que devem ser perseguidos pelo setor.

Os princípios vetores que devem nortear as atividades desempenhadas pelo Terceiro Setor foram tratados no art. 8º: princípio da solidariedade; princípio da declaração; princípio da liberdade associativa responsável; princípio da auto-organização; princípio da formalização; princípio da participação pública; princípio da atuação especializada; princípio da inclusão social; princípio da ampliação das redes de proteção de direitos e de prestação de serviços sociais; princípio da boa governança; princípio da transparência e prestação de contas; princípio da eficácia; princípio da eficiência; princípio da cooperação e da colaboração; princípio do controle social e combate à corrupção.

A criação, estrutura, organização e funcionamento das entidades do Terceiro Setor devem obedecer ao disposto no Código Civil e nas leis específicas que contenham disposições neste sentido, devendo, ainda, observar parâmetros, instrumentos e práticas de boa governança, especificados nos incisos do art. 14 da minuta.

No que tange às relações de trabalho nas entidades do Terceiro Setor, o art. 15 e seguintes prevêem a aplicação do regime da Consolidação das Leis Trabalhistas e especifica as espécies de contrato individual admitidas, bem como admite a adoção de termo de compromisso de estágio com estudantes e celebração de termo de adesão ao voluntariado com pessoas físicas, sugerindo ao Congresso Nacional que edite, mediante estudos técnicos realizados pelo Poder Executivo, projeto de lei específica que institua contrato especial de trabalho para o setor, tendo em vista as características das entidades que o compõem e suas peculiaridades.

Quanto à prestação de serviços de entidades do Terceiro Setor para o Poder Público, a minuta do Estatuto prevê no art. 28, que “salvo exceções previstas em lei, para contratar entidades do Terceiro Setor para prestar serviços ou fornecer bens, o Poder Público deverá instaurar prévio processo de licitação, nos termos da Lei nº 9.666/93.”

Em que pese os merecidos elogios aos idealizadores do Estatuto Jurídico do Terceiro Setor ao preocuparem-se com a importante questão da necessidade de prévia licitação para que o Poder Público contrate com entidades do Terceiro Setor, o dispositivo não resolve todos os problemas que afligem o tema, sobretudo o que envolve a prestação de serviços sociais, como saúde, pelas entidades do terceiro setor. Vejamos.

O mencionado dispositivo ao exigir a aplicação da Lei nº 8.666/93 para que ocorra prévio procedimento licitatório para que o Poder Público contrate com entidades do Terceiro Setor a prestação de serviços ou fornecimento de bens, entendeu que tais contratações decorrem de contratos administrativos firmados entre as partes.

Ocorre, porém, que os contratos administrativos que se submetem ao regime licitatório disciplinado na referida lei podem ser os seguintes: concessão de serviço público e obra pública ou concessão de uso do domínio público, contratos de fornecimento e de prestação de serviços.<sup>225</sup>

Em primeiro lugar, devem ser afastados à espécie os contratos administrativos na modalidade concessão de serviço público ou obra pública, por serem inadequados à prestação de serviços sociais por entidades do Terceiro Setor, já que o Estado não detém a titularidade exclusiva para a prestação de tais serviços, sendo impossibilitado, portanto, de dar em concessão serviço cuja titularidade exclusiva não tem.

Desse modo, deve-se concluir que a prestação de serviços de que tratou o dispositivo em comento, só pode se referir aos serviços que podem ser terceirizados pela Administração e que configuram-se como atividade-meio desta, conforme dispõe o art. 10 da Lei nº 8.666/93, que permite que as obras e serviços sejam prestados por execução direta ou indireta, esta última sob os regimes de empreitada

---

<sup>225</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, p. 611.

ou tarefa. Nesse mesmo sentido, o art. 6º, inciso II, define o serviço como "toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais". Há, ainda, o art. 13 que indica os serviços técnicos profissionais especializados alcançados pela lei.

Nesse sentido, a proposta de Estatuto Jurídico do Terceiro Setor tratou separadamente, no Título VI da lei, as "Parcerias do Terceiro Setor com o Estado", além de incluir no mesmo título as parcerias do Terceiro Setor com as empresas e a sociedade civil.

A referida proposta define como parcerias do Terceiro Setor "o conjunto de acordos, alianças e convenções múltiplas, firmado entre dois ou mais entes, visando a realização e objetivos de interesse comum, em regime de confiança recíproca e colaboração mútua" (art. 31). Menciona ainda que tais parcerias podem ser bilaterais ou multilaterais e que permitem envolver a transferência de recursos e bens públicos ou privados às entidades do Terceiro Setor.

Especificamente ao que se refere às parcerias do Terceiro Setor com o Estado, a proposta se limita a afirmar que "apenas poderão ser beneficiárias de recursos financeiros públicos, a título de fomento, convênios, incentivos sob a forma de auxílios, contribuições ou subvenções, financiamentos, favores fiscais ou outras transferências orçamentárias, as entidades do Terceiro Setor regularmente inscritas no Cadastro Nacional das Entidades do Terceiro Setor, do Ministério da Justiça" (art. 34), bem como a submissão das entidades do Terceiro Setor parceiras do Estado às disposições da Lei de Improbidade Administrativa (art. 35).

Ademais, ainda quanto às parcerias com o Estado, dispõe no art.36, que "o Poder Executivo encaminhará projeto de lei ao Congresso Nacional disciplinando normas relativas às parcerias do Estado com o Terceiro Setor e ao processo de seleção pública das entidades do Terceiro Setor parceiras do Estado."

Uma vez mais, o que podemos perceber é que questões importantes e imprescindíveis que envolvem o regime jurídico aplicável às parcerias do Estado com o Terceiro Setor foram apenas tangenciadas superficialmente pelos elaboradores da proposta de Estatuto Jurídico do Terceiro Setor, permanecendo as

dúvidas e incertezas jurídicas que justamente justificaram os esforços realizados (que aqui jamais desprezamos), mas que continuam efervescentes no cenário daqueles que atuam com o tema nas mais diversas áreas.

Tentaremos nos dois últimos capítulos deste trabalho adentrar com profundidade no tormentoso tema que envolve as parcerias do Estado com as entidades do Terceiro Setor, sobretudo na prestação dos chamados serviços sociais, com ênfase na saúde, diante da necessidade sentida de estabelecermos um corte metodológico de estudo, tendo em vista os diferentes serviços sociais que podem ser prestados neste modelo de parceria, como veremos.

## CAPÍTULO IV – O SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE

### 4.1 NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

A primeira noção jurídica de serviço público surgiu na França, após o advento da Revolução Francesa, por obra da jurisprudência do Conselho de Estado, tendo sido posteriormente sistematizada pelos doutrinadores da chamada “Escola do Serviço Público”, também conhecida como Escola de Bordeaux ou Realista, possuindo como expoentes Duguit, Jèze e Bonnard, cada um com uma concepção peculiar acerca da noção de serviço público, mas apresentando-se sempre sobre uma dupla perspectiva: compõe-se de uma atividade estatal e a serviço do público para satisfazer uma necessidade sentida coletivamente pela sociedade.

Na França, a noção de serviço público possuiu dois préstimos jurídicos: serviu de fundamentação ao Direito Administrativo francês e também foi utilizada como critério de repartição de competências entre a jurisdição administrativa e a jurisdição comum. No Brasil, porém, a noção nunca apresentou o mesmo préstimo, tendo em vista a unicidade da jurisdição, que prescinde de um critério de repartição de competências.

As divergências doutrinárias acerca de uma uniformidade sobre a noção de serviço público presente nos autores da Escola de Bordeaux demonstram a dificuldade, até hoje sentida, em se apresentar um conceito uniforme de serviço público. Desse modo, surgem três correntes distintas que tentam apresentar um conceito específico de serviço público: 1) subjetivista – é a corrente adotada no apogeu da noção de serviço público e abrange toda atividade desempenhada pelo Poder Público; 2) objetivista – presente em Duguit, esta corrente leva em consideração a própria atividade desempenhada, ou seja, aquela atividade que tem por objeto a satisfação de necessidades sentidas coletivamente; 3) formalista – corrente adotada por Jèze, para quem serviço público é aquele prestado sob o regime de direito público derogatório e exorbitante do direito comum.

Dinorá Grotti bem adverte que “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”<sup>226</sup>. Fazendo-se necessário, portanto, para a conceituação de serviço público a reunião de dois ou três dos elementos mencionados.

Desse modo, portanto, entendemos que a noção de serviço público deve levar em conta os três elementos: subjetivo, objetivo material e objetivo formal.

No tocante ao elemento subjetivo, a Constituição Federal no art. 175, caput, atribuiu ao Estado o dever de prestar os serviços públicos nos seguintes termos: *“Art. 175. 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.”*

Portanto, a Constituição Federal qualificou o Poder Público como titular do serviço público, que poderá ser prestado por particulares por meio de delegação, ou seja, através do instituto da concessão ou da permissão, em que apenas o exercício da atividade é desenvolvido pelo particular, mantendo-se a sua titularidade ao Estado que pode retomar a atividade a qualquer tempo.

Nessa perspectiva, a doutrina divide os serviços públicos em: i) serviços públicos exclusivos do Estado; e ii) serviços públicos não exclusivos do Estado.

Os serviços exclusivos correspondem àquela parcela de atividades cuja titularidade pertence exclusivamente ao Poder Público e somente podem ser prestados pelos particulares por meio de concessão ou permissão. Os serviços públicos não-exclusivos, por sua vez, têm como titular tanto o Poder Público como os particulares, que independem de delegação estatal para a prestação do serviço, mas estão sujeitos pela natureza desses serviços ao poder de polícia do Estado e são desenvolvidos muitas vezes sob o regime de fomento administrativo, como adiante veremos.

Os serviços sociais correspondem àquela parcela de serviços denominados “não exclusivos” ou “não privativos” do Estado, em que tanto o Poder Público como a iniciativa privada pode prestar independentemente de concessão ou permissão, diferenciando-se dos serviços públicos privativos do Estado, tais como os referidos no art. 21, XI e XII, da Constituição Federal, e todos aqueles que devem ser prestados diretamente pelo Estado ou mediante concessão ou permissão.

---

<sup>226</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti, *O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*, p. 48.

A Constituição Federal dispõe quatro espécies de serviços sob os quais o Poder Público não possui a titularidade exclusiva, autorizando a prestação concomitante pela iniciativa privada. São eles: serviços de saúde (arts. 196, 197 e 199); de educação (arts. 205, 208, 209, 211 e 213); de previdência social (arts. 201 e 202) e de assistência social (arts. 203 e 204).

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>227</sup>, os serviços não privativos do Estado “(...) ficam todos eles submetidos a um tratamento normativo mais estrito do que o aplicável ao conjunto das atividades privadas. Assim, o Poder Público, dada a grande relevância social que possuem, os disciplina com um rigor especial.”

Grande celeuma se coloca na doutrina quanto à natureza jurídica dos serviços não exclusivos quando prestados por particulares. Isto porque, para grande parte dos doutrinadores, tais serviços são públicos quando prestados diretamente pelo Estado e privados quando desempenhados por particulares, configurando-se exploração de atividade econômica.

Seguindo esse entendimento, Carlos Ari Sundfeld<sup>228</sup> distingue os serviços públicos dos serviços sociais, sendo estes últimos aqueles sob os quais o Estado não detém a titularidade, cujo desenvolvimento pelos particulares independe de delegação estatal e, portanto, prestados sob o regime de direito privado.

Para este autor, os serviços sociais “são, à semelhança dos serviços públicos, atividades cuja realização gera utilidades ou comodidades que os particulares fruem direta e individualmente”. E continua:

Os particulares exploram os serviços sociais independentemente de qualquer delegação estatal. Tais serviços se desenvolvem, portanto, em setores não reservados ao Estado, mas livres aos particulares. Daí uma importante consequência: quando prestados pelo Poder Público, submetem-se ao regime de direito público; quando prestados pelos particulares, sujeitam-se ao regime de direito privado. Tal dualidade se justifica, porquanto os serviços sociais são, ao mesmo tempo, atividade estatal e atividade dos particulares.<sup>229</sup>

Na mesma linha Dinorá Grotti, para quem os serviços públicos não privativos do Estado “não serão serviços públicos quando desempenhados pelos particulares

---

<sup>227</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Curso de Direito Administrativo*, p. 676.

<sup>228</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 83-84.

<sup>229</sup> *Ibidem*, p. 83-84.

em contexto de exploração de atividade econômica, tendo em conta que a Lei Maior não limitou a prestação deles ao Estado ou a quem lhe faça as vezes.”<sup>230</sup>

A referida autora afirma, porém, que tais atividades desenvolvidas pelos particulares “podem submeter-se apenas aos condicionantes e fiscalizações inerentes às normas públicas expressivas do chamado ‘poder de polícia’ do Estado”<sup>231</sup>.

Tarso Cabral Violin destaca que apenas os serviços sociais exercidos pelo Estado podem receber a denominação de “serviços públicos sociais”, pois são prestados sob o regime de direito público, ainda que não possam ser caracterizados como privativos do Estado, já que “tanto o mercado quanto o ‘terceiro setor’ poderão prestá-los, independentemente de concessão ou permissão, bastando em alguns casos uma autorização do Poder Público, que exercerá controle via poder de polícia.”<sup>232</sup>

Quando prestados pela iniciativa privada serão denominados apenas de “serviços sociais” e prestados sob o regime de direito privado, ressaltando o autor que “pela grande relevância social estes serviços terão um tratamento normativo mais restrito do que as demais atividades econômicas, por mais que sejam exercidos sob regime de Direito privado.”<sup>233</sup>

Em sentido contrário e revendo posicionamento anterior, Eros Roberto Grau considera que educação e saúde, ainda que prestados pela iniciativa privada, são serviços públicos. Afirma que

O que torna os serviços públicos não privativos distintos dos privativos é a circunstância de os primeiros poderem ser prestados pelo setor privado independentemente de concessão, permissão ou autorização, ao passo que os últimos apenas poderão ser prestados pelo setor privado sob um desses regimes.<sup>234</sup>

Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>235</sup> divide em três os serviços públicos: administrativos, comerciais ou industriais e sociais. Os serviços públicos sociais, por sua vez, correspondem aos serviços que objetivam o atendimento de necessidades

<sup>230</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti, *O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*, p. 96-97.

<sup>231</sup> Ibidem, p. 96-97.

<sup>232</sup> VIOLIN, Tarso Cabral, *Terceiro Setor e as parcerias com a Administração Pública: Uma análise crítica*, p. 39.

<sup>233</sup> Ibidem, p. 39.

<sup>234</sup> Ibidem, p. 97.

<sup>235</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*, p. 105-107.



coletivas em que a atuação do Estado é essencial, sendo possível a convivência com a iniciativa privada, na consecução do atendimento aos direitos sociais, encartados no art. 6º, da Constituição Federal.

Esta autora subdivide ainda os serviços em exclusivos e não-exclusivos, este último como aqueles concernentes à ordem social, em que se admite sejam prestados tanto pelo Estado ou pelos particulares, mediante autorização, no exercício do poder de polícia do Estado, denominados serviços públicos impróprios:

Com relação a esses serviços não-exclusivos do Estado, pode-se dizer que são considerados serviços públicos próprios, quando prestados pelo Estado; e podem ser considerados serviços públicos impróprios, quando prestados por particulares, porque, neste caso, ficam sujeitos a autorização e controle do Estado, com base em seu poder de polícia. São considerados serviços públicos, porque atendem a necessidades coletivas; mas impropriamente públicos, porque falta um dos elementos do conceito de serviços público, que é a gestão, direta ou indireta, pelo Estado.<sup>236</sup>

Sob a óptica do elemento subjetivo e com base no dispositivo constitucional referido, apenas os serviços titularizados pelo Estado e passíveis de prestação por particulares por meio de concessão ou permissão podem ser denominados “serviços públicos”, o que excluiria os serviços sociais prestados por particulares da denominação “público”, já que são exercidos pelos particulares não por delegação do Poder Público, mas por injunção constitucional que lhes confere a titularidade concomitantemente com o Estado, daí porque serem chamados de serviços públicos não-exclusivos do Estado.

Faz-se imperioso, portanto, estabelecer neste ponto uma diferenciação entre a prestação de serviços sociais por particulares no desempenho de uma atividade econômica, em que se objetiva perseguir o lucro como finalidade propulsora da sua atividade e, portanto, será regida pelos princípios do direito privado e, por outro lado, as pessoas jurídicas de direito privado que compõem o chamado Terceiro Setor, mais especificamente aquelas qualificadas com títulos públicos e que mantêm vínculo jurídico de parceria com o Estado por meio da atividade de fomento (convênio, termo de parceria e contrato de gestão) em que a prestação dos serviços sociais por tais entidades objetiva o benefício da coletividade sem qualquer intuito lucrativo.

---

<sup>236</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*, p. 105-107.

Tais entidades do Terceiro Setor não podem ser alocadas no mesmo conjunto de pessoas jurídicas de direito privado que buscam o lucro no desempenho de suas atividades, notadamente na prestação dos serviços sociais, não sendo conveniente a simples conclusão de que aplica-se o mesmo regime jurídico de direito privado na prestação de serviços sociais tanto nas pessoas jurídicas que visam lucro e as entidades sem fins lucrativos que compõem o Terceiro Setor acima mencionadas, sob pena de verificar-se uma burla ao regime jurídico administrativo ao se entregar a gestão de serviços públicos sociais às entidades do Terceiro Setor aplicando-se as regras de direito privado.

Isto porque a prestação de serviços sociais pelas entidades do Terceiro Setor parceiras do Estado, embora não se configure como delegação estatal - por tratar-se de serviços não-exclusivos -, está condicionada pelos princípios constitucionais específicos da ordem social e pelas limitações administrativas impostas à gestão e à prestação desses serviços sociais, dada a relevância coletiva dos serviços prestados.

Acerca do regime jurídico afeto aos serviços sociais prestados por pessoas jurídicas de direito privado, sem finalidade lucrativa, qualificadas pelo Poder Público e destinatárias da atividade administrativa de fomento, teceremos considerações mais aprofundadas ao longo do último capítulo, adiantamo-nos, portanto, a afirmar que embora seja predominantemente de direito privado, o regime jurídico neste caso, sofre o influxo de regras especiais de natureza pública, dada a relação que tais entidades estabelecem com o Poder Público, na prestação de serviços sociais, como a saúde.

## 4.2 SERVIÇOS PÚBLICOS SOCIAIS E A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

A Constituição Federal disciplina os direitos sociais em seu art. 6º, no Capítulo II do Título II, que trata dos direitos e garantias fundamentais, que aduz: “São direitos sociais a educação, **a saúde**, o trabalho, a moradia<sup>237</sup>, o lazer, a

---

<sup>237</sup> Vale ressaltar neste ponto que o art. 6º, da Constituição Federal, foi alterado pela Emenda Constitucional n. 26, de 14 de fevereiro de 2000, incluindo a “moradia” no rol dos direitos sociais.

segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

A ordem social, por sua vez, está disciplinada no Título VIII, da Constituição da República, logo após a ordem econômica, estando os direitos sociais inseridos e minuciosamente tratados na ordem social.

Conforme acentua Carolina Zancaner Zockun<sup>238</sup>: “Apesar de os direitos sociais estarem afastados geograficamente da ordem social, não ocorre uma ruptura radical, como se os direitos sociais não estivessem inseridos na ordem social.”

Referida autora traz ainda, com supedâneo na doutrina de José Afonso da Silva, a seguinte crítica quanto à topologia apresentada na Constituição Federal referente ao tema da ordem social:

Muitos dos direitos sociais previstos no art. 6º estão especificados no título da ordem social. Esta cisão da matéria, realizada pelo constituinte, não atendeu aos melhores critérios metodológicos, mas permite ao jurista extrair, de um lado e de outro, aquilo que compõe a substância dos direitos relativos a cada um daqueles objetos sociais, deles tratando no art. 6º, deixando para abordar na ordem social, segundo José Afonso da Silva, seus mecanismos e aspectos organizacionais.<sup>239</sup>

Ocorre, porém, que sob o título de “ordem social” o constituinte transbordou a temática que envolve os “direitos sociais” e incluiu, além de instrumentos de implementação e aspectos organizacionais destes, um amplo rol de disposições que tratam precipuamente da sociedade brasileira como um todo.<sup>240</sup>

Para comprovar a assertiva acima, segue os assuntos tratados na Constituição da República sob o título “ordem social”: seguridade social (arts. 194 e 195), saúde (arts. 196 a 200), previdência social (arts. 201 e 202), assistência social (art. 203), educação (arts. 205 a 214), cultura (arts. 215 e 216), desporto (art. 217), ciência e tecnologia (arts. 218 e 219), comunicação social (arts. 220 a 223), meio ambiente (art. 225), família, criança, adolescente e idoso (arts. 226 a 230) e índios (arts. 231 e 232).

Nesse sentido, portanto, as lições de José Afonso da Silva:

É preciso convir que o título da ordem social misturou assuntos que não se afinam com essa natureza. Jogaram-se aqui algumas

<sup>238</sup> ZOCKUN, Carolina Zancaner, *Da intervenção do Estado no domínio social*, p. 33.

<sup>239</sup> *Ibidem*, p. 33.

<sup>240</sup> *Ibidem*, p. 34.

matérias que não têm um conteúdo típico de ordem social. *Ciência e tecnologia e meio ambiente* só entram no conceito de ordem social, tomada essa expressão em sentido bastante alargado. Mesmo no sentido muito amplo, é difícil encaixar a matéria relativa aos *índios* no seu conceito.<sup>241</sup>

Ultrapassada estas considerações preliminares acerca da topografia constitucional acerca das disposições que tratam dos direitos sociais, passamos a verificar o conteúdo destes direitos, bem como sua concretização por meio da prestação de serviços públicos.

Seguindo a doutrina do constitucionalista José Afonso da Silva,

Podemos dizer que os *direitos sociais*, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade.<sup>242</sup>

Assim no que toca às prestações positivas do estado na realização dos direitos sociais, Carolina Zancaner Zockun<sup>243</sup> bem enuncia que “com efeito, a estática dos direitos sociais é posta em movimento pela dinâmica dos serviços públicos, que realizam os preceitos da Constituição.”

Questão tormentosa e de difícil convergência entre os intérpretes da norma constitucional, refere-se aos direitos sociais e sua concretização por meio das prestações positivas do Estado, consubstanciadas por meio dos serviços públicos sociais, e a escassez dos recursos públicos frente às crescentes demandas apresentadas pela sociedade.

A grande celeuma acerca do tema envolve por um lado o reconhecimento de que tais direitos se constituem em direitos públicos subjetivos dos cidadãos e reconhecidamente encampam as chamadas normas de eficácia plena, cuja concretização independe de regulamentação posterior, conforme se extrai do conteúdo do disposto no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, que confere aplicação imediata às normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, dos quais os direitos sociais, indubitavelmente, pertencem e, por outro lado, a constatação da

---

<sup>241</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 808-809.

<sup>242</sup> *Ibidem*, p. 286.

<sup>243</sup> ZOCKUN, Carolina Zancaner, *Da intervenção do Estado no domínio social*, p. 184.

escassez dos recursos públicos para dar conformidade a estes direitos constitucionalmente consagrados.

Com intuito de resolver a questão suscitada, a jurisprudência e doutrina começaram a desenvolver a teoria da “reserva do possível”, como limite à efetivação e concretude dos direitos sociais.

No nosso entender, porém, não se pode negar efetividade aos direitos sociais consagrados com base em justificativas que extrapolam ao plano do “dever-ser” (plano normativo), ou seja, baseadas nas insuficiências materiais à sua realização, posto que prescindem desta exigência no Texto Constitucional para que tenham eficácia plena e aplicação imediata.

Nestes termos, os ensinamentos de J.J. Gomes Canotilho:

Ainda aqui a caracterização material de um direito fundamental não tolera esta inversão de planos: os direitos à educação, saúde e assistência não deixam de ser subjetivos pelo facto de não serem criadas as condições materiais e institucionais necessárias à fruição desses direitos.<sup>244</sup>

Bem sintetizou Mônica de Almeida Magalhães Serrano, ao advertir que

Não basta a simples alegação de falta de recursos públicos para justificar o não atendimento de determinados direitos sociais”, pois “o problema da escassez dos recursos públicos está ligado a vários outros fatores sociais e políticos e não especificamente a ilimitabilidade das necessidades sociais”. Para a autora, podemos mencionar “fenômenos como a corrupção, execução orçamentária desconectada com o planejamento, má uso das receitas públicas, bem como a falta de controle efetivo e fiscalização da gestão pública possam estar solapando as receitas públicas.<sup>245</sup>

Com base nas lições de Celso Antônio Bandeira de Mello em sua obra intitulada *Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais*,

Todas as normas constitucionais concernentes à Justiça Social – inclusive as programáticas – geram imediatamente direitos para os cidadãos, inobstante tenham teores eficaciais distintos. Tais direitos são verdadeiros “direitos subjetivos”, na acepção mais comum da expressão.<sup>246</sup>

<sup>244</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1992, p. 368.

<sup>245</sup> SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. *O sentido e o alcance do conceito de integralidade como diretriz constitucional do Sistema Único de Saúde*. Dissertação de Mestrado - PUC/SP, 2009, p. 115.

<sup>246</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 56.

Dada a premissa, portanto, de que os direitos sociais se concretizam através de prestações positivas, consubstanciadas na ação do Estado em prestar serviços públicos aos cidadãos, verificaremos a partir de agora quais os serviços públicos disponibilizados pelo Estado, sob o influxo das regras publicísticas, que dão conformidade à satisfação de tais direitos.

Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>247</sup> menciona, de acordo com a Constituição, quatro espécies de serviços sobre os quais o Estado não detém titularidade exclusiva, chamados serviços públicos não privativos: saúde, educação, previdência e assistência social.

Carolina Zancaner Zockun, acertadamente, ampliando o rol sistematizado por Celso Antônio, entende que são serviços públicos não privativos do Estado, além dos mencionados serviços de saúde, educação, previdência social e assistência social, também os relativos ao trabalho, moradia, lazer e proteção à maternidade e à infância.<sup>248</sup>

Entendemos no mesmo sentido referido pela autora, que os serviços públicos não privativos do Estado, também denominados serviços públicos sociais, devem ser ampliados para abarcar todos os direitos sociais encartados no Texto Constitucional, dando-lhes, assim, maiores condições de proteção e concretude.

Porém, advertimos que no presente trabalho trataremos apenas do direito social à saúde, cuja materialização admite ao mesmo tempo prestação direta pelo Estado, por meio da prestação de serviço público de saúde, bem como o desempenho desta atividade mediante o fomento estatal, cujo regime jurídico não deve, a nosso ver, ser assemelhado à prestação de serviços sociais, pela iniciativa privada, no desempenho de uma atividade econômica e, portanto, mediante regime exclusivamente de direito privado.

Assim, apenas trataremos neste capítulo do serviço público de saúde, para, posteriormente, traçar o regime jurídico aplicável a prestação deste serviço pelas entidades do Terceiro Setor, por meio da atividade administrativa de fomento, complementarmente à atuação estatal direta, cujo dever decorre da própria Constituição Federal.

---

<sup>247</sup> *Curso de Direito Administrativo*, p. 675.

<sup>248</sup> ZOCKUN, Carolina Zancaner, *Da intervenção do Estado no domínio social*, p. 181.

### 4.3 O DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Antes do advento da Constituição Federal de 1988, o direito à saúde não era tratado como direito fundamental do homem no ordenamento jurídico brasileiro, sendo disciplinado apenas como política de combate às endemias e epidemias, cuja competência para legislar sobre defesa e proteção da saúde recaía com exclusividade à União, nos termos do art. 8º, XIV, da Constituição de 1967, não assegurando concretamente o direito à saúde, em cujos contornos atuais se admite o reconhecimento de um direito público subjetivo à saúde, que deve ser garantido a todos por meio de ações estatais que lhe dê efetividade.

No passado, portanto, como bem advertiu Beatrice Maria Pedroso da Silva,

O direito à saúde não se encontrava expressamente resguardado no ordenamento jurídico brasileiro; previa-se tão somente, o direito do trabalhador integrante do Regime Geral de Previdência Social a benefícios previdenciários e, dentre estes, os serviços ambulatoriais e hospitalares prestados pelo Instituto de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS), autarquia que integrava o Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social (SINPAS), extinto com a Constituição Federal em vigor.<sup>249</sup>

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o direito à saúde é elevado a direito fundamental e tratado como direito social, com previsão expressa em diversos dispositivos constitucionais<sup>250</sup>.

Ainda que não houvesse previsão expressa neste sentido na Constituição Federal, dada a relevância deste direito para toda humanidade, alguns autores afirmam que “o direito à saúde é direito primário absoluto e inviolável, pois é apenas a partir deste direito que os demais direitos são suscetíveis de serem exercidos”<sup>251</sup> e, assim, “sem o direito à saúde fica vulnerado o próprio direito à vida. É por isto que não há dúvida alguma de que a saúde seja um direito fundamental”<sup>252</sup>. Nesta mesma

<sup>249</sup> SILVA, Beatrice Maria Pedroso. *O sistema único de saúde: o descompasso entre a realidade normativa e a realidade fática*. (Tese de Doutorado), São Paulo, PUC/SP, 2007, p. 54.

<sup>250</sup> O direito à saúde é tratado na Constituição Federal de 1988, nos seguintes dispositivos: arts. 6º; 7º, IV; 23, II; 24; 30, VII; 167, IV; 194; 196; 197; 198; 199; 200; 212, §4º; 227.

<sup>251</sup> LEAL, Rogério Gesta. *A efetivação do direito à saúde por uma jurisdição-serafim: limites e possibilidades*, Revista Interesse Público 38/64, Belo Horizonte, Notadez, julho-agosto/2006. *apud* ZOCKUN, Carolina Zancaner, *Da intervenção do Estado no domínio social*, p. 69.

<sup>252</sup> ZOCKUN, Carolina Zancaner, *Da intervenção do Estado no domínio social*, p. 69.

direção são as lições de Ingo Wolfgang Sarlet<sup>253</sup>, para quem a saúde constitui-se num direito “fundamentalíssimo, tão fundamental que mesmo em países nos quais não está previsto expressamente na Constituição chegou a haver um reconhecimento da saúde como direito fundamental não-escrito”<sup>254</sup>.

A saúde recebeu tutela especial dos organismos internacionais, com a criação em 1946 da Organização Mundial da Saúde (OMS), órgão especializado que compõe a Organização das Nações Unidas (ONU), cujo conceito de saúde pode ser assim definido: “saúde é o completo bem estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença e outros agravos.”

Neste sentido, afirma Mônica de Almeida Magalhães Serrano<sup>255</sup>, com supedâneo nas lições de Sueli Gandolfi Dallari<sup>256</sup>, que “desta feita a idéia inicial de saúde como simples cura de doenças foi superada, tendo ganhado novos horizontes, tudo a garantir progressivamente melhor qualidade e dignidade à vida humana.”

Grande conquista foi alcançada com a Constituição Federal de 1988 ao dar tratamento jamais visto no passado ao direito à saúde, disciplinando no art. 196 que “a saúde é **direito de todos e dever do Estado**, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao **acesso universal e igualitário** às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (grifos nossos).

Dada a redação do dispositivo constitucional mencionado, a doutrina e jurisprudência extraem como notas características do direito à saúde a universalidade, a integralidade e a equidade.

---

<sup>253</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988*. Revista Interesse Público 12/93. Sapucaia do Sul, Notadez, out./dez. 2001.

<sup>254</sup> O Supremo Tribunal Federal já pacificou entendimento no sentido de tratar o direito à saúde como um direito fundamental do homem, conforme se extrai do julgamento do Recurso Extraordinário 271.286-RS, de relatoria do Ministro Celso de Mello, j. 12.09.2000, DJ 24.11.2000.

<sup>255</sup> SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. *O sentido e o alcance do conceito de integralidade como diretriz constitucional do Sistema Único de Saúde*. Dissertação de Mestrado - PUC/SP, 2009, p.65.

<sup>256</sup> DALLARI, Sueli Gandolfi. *Os estados brasileiros e o direito à saúde*. São Paulo: Editora, Hucitec, 1995, p.18.



A universalidade está consubstanciada na abrangência do serviço público de saúde que abarca a todos indistintamente, independentemente do pagamento de taxa, de forma totalmente gratuita.

Assim, entendemos, com supedâneo na melhor doutrina<sup>257</sup>, que a universalidade do direito à saúde vai além do disposto no art. 5º, *caput*<sup>258</sup>, da Constituição Federal, para estender este direito, além dos brasileiros e estrangeiros residentes no país, aos estrangeiros em trânsito apenas.

A integralidade, por sua vez, cuja previsão do art. 198, II, da Constituição Federal estabelece que as ações e serviços públicos de saúde terão “atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais”, é uma das diretrizes do sistema único de saúde e permite que qualquer cidadão tenha tratamento adequado em qualquer caso relacionado a problemas de saúde.

A doutrina pondera, no entanto, acerca do conteúdo e extensão desta diretriz constitucional em face do crescente desenvolvimento tecnológico e científico que, conseqüentemente, faz surgir novas técnicas e mecanismos no atendimento à saúde, impondo-se, assim, novas necessidades a serem satisfeitas para a integral concretização do direito à saúde, conflitando muitas vezes com a capacidade prestacional do Estado no atendimento da demanda apresentada.

Neste sentido profícuas as palavras de Ricardo Seibel de Freitas Lima ao afirmar que a saúde “não é um direito absoluto e ilimitado. Deve ser contemplado não como um poder do indivíduo, mas como uma relação de justiça social e, portanto, deve obedecer os critérios racionais para uma melhor efetivação”<sup>259</sup>.

Beatrice Maria Pedroso da Silva, afirma, na mesma linha, que se faz necessário conhecer o

---

<sup>257</sup> Neste sentido ver as lições de Ingo Wolfgang Sarlet, *Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988*, Revista Interesse Público, 12/96-97.

<sup>258</sup> CF/88: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, (...)”.

<sup>259</sup> LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. *O direito à saúde como relação de justiça*. Belém: Livro de Teses – XXX Congresso Nacional de Procuradores de Estado, 2004, p. 162 *apud* SILVA, Beatrice Maria Pedroso da Silva, *O sistema único de saúde: o descompasso entre realidade normativa e a realidade fática*, p. 58.

exato sentido e a extensão do direito à saúde a ser prestado à população por meio do SUS, na forma assentada no Texto Constitucional e normas infraconstitucionais, tendo em vista a imperiosa necessidade de buscar o equilíbrio entre o que está previsto no mandamento normativo e o que deve e pode ser concretizado para garantir a todos os cidadãos a fração que lhes cabe – *na proporção de suas necessidades* – dos recursos estatais legalmente destinados à saúde pública (...).<sup>260</sup>

Questão de difícil solução e que tem gerado inúmeras demandas judiciais com o objetivo de se pleitear individualmente a cobertura de doenças e tratamentos específicos negados pelo sistema público de saúde, necessita urgentemente de profundas análises dos órgãos competentes, principalmente dos responsáveis pelas formulações das políticas públicas na área, no sentido de conferir um conteúdo e extensão compatíveis por um lado, com o direito à saúde e suas diretrizes concebidas constitucionalmente, e, por outro lado, com a capacidade econômica do Estado de atender as demandas crescentes da população.

O direito à saúde, a exemplo do que ocorre com os direitos sociais, via de regra, comporta duas vertentes: uma positiva e outra negativa. Segundo José Afonso da Silva<sup>261</sup>, com supedâneo na doutrina de Gomes Canotilho e Vital Moreira, a vertente negativa “consiste no direito a exigir do Estado (ou de terceiros) que se abstenha de qualquer acto que prejudique a saúde”; por outro lado, a positiva “significa o direito às medidas e prestações estaduais visando a prevenção de doenças e o tratamento delas”.

Assim, para o mencionado autor o direito à saúde previsto na Constituição Federal vigente é um direito positivo, na medida em que “exige prestações de Estado e que impõe aos entes públicos a realização de determinadas tarefas (...), de cujo cumprimento depende a própria realização do direito”<sup>262</sup>, cuja conseqüência impõe o reconhecimento de um “especial direito subjetivo de conteúdo duplo: por um lado, pelo não cumprimento das tarefas estatais para sua satisfação, dá cabimento à *ação de inconstitucionalidade por omissão* (...), e, por outro lado, o seu não atendimento, *in concreto*, por falta de regulamentação, pode abrir pressupostos para a impetração do *mandado de injunção* (...)”<sup>263</sup>.

---

<sup>260</sup> SILVA, Beatrice Maria Pedroso da Silva, op. cit. p. 58.

<sup>261</sup> SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 308.

<sup>262</sup> *Ibidem*, p. 308.

<sup>263</sup> *Ibidem*, p. 308.

A saúde integra o sistema da seguridade social, cujo objetivo compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar, além do direito à saúde, também o direito à previdência social e à assistência social. Não por outra razão, que os dispositivos constitucionais que tratam do direito à saúde estão inseridos em seção própria (“Da Saúde”), dentro do Capítulo II (“Da Seguridade Social”) do Título VIII (“Da Ordem Social”) da Constituição Federal.

Ressaltamos, contudo, que embora a saúde compreenda o sistema integrado da seguridade social que encampa ainda a previdência social e assistência social, com estas não se identifica, tendo em vista que a Constituição prevê para a previdência social o seu caráter contributivo, para a assistência social a nota de atendimento aos necessitados (limitando sua extensão), enquanto que à saúde a Constituição prevê o acesso universal e igualitário.

#### 4.4 O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

Em que pese a institucionalização do Sistema Único de Saúde ter ocorrido com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e sua previsão no art. 196, a sua estruturação jurídica só foi alcançada com a edição da Lei nº 8.080/90, conhecida como Lei Orgânica da Saúde, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes entre outras providências.

Outra importante conquista no âmbito legislativo no que tange à concretização do direito à saúde foi a edição da Lei nº 8.142/90, que dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde.

Com a edição das referidas leis, foram criados os instrumentos adequados à efetividade do Sistema Único de Saúde, atendendo as diretrizes constitucionais que elevaram o direito à saúde a direito fundamental e o caracterizou como direito público subjetivo dos cidadãos, tornando-o de responsabilidade solidária de todos os entes políticos, além de prever os princípios da universalidade, igualdade e integralidade como princípios cogentes do sistema de saúde.

No Brasil, diante do panorama traçado pela Constituição Federal de 1988, as ações e os serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada, estruturados por meio de um sistema unificado, designado Sistema Único de Saúde<sup>264</sup>, regulado em todo o território nacional pela Lei Federal n.º 8.080/90<sup>265</sup> (Lei Orgânica da Saúde), cujas diretrizes, nos termos do art. 198<sup>266</sup>, da Constituição Federal, são as seguintes: I) descentralização; II) atendimento integral; III) participação da comunidade.

A previsão do caput, do art. 198, da Constituição Federal de que “as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada”, impõe, em outras palavras, a criação de um sistema de referências e contra referências em matéria de atendimento da saúde.<sup>267</sup> Expliquemo-nos.

Muitas são as diversidades, do ponto de vista da complexidade, das demandas de atendimento na área da saúde, podendo-se dividi-las ou categorizá-las em três grupos: a) atendimento primário: responsável pelos casos considerados de baixa complexidade; b) atendimento secundário: responsável pelas situações de mediana complexidade; e c) atendimento terciário: envolvendo os casos de alta complexidade.

Desta forma organiza-se o sistema para que haja um atendimento eficiente e efetivo com economia de recursos, pois a “porta de entrada” ao sistema se dá por meio de um atendimento primário, composto pelas Unidades Básicas de Saúde ou Postos de Saúde, remetendo-se para os subsequentes atendimentos secundário e

<sup>264</sup> De acordo com o art. 200, da CF, “Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: I – controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; II – executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; III – ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde; IV – participar da formulação da política e execução das ações de saneamento básico; V – incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico; VI – fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano; VII – participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; VIII – colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho”.

<sup>265</sup> Alterada pelas Leis 9.836, de 23.09.1999; 10.424, de 15.04.2002; 11.108, de 07.04.2005.

<sup>266</sup> CF/88: “Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

*I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;*

*II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;*

*III - participação da comunidade.”*

<sup>267</sup> SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães, *O sentido e o alcance do conceito de integralidade como diretriz constitucional do Sistema Único de Saúde*, p.80.

terciário os casos cuja complexidade seja constatada no primeiro atendimento, muito menos oneroso que as demais categorias, realizando-se, assim, um filtro de atendimento, evitando dispêndios desnecessários.

Portanto, com esta previsão constitucional instituiu-se um sistema organizado, de forma hierarquizada e regionalizada, em níveis de complexidade crescente.<sup>268</sup>

A implementação do sistema único de saúde exige a participação e coordenação de todas as esferas de governo - União, Estados, Distrito Federal e Municípios -, cuja direção deverá ser única, realizada no âmbito federal pelo Ministério da Saúde e nos âmbitos estaduais e municipais pelas respectivas Secretarias de Saúde ou órgão equivalente.

Não por outra razão, a Constituição Federal estabelece no art. 23, II, que “é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência (...)”

A descentralização como diretriz do sistema consiste na necessidade de uma articulação dinâmica e paulatina pela União e Estados para a transferência da gestão de suas ações e recursos na área da saúde para os Municípios, conforme previsto na Lei nº 8080/90 e na Norma Operacional Básica – NOB – SUS -1996, esta última responsável pela definição de estratégias e movimentos táticos, que orientam a operacionalidade do Sistema.

Contudo, conforme bem adverte Mônica de Almeida Magalhães Serrano,

O fato de existir uma diretriz de descentralização não significa que, uma vez aperfeiçoada esta, os demais entes possam se afastar de suas obrigações constitucionais. Antes, o Texto Maior foi enfático ao proclamar a existência de um sistema único, que envolve responsabilidade permanente e solidária de todos os entes da federação.<sup>269</sup>

Podemos afirmar, pois, que a diretriz da descentralização impõe a necessidade de uma transferência da execução da gestão e recursos da saúde da União e estados para os municípios, mas não os isenta de responsabilidade de manter o bom funcionamento e a qualidade do sistema, dando efetividade ao direito à saúde nos moldes previstos pela Constituição da República.

<sup>268</sup> SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães, *O sentido e o alcance do conceito de integralidade como diretriz constitucional do Sistema Único de Saúde*, p. 82.

<sup>269</sup> Ibidem, p.78.

A segunda diretriz traçada pelo art. 198 da Constituição Federal, trata do atendimento integral da saúde, cujos contornos impõe a cobertura de qualquer atividade capaz de cumprir a manutenção da saúde do indivíduo, considerada em sua acepção ampla, abarcando seu completo bem estar físico, mental e social.

O art. 7º, II, da Lei nº 8.080/90 preceitua que a integralidade de assistência deve ser 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.

Nesta esteira, portanto, o Poder Público deve dar atendimento integral à saúde dos indivíduos, prevendo ações que atendam não somente a atividade curativa, como também contemplem atividades de prevenção (vacinação, vigilâncias epidemiológica e sanitária, entre outras) e integrativas (que possibilitem melhor inserção do indivíduo na sociedade, como atendimentos psicológicos e terapêuticos).

A terceira diretriz do sistema de saúde previsto constitucionalmente (art. 198, III) trata da participação da comunidade, a qual foi regulamentada pela Lei nº 8.142/90 que prevê instrumentos de controle social, exercidos por meio de instâncias colegiadas em cada nível de governo, representadas pela Conferência e Conselho de Saúde.

A Conferência de Saúde reunir-se-á a cada quatro anos com a representação dos vários segmentos sociais, para avaliar a situação de saúde e propor as diretrizes para a formulação da política de saúde nos níveis correspondentes, convocada pelo Poder Executivo ou, extraordinariamente, por esta ou pelo Conselho de Saúde (art. 1º, § 1º, da Lei nº 8.142/90).

O Conselho de Saúde, por sua vez, possui caráter permanente e deliberativo, com natureza de órgão colegiado composto por representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários do sistema e tem como objetivo atuar na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros, cujas decisões serão homologadas pelo chefe do poder legalmente constituído em cada esfera do governo (art. 1º, § 2º, da Lei nº 8.142/90).

O custeio do sistema único de saúde será financiado com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes, conforme previsão dos arts. 195 e 198, § 1º, da Constituição Federal.

O dever de prestar saúde à população por meio do SUS é, via de regra, do Estado, podendo a iniciativa privada participar do sistema de forma complementar e excepcional.

Ou seja, a prestação de serviços públicos de saúde, nos termos do art. 4º<sup>270</sup>, da Lei nº 8.080/90, pode se dar por meio de atuação direta dos órgãos que compõem a administração direta, ou indiretamente por meio de pessoas jurídicas criadas para esse fim, inclusive as fundações privadas mantidas pelo Poder Público (pondo fim à possibilidade de fundações de apoios serem utilizadas com o pretense fim de subtrair a gestão de serviços públicos de saúde e educação do regime jurídico administrativo), e, ainda, com a participação da iniciativa privada, com preferências às entidades sem fins lucrativos, quando as disponibilidades do sistema público forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, em conformidade do que dispõe o art. 24<sup>271</sup> da referida lei orgânica da saúde, que regulamenta o disposto no art. 199, § 1º, da Constituição Federal.

#### 4.5 NATUREZA JURÍDICA DO SERVIÇO DE SAÚDE

---

<sup>270</sup> Lei nº 8.080/90: “Art. 4º O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS).

§ 1º Estão incluídas no disposto neste artigo as instituições públicas federais, estaduais e municipais de controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos, medicamentos, inclusive de sangue e hemoderivados, e de equipamentos para saúde.

§ 2º A iniciativa privada poderá participar do Sistema Único de Saúde (SUS), em caráter complementar.”

<sup>271</sup> Lei nº 8.080/90: “Art. 24. Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada.

Parágrafo único. A participação complementar dos serviços privados será formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público.

Art. 25. Na hipótese do artigo anterior, as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos terão preferência para participar do Sistema Único de Saúde (SUS).”

O serviço de saúde corresponde àquela parcela de serviços denominados “não exclusivos” ou “não privativos” do Estado, em que tanto o Poder Público como a iniciativa privada pode prestar independentemente de concessão ou permissão, diferenciando-se dos serviços públicos privativos do Estado, tais como os referidos no art. 21, XI e XII, da Constituição Federal, e todos aqueles que podem ser prestados diretamente pelo Estado ou mediante concessão ou permissão.

Sob a ótica do elemento subjetivo que caracteriza o serviço como público e com base no art. 175, da Constituição Federal, apenas os serviços de titularidade estatal e passíveis de prestação por particulares por meio de concessão ou permissão podem ser denominados “serviços públicos”, o que exclui os serviços sociais prestados por particulares da denominação “público”, já que são exercidos pelos particulares não por delegação do Poder Público, mas por injunção constitucional que lhes confere a titularidade concomitantemente com o Estado, daí porque serem chamados de serviços públicos não-exclusivos do Estado.

Paulo Modesto, no que tange ao desempenho de serviços sociais, como é o caso da saúde, estabelece duas classes distintas de serviços: i) serviços privados de interesse público; e ii) serviço público.

Segundo este autor, com base nas lições de Celso Antonio Bandeira de Mello, quanto ao desempenho de atividades de interesse público por particulares “não basta prestar serviços ao público, inclusive sem objetivo de lucro, para ingressar na categoria jurídica de serviço público.”<sup>272</sup>

Para Modesto, não podem ser nomeadas de serviços públicos atividades desempenhadas por particulares ou por pessoas de direito privado, ainda quando afetem relevantes interesses coletivos, se não foram reservadas pela Constituição da República ou por leis ordinárias ao Estado ou aos seus delegados.<sup>273</sup>

Assim, algumas atividades são exercidas sob o regime próprio do serviço público apenas quando prestadas pelo Estado (ex: educação, saúde, pesquisa científica, defesa do patrimônio ambiental). Exercidas por particulares, com ou sem finalidade lucrativa, não se sujeitam ao regime do serviço público, mas ao regime

---

<sup>272</sup> MODESTO, Paulo, *Reforma Administrativa e marco Legal das organizações sociais no Brasil*, p.

16.

<sup>273</sup> *Ibidem*, p. 17.



próprio das pessoas privadas, compondo os serviços privados de interesse público.<sup>274</sup>

Conforme já elucidamos quando tratamos dos serviços públicos no início deste capítulo, grande celeuma se coloca na doutrina quanto ao regime jurídico aplicável à prestação de serviços sociais por pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos, cujo objetivo é o atendimento desinteressado de uma atividade social à toda coletividade.

Quanto à questão suscitada, dois posicionamentos principais e antagônicos são encontrados na doutrina publicística com relação aos serviços não exclusivos do Estado: i) tais serviços são públicos quando prestados diretamente pelo Estado e privados quando desempenhados por particulares. No primeiro caso são chamados “serviços públicos sociais” e submetem-se ao regime de direito público, e, no segundo, denominam-se apenas “serviços sociais” e são regidos integralmente pelo regime de direito privado<sup>275</sup>; ii) em ambos os casos (prestados pelo Estado ou por particulares), tais serviços são submetidos ao regime de direito público, pois estão voltados ao atendimento de necessidade coletivas.<sup>276</sup>

Com base no ordenamento jurídico vigente e independentemente da posição doutrinária adotada, extraímos que a constatação jurídica de que o serviço público de saúde não se constitui numa atividade exclusiva do Estado acaba por gerar duas conseqüências de ordem pragmática: 1) o serviço de saúde pode ser prestado pelo Estado, sob o influxo do regime jurídico administrativo, configurando-se, portanto, num serviço público; e 2) o desempenho das atividades relacionadas à área da saúde é livre à iniciativa privada, que pode exercê-las independentemente de autorização estatal, dispensadas da observância do regime publicístico, já que consistentes na realização de uma atividade econômica em sentido estrito.

---

<sup>274</sup> MODESTO, Paulo, *Reforma Administrativa e marco Legal das organizações sociais no Brasil*, p. 16.

<sup>275</sup> Pertencem a esta corrente os seguintes doutrinadores: Celso Antonio Bandeira de Mello, Paulo Modesto, Carlos Ari Sundfeld, Dinorá Grotti, Tarso Cabral Violin, entre outros.

<sup>276</sup> Nesse sentido, Eros Roberto Grau afirma que educação e saúde, ainda que prestados pela iniciativa privada, são serviços públicos. Na mesma esteira, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, considera tais atividades quando prestadas por particulares de “serviços públicos impróprios”; são considerados serviços públicos, porque atendem a necessidades coletivas; mas impropriamente públicos, porque falta um dos elementos do conceito de serviços público, que é a gestão, direta ou indireta, pelo Estado.

A previsão constitucional que dá guarida à assertiva acima pode ser extraída do disposto no art. 196, *caput*: “A saúde é direito de todos e **dever do Estado**, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”, combinado com art. 199, *caput*, que dispõe: “A assistência à saúde é **livre à iniciativa privada**.”

Assim, a prestação do serviço público de saúde pelo Estado se dá diretamente por meio de um sistema único e integrado, estruturado por meio do SUS, cujos contornos já foram objeto de análise no tópico anterior.

No entanto, a prestação de serviços públicos de saúde através do Sistema Único de Saúde pode ser complementada pela iniciativa privada, mediante contrato de direito público ou convênio, observadas as normas de direito público, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos, nos termos do § 1º, do art. 199, da Constituição Federal, quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, conforme dispõe o art. 24, da Lei 8080/90.

Portanto, diante da análise dos dispositivos constitucionais, podemos extrair da primeira consequência aqui tratada – constituir-se o serviço de saúde em serviço público quando prestado pelo Estado – duas outras decorrências que podemos assim sintetizar: 1) a prestação do serviço público de saúde, por meio do Sistema Único de Saúde, via de regra, será feita diretamente pelo Estado, por meio de sua estrutura orgânica ou indiretamente por meio de criaturas suas criadas com este propósito específico, em ambos os casos submetidos ao regime jurídico administrativo; e 2) excepcionalmente, quando demonstrada a insuficiência da prestação direta pelo Estado, a prestação do serviço público de saúde, por meio do Sistema Único de Saúde, pode ser realizada indiretamente pela iniciativa privada, respeitada a preferência das entidades sem fins lucrativos, mediante contrato de direito público ou convênio, também sob o regime jurídico administrativo.

No âmbito da livre iniciativa, porém, a prestação do serviço de saúde pode ser exercida tanto pelos particulares que buscam o lucro nas suas atividades, como pelas entidades sem fins lucrativos. No primeiro caso, submetem-se integralmente ao regime de direito privado e, no segundo, como veremos, poderão sofrer o influxo

das regras publicísticas dependendo da relação jurídica que estabelecem com o Estado.

Vale ressaltar, porém, que embora constituam serviços de cunho privado, exercidos no âmbito da livre iniciativa, constituindo-se numa atividade econômica em sentido estrito, as ações e serviços de saúde dos particulares, seja com ou sem finalidade lucrativa, caracterizam-se pelo qualificativo “relevância pública”, outorgado pela própria Constituição Federal, cuja decorrência impõe a regulamentação, fiscalização e controle mais intensos por parte do Poder Público, nos termos dispostos pelo art. 197: “São de **relevância pública** as ações e serviços de saúde, **cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle**, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.” (grifos nossos).

Tendo em vista que o tema da prestação do serviço de saúde pela iniciativa privada tem relação direta com nosso objeto de estudo, teceremos com maior profundidade no próximo tópico acerca das imbricações decorrentes desta relação.

#### 4.6 GESTÃO DO SERVIÇO DE SAÚDE PELA INICIATIVA PRIVADA

Os direitos sociais podem ser garantidos tanto pela esfera pública, que lhe incumbe primordialmente e com primazia por meio da prestação direta ou indireta dos serviços públicos sociais, como pela iniciativa privada. Nesta seara, no entanto, a Constituição Federal possibilita a atuação de entes privados sob duas formas: a) complementarmente ao poder público no Sistema Único de Saúde, sendo esta hipótese excepcional, nos termos do §1º, do art. 199, da Constituição Federal e art. 24, da Lei nº 8080/0, configurando-se a atividade como prestação de serviço público, regido pelas normas de direito público; b) de forma livre à iniciativa privada, no desempenho de uma atividade econômica em sentido estrito, independentemente de autorização estatal (dada a natureza não exclusiva dos serviços sociais), podendo ainda ser exercida pela iniciativa privada b.1) com finalidade lucrativa, em que a iniciativa privada exerce um “serviço social”, sob o regime jurídico integralmente de

direito privado<sup>277</sup>; e b.2) pela iniciativa privada sem finalidade lucrativa e, muitas vezes, com o próprio fomento estatal, o que nos permite afirmar a existência, nestes casos, de uma prestação de um serviço social por um ente em colaboração com o Estado e, portanto, sob um regime jurídico específico, permeado por normas de direito público que lhes confere certas peculiaridades com relação à prestação dos serviços sociais por entidades privadas com finalidade lucrativa.

Nesse mesmo sentido, profícuas são as lições de Leandro Marins ao afirmar quanto aos direitos sociais:

Desenvolvem-se, nesta senda, as atividades privadas de provimento dos direitos sociais, paralelamente à atuação estatal. É de se observar, contudo, que a Constituição Federal de 1988 – assim como as anteriores – não exige que as atividades de natureza social advindas da iniciativa privada sejam sem finalidade lucrativa. Ela abre espaço, sim, para que se desenvolvam atividades privadas tanto com finalidades lucrativas para o provimento dos direitos sociais em conjunto com a atuação estatal.<sup>278</sup>

Continua, ainda, referido autor,

A possibilidade de desenvolvimento de atividades sociais com finalidade lucrativa é a própria contrapartida do Estado em favor da iniciativa privada, diante da atribuição de co-responsabilidade a que esta é submetida. Ou seja, com relação a estas atividades o só fato de se permitir o auferimento de lucro, somado aos mecanismos de fiscalização necessariamente criados pelo Estado, já confirmam a indispensável contrapartida estatal oriunda da manutenção de sua função precípua de provimento dos direitos sociais. A finalidade lucrativa para a atividade privada é o incentivo estatal para a promoção dos direitos sociais.<sup>279</sup>

Em contrapartida, ao descrever a promoção dos direitos sociais por instituições privadas sem finalidade lucrativa, pondera:

No entanto, ao possibilitar largamente o desenvolvimento de instituições privadas sem fins lucrativos para a promoção dos direitos sociais em conjunto com o Estado – o chamado Terceiro Setor –, a necessária contrapartida estatal não é, por óbvio, o auferimento de lucro. Por conta da função social destas atividades, a responsabilidade do Estado na promoção dos direitos sociais deve se confirmar através de subsídios, incentivos fiscais, repasse de verbas, etc., além, é claro, do dever de fiscalização que lhe é insito.

---

<sup>277</sup> Embora pela importância desses serviços, relacionados, via de regra, com direitos fundamentais, como saúde e educação, sofrem um regime especial de fiscalização por parte do Estado, como ocorre, por exemplo, com a criação da ANS – Agência Nacional de Saúde, que regula a atividade suplementar de saúde.

<sup>278</sup> SOUZA, Leandro Marins, *Tributação do Terceiro Setor no Brasil*, p. 97.

<sup>279</sup> *Ibidem*, 97.

Mais uma vez está a se justificar o estudo apartado do Terceiro Setor.<sup>280</sup>

Quanto à primeira hipótese de prestação de serviços de saúde pela iniciativa privada, com preferência àquela sem finalidade lucrativa, temos as considerações que se seguem, justificando tratar-se de prestação indireta de serviço público de saúde e, portanto, subordinada integralmente ao regime jurídico administrativo.

Trata-se da prestação indireta de serviços públicos de saúde pela iniciativa privada, com preferência às entidades sem fins lucrativos, nos termos do art. 199, § 1º, da Constituição Federal, de forma complementar ao Sistema Único de Saúde e apenas excepcionalmente quando as circunstâncias fáticas a justifiquem.

Nesta circunstância, portanto, a prestação complementar dos serviços públicos de saúde pela iniciativa privada não descaracteriza o caráter público destes serviços prestados no âmbito do SUS, pois neste caso o particular não atua em nome próprio, mas por meio do Estado que lhe remunera pelos serviços prestados. A participação da iniciativa privada complementar ao SUS é decorrência excepcional e que deve ser justificada, mediante a constatação de insuficiência na capacidade de atendimento direto pelo Estado.

Esta é a correta interpretação que deve ser conferida à primeira parte do artigo 197 da Constituição Federal e nortear as legislações infraconstitucionais. Assim dispõe o precitado dispositivo, *in verbis*: “São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, **devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros** e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.” (grifos nossos).

Neste ponto específico de análise, necessário tratarmos das Organizações Sociais de Saúde, utilizadas pelo Poder Público para gerir hospitais públicos por meio da realização de contratos de gestão, cujos contornos previstos em leis infraconstitucionais, desatendem os comandos constitucionais que autorizam a participação complementar da iniciativa privada no âmbito do Sistema Único de Saúde, de forma excepcional, quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, nos

---

<sup>280</sup> SOUZA, Leandro Marins, *Tributação do Terceiro Setor no Brasil*, 97.

termos do art. 24, *caput*<sup>281</sup>, da Lei 8080/90, que regulamenta o disposto no art. 199, § 1º, da Constituição Federal.

No Estado de São Paulo, por exemplo, foi editada a Lei Complementar 846/98, autorizando o Poder Executivo a qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas à saúde e à cultura (art. 1º).

No que tange aos contratos de gestão que poderão ser firmados pelo estado de São Paulo com as referidas entidades privadas qualificadas como Organização Social estadual, prevê o art. 6º, da Lei Complementar que “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 uma parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas à área da saúde ou da cultura.”

No âmbito da saúde, dispõe o § 2º, do art. 6º, que “A organização social da saúde deverá observar os princípios do Sistema Único de Saúde, expressos no artigo 198 da Constituição Federal e no artigo 7º da Lei nº 8080, de 19 de setembro de 1990.”

Contudo, ao dispor sobre a necessidade de licitação para que o Poder Público contrate com a Organização Social a fim de que atue de forma complementar no Sistema Único de Saúde, conforme previsto no art. 199, § 1º, da Constituição Federal, o § 1º do referido dispositivo legal preceitua: “É dispensável a licitação para a celebração dos contratos de que trata o "caput" deste artigo.”

Desse modo, portanto, verificamos que o disposto na Lei Complementar 846/98, não atende integralmente o comando constitucional no que toca especificamente à participação da iniciativa privada (com preferências às entidades sem fins lucrativos) de forma complementar e excepcional ao Sistema Único de Saúde, pois o art. 199, § 1º, da Constituição Federal é expresso ao dispor que “as instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio,

---

<sup>281</sup> Lei 8.080/90: “Art. 24. Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada.  
Parágrafo único. 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” e, portanto, observado o regime jurídico administrativo e os princípios incidentes à prestação dos serviços públicos de saúde.

Mencionada Lei Complementar do Estado de São Paulo e demais leis estaduais e municipais que disponham no mesmo sentido, desatende também o disposto na Lei 8.080/90 (Lei Orgânica da Saúde), cuja abrangência é nacional e regulamenta as ações e serviços de saúde previstos na Constituição Federal, tanto no âmbito privado como público, conforme art. 1º, da lei: “Esta lei regula, em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito Público ou privado.”

Isto porque, ao tratar da atuação complementar da iniciativa privada na prestação de serviços públicos de saúde, e, portanto, no âmbito do Sistema Único de Saúde, a Lei nº 8080/90 veicula normas gerais que declinam expressamente o regime jurídico que deve ser observado na prestação destes serviços pela iniciativa privada:

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.

No mesmo sentido:

Art. 24. Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada.

Parágrafo único. A participação complementar dos serviços privados será formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público.

Art. 25. Na hipótese do artigo anterior, as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos terão preferência para participar do Sistema Único de Saúde (SUS).

Art. 26. 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.

§ 1º Na fixação dos critérios, valores, formas de reajuste e de pagamento da remuneração aludida neste artigo, a direção nacional do Sistema Único de Saúde (SUS) deverá fundamentar seu ato em demonstrativo econômico-financeiro que garanta a efetiva qualidade de execução dos serviços contratados.

§ 2º Os serviços contratados submeter-se-ão às normas técnicas e administrativas e aos princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde (SUS), mantido o equilíbrio econômico e financeiro do contrato.

§ 3º (Vetado).

§ 4º Aos proprietários, administradores e dirigentes de entidades ou serviços contratados é vedado exercer cargo de chefia ou função de confiança no Sistema Único de Saúde (SUS).

Destarte, como podemos ver, a participação da iniciativa privada (com preferência dada pela Constituição Federal às entidades sem fins lucrativos) na prestação de serviços públicos de saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde, de forma complementar e excepcional, quando as suas disponibilidades forem



insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, deve obedecer integralmente o regime jurídico administrativo, o qual incide na prestação direta do serviço público pelo Estado, apresentando-se inconstitucional qualquer disposição legislativa em contrário.

Outra questão salutar que se apresenta quanto ao tema é a referência no art. 199, § 1º, da Constituição Federal, bem como em sua lei regulamentadora (Lei nº 8.080/90) de que tal participação complementar deve ocorrer mediante contrato administrativo ou convênio firmado entre as partes para o fim específico da prestação de serviços públicos de saúde por tais entidades privadas.

É que a doutrina se apresenta dissonante quanto à natureza jurídica do contrato de gestão, afirmando alguns assemelhar-se mais aos contratos administrativos e outros, ainda, aos convênios, conforme já estudamos ao tratar dos contratos de gestão no capítulo referente aos instrumentos jurídicos da atividade administrativa de fomento.

Porém, ao admitirmos que o contrato de gestão tem a mesma natureza jurídica dos contratos administrativos, somos obrigados a admitir que a previsão da Lei Complementar 846/98 ao prever a possibilidade de organizações sociais de saúde firmarem contrato de gestão com o Poder Público (no caso específico, com o estado de São Paulo) para atuarem nos termos previstos no § 1º, do art. 199, da Constituição Federal, ou seja, complementar e excepcionalmente ao Sistema Único de Saúde, o objeto do contrato deveria encampar apenas a realização de atividades-meio ligadas à prestação do serviço público de saúde, como transportes, limpezas, refeições, segurança e jamais a gestão integral dos serviços, como vem ocorrendo na realidade.

Neste mesmo sentido, afirma Dinorá Grotti ao tratar da terceirização dos serviços de saúde e educação:

A Lei nº 8.080, de 19-09-90, que disciplina o Sistema Único de Saúde, prevê a participação complementar 'quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área', hipótese em que a participação complementar 'será formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público' (art. 24 e parágrafo único).

Da mesma forma que a saúde, o ensino será serviço público quando prestado pelo Estado e não será serviço público quando

desempenhado pelos particulares, em contexto de exploração de atividade econômica, sob regime de direito privado, tendo em conta que a Lei Maior não limitou a prestação deles ao Estado ou a quem lhe faça as vezes (art. 209 CF/88).

Quando prestado pelo Estado, como serviço público, pode haver colaboração do particular, por meio de contratos de prestação de serviços ou convênios.

No tocante à terceirização nada impede que o Poder Público celebre contratos de prestação de serviços que tenham por objeto atividades-meio como transporte de pacientes, refeições, limpeza das salas de aula, ou mesmo certos serviços técnico-especializados como a realização de exames médicos, consultas etc., hipóteses em que estará transferindo apenas a execução material de atividades ligadas aos serviços de saúde ou de ensino. O que o hospital público como a escola da rede de ensino público não podem é terceirizar a gestão operacional desses serviços, que envolveria a terceirização do próprio serviço público de saúde ou de ensino.<sup>282</sup>

Não há, portanto, como identificar no caso em apreço outro tipo de contrato administrativo senão a terceirização, pois sendo o serviço público de saúde não privativo do Estado, não admite a delegação estatal da prestação do serviço por meio da concessão ou permissão.

Por outro lado, ao admitirmos que o contrato de gestão possui a mesma natureza dos convênios, pouca utilidade prática haveria na criação de um novo tipo de parceria para o fim já possível por meio da celebração de convênios, razão pela qual seríamos levados a concluir pela desnecessidade prática da utilização dos mencionados contratos de gestão.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro adverte para a realidade de que o

Ímpeto reformador (...) leva não só à idealização de institutos novos, como à remodelação de institutos antigos, ou ao emprego de nova terminologia. E verifica-se também a falta de uniformidade de pensamento e orientação entre os próprios membros do Governo, dando a impressão de que setores diferentes estudam o mesmo assunto paralelamente, sem qualquer intercomunicação ou sem orientação uniforme por parte da chefia do Poder Executivo.<sup>283</sup>

Ocorre, contudo, que a verdadeira intenção dos idealizadores das leis infraconstitucionais editadas no seio da Reforma do Estado, como é o caso das leis que tratam das organizações sociais editadas em diversos níveis da federação, tem

<sup>282</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti, *Contratos de Gestão e outros tipos de acordos celebrados pela Administração*, disponível em [http://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/14a18\\_06\\_04/ivan\\_barbosa9.htm](http://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/14a18_06_04/ivan_barbosa9.htm), acessado em 10 de junho de 2010.

<sup>283</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di, *Parcerias na Administração Pública. Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras Formas*, p. 264.

o propósito não declarado expressamente de subtrair da Administração Pública a submissão às regras publicísticas, acusadas de tornarem a prestação do serviço público ineficiente e burocratizada, repassando a gestão dos serviços públicos de saúde às entidades privadas sem fins lucrativos, qualificadas como organizações sociais, em substitutividade ao Estado no cumprimento do seu dever constitucional e sem a observância das regras e princípios que norteiam a prestação dos serviços públicos.

As organizações sociais de saúde previstas na Lei Complementar nº 846/98 é mais uma tentativa, dada as constantes impugnações aos modelos das fundações de apoio e das cooperativas (a exemplo do PAS – Plano de Assistência à Saúde, em que por meio da Lei nº 11.866/95, o Município de São Paulo autorizava a celebração de convênios com cooperativas de profissionais da saúde para a gestão de hospitais públicos, sem o influxo das regras publicísticas, modelo fulminado pelo Poder Judiciário), de se entregar a gestão integral de serviços públicos de saúde à iniciativa privada, como meio de “desburocratizar” o sistema, ou seja, retirar da incidência do regime jurídico administrativo a prestação de serviços públicos, em nome sempre da tão sonhada eficiência.

Conforme enumera Márcio Cidade Gomes<sup>284</sup>, em artigo intitulado “A experiência da Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo” no que se refere às organizações sociais de saúde, as principais dificuldades do modelo tradicional de gestão da saúde (prestação direta pelo Estado), podem ser assim resumidas: a) impossibilidade de o gestor pagar salários compatíveis com o mercado e, dessa forma, fixar seu pessoal e mantê-lo adequadamente treinado e atualizado; b) proibição de o gestor hospitalar contratar e admitir, sem autorização governamental, o seu pessoal, segundo as suas necessidades; c) obrigação de comprar serviços por meio de processo burocratizado (licitação), o qual não atende as necessidades e peculiaridades do setor saúde, seja no que diz respeito à qualidade, seja no que diz respeito à agilidade/urgência que seriam imprescindíveis em algumas aquisições; d) impossibilidade de haver uma gestão independente dos recursos financeiros da unidade; e) inexistência de recursos adicionais para investir na manutenção e recuperação das estruturas físicas das unidades, e renovação dos parques

---

<sup>284</sup> GOMES, Márcio Cidade. *A experiência da Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo*. Brasília: CONASS, 2006, p. 59.

tecnológicos, com a incorporação dos avanços científicos do setor; f) dificuldade de o gestor contar com gerências profissionais nos diferentes serviços (interferências políticas) das unidades hospitalares.

Como podemos notar, os argumentos que justificam a adoção de novas formas de parceria entre o Estado e entidade privadas para a prestação de serviços públicos, em regime de substituição e não complementarmente ao Estado como autoriza o texto constitucional, levam em conta apenas argumentos econômicos e dados estatísticos medidores de eficiência, e culpam a burocracia decorrente do regime jurídico aplicável aos serviços públicos por todo os males encontrados pela falência da prestação estatal no cumprimento das obrigações sociais, constitucionalmente consagradas e, dessa forma, ignoram o ordenamento jurídico e as regras superiores que dão validade e conformidade a todo o sistema jurídico, editando leis claramente inconstitucionais.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro ao analisar os modelos legislativos que procuram flexibilizar os meios de atuação da Administração Pública, constituindo-se formas paralelas ao direito positivo vigente, retirando-as das normas do direito público, “para salvar os princípios do Estado de Direito, seria indispensável fazer-se uma opção: ou mudar o direito positivo, para fazê-lo acompanhar a nova realidade, se o sistema nele previsto não é considerado adequado para esse fim; ou fazer cumprir as normas legais vigentes, se as mesmas são consideradas necessárias ao exercício da função administrativa do Estado.”<sup>285</sup>

Retomando as ideias que inauguraram este tópico, além da prestação de serviços de saúde pela iniciativa privada como complementar ao Estado no Sistema Único de Saúde por meio de contrato administrativo e convênio, sob o influxo do regime jurídico administrativo, a iniciativa privada atua também neste campo social no âmbito da livre iniciativa, e, portanto, no desempenho de uma atividade econômica em sentido estrito, independentemente de autorização estatal (dada a natureza não exclusiva dos serviços sociais), de duas formas: com finalidade lucrativa, em que a iniciativa privada exerce um “serviço social”, sob o regime jurídico integralmente de direito privado<sup>286</sup> e pela iniciativa privada sem finalidade

---

<sup>285</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di, *Parcerias na Administração Pública. Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras Formas*, p. 296-297.

<sup>286</sup> Embora pela importância desses serviços, relacionados, via de regra, com direitos fundamentais, como saúde e educação, sofrem um regime especial de fiscalização por parte do Estado, como

lucrativa e, muitas vezes, com o próprio fomento estatal, o que nos permite afirmar a existência, nestes casos, de uma prestação de um serviço social por um ente em colaboração com o Estado e, portanto, sob um regime jurídico específico, permeado por normas de direito público que lhes confere certas peculiaridades com relação à prestação dos serviços sociais por entidades privadas com finalidade lucrativa.

No que tange à prestação do serviço de saúde pela iniciativa privada com finalidade lucrativa, aplica-se integralmente à atividade as regras de direito privado, que atuam no âmbito da autonomia privada, apenas devendo submissão à atividade administrativa de polícia, que atua com predominância nas atividades consideradas de relevância pública, cuja regulamentação, fiscalização e controle tornam-se mais rigorosos dada à natureza da atividade.

Por último, cabe analisarmos a prestação de serviços de saúde pela iniciativa privada que não possui entre seus objetivos a finalidade lucrativa e desempenham atividades de cunho social, de forma desinteressada à coletividade. É neste contexto que se encontram as entidades do Terceiro Setor, composto por pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, constituídas como associações ou fundações, alheias ao aparelho estatal, que desempenham atividades de relevante interesse coletivo de forma desinteressada à sociedade e passíveis de qualificações públicas e fomento estatal.

A nosso ver, tais entidades do Terceiro Setor não podem ser alocadas no mesmo conjunto de pessoas jurídicas de direito privado que buscam o lucro no desempenho de suas atividades, notadamente na prestação dos serviços sociais, não sendo conveniente a simples conclusão de que se aplica o mesmo regime jurídico de direito privado na prestação de serviços sociais tanto às pessoas jurídicas que visam lucro como às entidades sem fins lucrativos que compõem o Terceiro Setor, acima mencionadas, sob pena de verificar-se uma burla ao regime jurídico administrativo ao se entregar a gestão de serviços públicos sociais às entidades do Terceiro Setor aplicando-se as regras de direito privado.

Isto porque a prestação de serviços sociais pelas entidades do Terceiro Setor parceiras do Estado, embora não se configure como delegação estatal - por tratar-se de serviços não-exclusivos -, está condicionada pelos princípios constitucionais

---

ocorre, por exemplo, com a criação da ANS – Agência Nacional de Saúde, que regula a atividade suplementar de saúde.

específicos da ordem social e pelas limitações administrativas impostas à gestão e à prestação desses serviços sociais, dada a relevância coletiva dos serviços prestados e o repasse de recursos públicos realizado como medida de fomento econômico financeiro direto pelo Estado (subvenções, auxílios, contribuições, convênios, termo de parceria e contrato de gestão).

Admitir que o mesmo regime jurídico de direito privado, deva ser aplicado tanto às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços sociais com fins lucrativos, como às entidades do Terceiro Setor que os prestam sem fins lucrativos e muitas vezes com o financiamento estatal, acarretaria num desvirtuamento da importância constitucional que lhes foi conferido.

Por todo o exposto, podemos estabelecer como síntese parcial obtida pelos delineamentos aqui traçados e que nos permitem passar propriamente à análise do regime jurídico das entidades do Terceiro Setor prestadoras do serviço de saúde, que a prestação do serviço de saúde pela iniciativa privada possibilita a incidência de três regimes jurídicos distintos: i) regime jurídico integralmente público, quando a iniciativa privada atuar de forma complementar ao Estado na prestação dos serviços públicos de saúde, no âmbito do Sistema Único de Saúde, conforme disposto no art. 199, § 1º, da Constituição Federal e no art. 24, da Lei 8.080/90; ii) regime jurídico integralmente privado, quando a prestação do serviço de saúde pela iniciativa privada decorrer de uma atividade econômica em sentido estrito, com objetivo lucrativo, em decorrência do disposto no art. 199, *caput*, da Constituição Federal, respeitada apenas a atividade administrativa de polícia, tendo em vista a regulamentação, fiscalização e controle que incidem com maior rigor nestas atividades consideradas de relevância pública; c) regime jurídico híbrido, predominantemente de direito privado com a presença de normas de direito público, quando a prestação do serviço de saúde ocorrer pela iniciativa privada sem finalidade lucrativa, destinatária da atividade administrativa de fomento.

## **CAPÍTULO V – REGIME JURÍDICO APLICÁVEL À GESTÃO DO SERVIÇO DE SAÚDE PELAS ENTIDADES DO TERCEIRO SETOR**

### **5.1 DELIMITAÇÃO DAS ENTIDADES DO TERCEIRO SETOR FOMENTADAS PELO ESTADO PARA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE SAÚDE**

Ao tratarmos do conceito de Terceiro Setor, tomamos como premissa que permeou o estudo perfilhado ao longo de todos os capítulos antecedentes, a sua acepção restrita, considerando como entidades integrantes do Terceiro Setor as pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, constituídas como associações ou fundações, alheias ao aparelho estatal, que desempenham atividades de relevante interesse coletivo de forma desinteressada à sociedade e passíveis de qualificações públicas e fomento estatal.

Desse modo, elegemos como nota característica comum que aglomera tais entidades num conceito específico, a possibilidade de tornarem-se destinatárias da atividade administrativa de fomento para a consecução de atividades de relevante interesse coletivo.

Com as objeções já realizadas em momento oportuno, não abarcamos no referido conceito as sociedades (dado o caráter comercial de suas atividades), as organizações religiosas e os partidos políticos por não enquadrarem-se como destinatárias da atividade promocional do Estado, bem como as entidades que, embora não possuam finalidade lucrativa e possuam objetivos sociais, não se destinam ao benefício da coletividade como um todo, restringindo-se a beneficiar um grupo restrito de associados, em regime de mutualidade.

Contudo, com o objetivo de especificar o regime jurídico aplicável às entidades que compõem o Terceiro Setor na prestação de serviços de saúde, apenas nos referimos neste capítulo àquelas situações em que, por meio do exercício da atividade administrativa de fomento, já se configurou uma relação jurídica especial entre o Poder Público e as entidades do Terceiro Setor, por meio da concretização de instrumentos de fomento econômico financeiro direto, como as subvenções, os auxílios, as contribuições, bem como por meio de convênios, termo de parceria e contrato de gestão, que colocam os destinatários desta espécie de

fomento numa relação de sujeição especial, cujo regime jurídico, embora predominantemente privado, sofre o influxo de regras de direito público, como veremos.

Devemos, antes de adentrar especificamente na abordagem do regime jurídico da gestão dos serviços de saúde pelas entidades do Terceiro Setor fomentadas pelo Estado, ressaltar que na prestação de serviços de saúde por tais entidades duas situações distintas podem ser constatadas na realidade: i) a gestão dos serviços sociais pode ocorrer mediante a atividade administrativa de fomento, em que o Estado incentiva a atuação do particular em áreas de relevante interesse público, mediante um estímulo, como os auxílios, subvenções, contribuições ou por meio de instrumentos jurídicos como os convênios, contratos de gestão e termos de parceria; e ii) a gestão dos serviços sociais ocorre mediante um instrumento jurídico formalizado como fomento, mas cujas características assemelham-se à prestação indireta de um serviço de titularidade estatal, objetivando-se o que convencionou-se chamar de “fuga para o direito privado”, ou seja, substituição do Estado por entidades do Terceiro Setor no desempenho de atividades próprias, cujo dever prestacional é imposto pela própria Constituição e do qual não pode se furtar, sob pena de grave inconstitucionalidade.

Isto porque, em que pese a doutrina incluir denominados instrumentos jurídicos na categoria de fomento administrativo, no caso específico da saúde, o que se verifica é a adoção de contratos de gestão, firmados com organizações sociais, para absorver ou substituir o Estado na prestação de serviços públicos de saúde.

Neste sentido, mais uma vez as lições de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Aparentemente, a organização vai exercer atividade de natureza privada, com incentivo do poder público, e não serviço público delegado pelo Estado. Todavia a própria lei, em pelo menos um caso, está prevendo a prestação de serviço público pela organização social, hipótese em que ela exerce atividade delegada pelo poder público; com efeito, quando a entidade absorver atividade de entidade federal extinta no âmbito da área da 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 19-9-90. Vale dizer que prestará serviço público e não atividade privada; em consequência, estará sujeita a todas as normas constitucionais e



legais que regem esse serviço, até porque não poderia a lei ordinária derrogar dispositivos constitucionais.<sup>287</sup>

Tendo em vista que a substituição do Estado pelas entidades do Terceiro Setor na prestação de serviços públicos sociais, mediante instrumentos formalizados como fomento, mas cujas características em nada lhe assemelham, apenas como saída revestida de aparência de legalidade para retirar a prestação destes serviços públicos da incidência do regime jurídico administrativo, não encontra guarida no ordenamento jurídico brasileiro, devendo tal prática administrativa, a exemplo de modelos anteriores como as fundações de apoio, ser fulminada pelos órgãos de controle e ser declarada a inconstitucionalidade das leis que lhe dão suporte.

O tema afeto ao regime jurídico das entidades que compõem o Terceiro Setor é de suma importância para que haja correto desempenho da função administrativa do Estado, ao exercer sua atividade administrativa de fomento, bem como para delimitar o campo de atuação dos agentes fomentados e os limites jurídicos impostos às suas atividades, quando fomentadas pelo Estado, pois não obstante configurarem pessoas jurídicas de direito privado e não prestarem serviço público, recebem o apoio financeiro do Estado, mediante o repasse de verbas públicas e por tal razão, sobre elas incidem, nesta condição, o influxo de regras publicísticas.

Aplica-se aqui, por analogia, o mesmo raciocínio exarado por Celso Antônio Bandeira de Mello ao tratar do regime jurídico dos entes estatais privados:

Entidades constituídas à sombra do Estado como auxiliares suas na produção de utilidade coletiva e que manejam recursos captados total ou majoritariamente de fontes públicas têm que estar submetidas a disposições cautelares, defensivas tanto da lisura e propriedade no dispêndio destes recursos quanto dos direitos dos administrados a uma atuação impessoal e isonômica, quando das relações que com elas entretenham. Isto só é possível quando existam mecanismos de controle internos e externos pelos órgãos públicos, quer pelos próprios particulares, na defesa de interesses individuais ou da Sociedade.<sup>288</sup>

Por fim, esclarecemos que não especificaremos as particularidades de cada instrumento jurídico de fomento, dando apenas o regime jurídico geral que deve nortear e limitar a atuação do agente fomentado (entidades do Terceiro Setor destinatárias do fomento econômico financeiro direto) e fomentador (Poder Público),

---

<sup>287</sup> PIETRO, Maria Sylvania Zanella Di, *Parcerias na Administração Pública. Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras Formas*, p. 268-269.

<sup>288</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, p. 197.

tendo em vista aplicar-se indistintamente à relação entre fomentado/fomentador, independentemente do instrumento jurídico de fomento utilizado.

## 5.2 RELAÇÃO DO AGENTE FOMENTADO COM O AGENTE FOMENTADOR

### 5.2.1 Princípios aplicáveis

Para deduzir nosso entendimento acerca da acepção que empregamos ao termo “princípio”, apoderamo-nos das sempre preciosas lições de Celso Antônio Bandeira de Mello para quem:

Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico.<sup>289</sup>

Eis porque para referido jurista

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.<sup>290</sup>

A atividade administrativa de fomento pertence à função administrativa e configura-se, ao lado da prestação de serviços públicos e da atividade administrativa de polícia, uma das formas de atuação da Administração Pública para cumprir sua finalidade, que, em última análise, configura-se no interesse público primário.

Desse modo, como já demonstramos no capítulo referente ao estudo da atividade administrativa de fomento, esta atividade é caracterizada pelos seguintes elementos: a) é uma atividade administrativa, e como tal é levada a cabo pela Administração Pública, com o propósito de alcançar determinadas finalidades; b) tais finalidades são de interesse público e se referem às necessidades coletivas e à

---

<sup>289</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, p. 53.

<sup>290</sup> *Ibidem*, p. 53.

obtenção dos fins do Estado; c) a atividade administrativa em que consiste o fomento não se dirige ao alcance direto e imediato dessa finalidade, mas são satisfeitas de forma indireta e mediata, por meio da atividade particular; d) para alcançar tais finalidades, a Administração se dedica a proteger ou promover as atividades dos particulares, utilizando-se de diferentes meios, excluindo-se, pois a coação; e, por fim e) as atividades dos particulares na realização das finalidades públicas surgem a partir de uma decisão destes, caracterizando-se como colaboradores da Administração Pública, em razão de uma participação voluntária.

Portanto, como atividade integrante da função administrativa, o fomento administrativo submete-se ao regime jurídico administrativo e encontra fundamento na própria Constitucional Federal.

José Roberto Pimenta Oliveira observa com primazia que

É fundamental registrar que nenhuma modalidade de fomento pode ser qualificada como mero ato de liberalidade administrativa, em favor de seus beneficiários imediatos, sejam particulares ou não. Da condição de atividade supostamente alheia ao Direito, por não envolver coação estatal, a atividade promocional ostenta, na atualidade, o signo da sua cabal juridicização, seguindo as injunções derivadas do modelo de Estado de Direito, em vigor. Desta inserção surge a incidência integral dos vetores principiológicos da ação administrativa no campo do fomento, que deve ser considerado como forma típica de *função administrativa*.<sup>291</sup>

Como conseqüência imediata da submissão da atividade administrativa de fomento ao conteúdo do regime jurídico administrativo, decorre que a formalização de qualquer espécie de instrumento jurídico de fomento direto (subvenções, auxílios, contribuições, convênios, termos de parceria e contrato de gestão) com as entidades do Terceiro Setor deve obediência às regras e princípios que conformam a atuação da Administração Pública no desempenho da função administrativa.

Inicialmente, cumpre informar que os dois princípios fundamentais que irradiam efeitos sobre todo o conteúdo do regime jurídico administrativo são: a) supremacia do interesse público sobre o privado e b) indisponibilidade pela Administração dos interesses públicos.

A supremacia do interesse público sobre privado consiste, como o próprio nome sugere, na posição de superioridade do interesse da coletividade em relação

---

<sup>291</sup> OLIVEIRA, José Roberto Pimenta, *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro*, p. 518.

ao interesse do particular, individualmente considerado. Tem-se como decorrência desse verdadeiro princípio axiológico duas conseqüências fundamentais: a) a posição privilegiada do órgão encarregado de zelar pelo interesse público e de exprimi-lo, nas relações com os particulares (presunção de veracidade e legitimidade dos atos administrativos; benefício de prazos processuais maiores; prazos prescricionais especiais, entre outras prerrogativas); b) posição de supremacia do órgão nas mesmas relações (configura-se pela ideia de verticalidade nas relações entre Administração e administrado, possibilitando que aquela constitua os particulares em obrigações de forma unilateral, bem como da mesma forma - unilateralmente - modifique relações já estabelecidas).

Da conjugação destas duas conseqüências da supremacia do interesse público sobre o privado, resulta, ainda, a exigibilidade dos atos administrativos e o poder de autotutela, ou seja, o poder da Administração de revogar (juízo de conveniência e oportunidade) e invalidar (juízo de legalidade) os seus próprios atos.

Tais prerrogativas, no entanto, configuram-se como poderes instrumentais colocados à disposição da Administração Pública para satisfazer o legítimo interesse público, no desempenho da função administrativa, razão pela qual, conforme nos ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, melhor seria denominá-las (prerrogativas) de “deveres-poderes”.<sup>292</sup>

A indisponibilidade do interesse público, por sua vez, relaciona-se com o fato de que as pessoas administrativas não têm disponibilidade sobre os interesses públicos que lhe são confiados, tais interesses não encontram-se livres e são, portanto, inapropriáveis. Neste sentido, apresentam-se como corolários deste axioma principiológico os seguintes princípios: a) legalidade, com suas implicações, tais como: princípios da finalidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da motivação e da responsabilidade do Estado; b) da obrigatoriedade do desempenho de atividade pública e seu cognato, princípio de continuidade do serviço público; c) do controle administrativo ou autotutela; d) da isonomia, ou igualdade dos administrados em face da Administração; e) da publicidade; f) da inalienabilidade

---

<sup>292</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, p. 70-72.

dos direitos concernentes a interesses públicos; e g) do controle jurisdicional dos atos administrativo.<sup>293</sup>

Os princípios que informam o regime jurídico administrativo podem apresentar-se expressos, como ocorre com a dicção do art. 37, caput, da Constituição Federal, ao enumerar como incidentes à Administração Pública como um todo os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência ou recolhidos implicitamente do sistema jurídico. De qualquer forma, valemo-nos aqui da enumeração arrolada por Celso Antônio Bandeira de Mello ao identificar todos os princípios que conformam o regime jurídico administrativo: supremacia do interesse público sobre o interesse privado; legalidade; finalidade; razoabilidade; proporcionalidade; motivação; impessoalidade; publicidade; devido processo legal e ampla defesa; moralidade administrativa; controle judicial dos atos administrativos; responsabilidade do Estado por atos administrativos; eficiência e segurança jurídica.<sup>294</sup>

Assim, tendo em vista que os agentes fomentados, enquanto estiverem nesta condição, estabelecem uma relação jurídica com o Estado mediante o exercício de uma atividade administrativa (fomento), por tal razão devem obediência às normas que compõem o regime jurídico administrativo e, via de consequência, aos seus princípios norteadores.

## 5.2.2 Necessidade de licitação para repasse de recursos públicos

Neste aspecto específico, faz-se imprescindível a invocação de dois princípios particulares que devem pautar o agir da Administração Pública para o repasse de verbas públicas às entidades que compõem o Terceiro Setor, a fim de que sejam estimuladas ao desempenho de atividades de relevante interesse coletivo, como ocorre com a saúde. São eles: os princípios da impessoalidade (art. 37, caput, da CF) e da igualdade (art. 5º, da CF).

Pelo princípio da igualdade e seu consectário princípio da impessoalidade, traduz-se “a idéia de que a Administração tem que tratar todos os administrados sem

---

<sup>293</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, p. 73-75.

<sup>294</sup> *Ibidem*, p. 125-126.

discriminações, benéficas ou detrimeniosas. Nem favoritismos 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.”<sup>295</sup>

Isto porque, embora a atividade promocional não esteja prevista expressamente na Constituição Federal, no art. 37, XXI, cujos termos são os seguintes: “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”, encampa ato ampliativo da esfera jurídica de terceiros (agente fomentado), possibilitando-os ao desfrute de uma situação jurídica especial (recebimento de verba pública).

Como a possibilidade do Estado é escassa na utilização do fomento administrativo econômico financeiro direito como forma de incentivar a atuação complementar do Estado no desempenho de atividades essenciais - já que se constitui na saída de dinheiro dos cofres públicos -, bem como a possibilidade de haver mais de um particular interessado em voluntariamente se dispor a tornar-se destinatário da atividade promocional do Estado, impõe-se, indubitavelmente, a necessidade de que a concessão de subvenção, auxílios e contribuições e que os convênios, termos de parceria e contratos de gestão, sejam previamente precedidos de procedimento licitatório ou qualquer outro procedimento capaz de assegurar a igualdade dos possíveis agentes fomentados ao acesso a tais instrumentos jurídicos de fomento.

Este é o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello, do qual perfilhamos integralmente, como podemos notar:

Aliás, deve-se entender que o simples princípio da igualdade de todos perante a lei (art. 5º da CF) e, *a fortiori*, perante a Administração – obrigada a agir com “impessoalidade”, nos termos do art. 37, *caput*, da Lei Magna –, normalmente, imporá licitação também no caso das permissões de uso exclusivo de bem público ou

---

<sup>295</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, p. 114.

de qualquer outro ato ampliativo que se destine a investir terceiros no desfrute de situação jurídica especial a que mais de um poderia aspirar. Nesta última hipótese, quando as normas regentes da licitação forem indubitavelmente inadaptadas ao caso, terá de existir, pelo menos, algum procedimento capaz de assegurar tratamento impessoal, que enseje iguais oportunidades a quantos desejem aceder a ela.<sup>296</sup>

A lei que trata das licitações (Lei nº 8.666/93) prevê em seu art. 116, que “aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração”, apresentando-se como norma cogente que deve pautar o agir de toda a Administração Pública.

Compartilha do mesmo entendimento, Alberto Shinji Higa, para quem,

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.<sup>297</sup>

Devemos ressaltar, por fim, que algumas legislações que regulamentam instrumentos da atividade administrativa de fomento, a exemplo da Lei nº 9.637/98 que trata do contrato de gestão, prevêem, além do repasse de verbas à entidade privada sem fins lucrativos qualificada como organização social, a possibilidade de a Administração Pública realizar a cessão de bens públicos para o agente fomentado para que os utilize no cumprimento do objeto contemplado no referido instrumento.

Nestes casos, entendemos que deva ser aplicado o mesmo regime jurídico aplicável à permissão ou concessão de uso de bem público a particulares, fortalecendo ainda mais a imprescindibilidade de licitação para que se formalize a atividade administrativa de fomento, concedendo igualdade de oportunidade a todas as entidades que desejem realizar suas finalidades públicas sob a guarda da atividade promocional do Estado.

---

<sup>296</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, p. 515-516.

<sup>297</sup> HIGA, Alberto Shinji, *A responsabilidade civil do Estado em face da atividade administrativa de fomento no domínio social e do agente fomentado à luz da Constituição Federal de 1988*, p. 128.

### 5.2.3 Responsabilidade civil do Estado em face do agente fomentado

O tema da responsabilidade civil do Estado impõe a necessidade de algumas considerações preliminares, a fim de que assentemos as premissas que nos levam à conclusão do tipo de responsabilidade que o Estado possui em face do agente fomentado, nos termos do direito positivo vigente.

A previsão constitucional da responsabilidade extracontratual do Estado é encontrada no § 6º, do art. 37, que dispõe: “§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

A teor do disposto na Constituição Federal acerca da responsabilidade extracontratual do Estado, a doutrina e a jurisprudência convergem no sentido de aceitar a responsabilidade objetiva do Estado pelos atos comissivos de seus agentes, bem como a subjetiva dos referidos, porém, da mesma sorte não se encontra a questão dos atos omissivos danosos praticados pelo Poder Público, havendo doutrinadores que apontam tratar-se de responsabilidade subjetiva e outros ainda objetiva do Estado.<sup>298</sup>

Para os adeptos da primeira corrente, a responsabilidade civil do Estado por ato omissivo é subjetiva, pois na omissão não há um agir do Estado e por isso não pode ser autor do dano. Assim, para que haja a responsabilidade civil, é imprescindível que o Estado esteja obrigado a impedir o dano, responsabilizando-o pelo descumprimento de um dever legal, e, portanto, um comportamento ilícito que gera necessariamente a responsabilidade subjetiva proveniente de negligência, imprudência ou imperícia.

De modo geral, os adeptos da responsabilidade estatal objetiva dos atos omissivos entendem que a norma constitucional não distinguiu entre atos comissivos e omissivos para impor a responsabilidade objetiva, motivo pelo não assiste razão

---

<sup>298</sup> Entendem pela responsabilidade subjetiva estatal pelos atos omissivos: Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Celso Antônio Bandeira de Mello, Lúcia Valle Figueiredo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Diógenes Gasparini, Sílvio Luís Ferreira da Rocha e José dos Santos Carvalho Filho. Do outro lado, acolhendo entendimento de tratar-se de responsabilidade objetiva: Hely Lopes Meirelles, Weida Zancaner, Juarez Freitas, Gustavo Tepedino, entre outros.



ao intérprete fazê-lo de outro modo, sob pena de verificarmos um retrocesso ao tema da responsabilidade civil do Estado.

Advertimos, ainda, que o tema também não encontra convergência na jurisprudência, havendo julgados do Supremo Tribunal Federal que apontam para ambas as correntes, variando ao sabor do casuísmo levado a pleito judicial e da composição vigente à época, sem a possibilidade de extrairmos posição prevalente ou critérios objetivos ao tema afeto à responsabilidade civil do Estado por atos omissivos na jurisprudência pátria.

Independentemente da posição adotada, podemos extrair da norma constitucional em apreço os seguintes pressupostos do dever estatal de indenizar: a) a existência do dano; b) que o dano seja praticado por um agente público investido nesta qualidade; c) nexo de causalidade entre o comportamento estatal e o dano.

Adotando-se a corrente da responsabilidade subjetiva dos atos omissivos, acresce-se a estes pressupostos o exame da culpa, pela teoria da culpa do serviço, devendo-se perquirir a existência de negligência, imprudência ou imperícia.

A responsabilidade civil do Estado consiste no ressarcimento deste pelo comportamento omissivo ou comissivo danoso que deu causa, diferenciando-se, pois, do dever de indenizar do Poder Público, pois este último decorre da recomposição patrimonial daquele que sofreu um sacrifício de direito em nome do interesse público, como ocorre com o direito à indenização na desapropriação. É a diferença apontada pela doutrina italiana entre ressarcimento (responsabilidade em face de danos ilegítimos causados a terceiros por ato ilícito) e indenização (danos legitimamente provocados).<sup>299</sup>

Após estas breves considerações acerca da responsabilidade civil do Estado, passamos a analisar a responsabilidade estatal em face dos danos causados aos agentes fomentados nas relações que se estabelecem entre eles no exercício da atividade administrativa de fomento.

A atividade promocional do Estado, como vimos, integra a função administrativa ao lado da prestação de serviços públicos e do exercício do poder de

---

<sup>299</sup> ALESSI, Renato. *La responsabilità della pubblica amministrazione*. 3ª ed. Milão: Giuffrè, 1955, p. 241.

polícia, com eles não se confundindo, pois conforme nos ensina Escola a atividade administrativa de fomento,

É aquela atividade da administração pública que pretende a satisfação de necessidades coletivas e o alcance dos 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 forma de coação.<sup>300</sup>

Como atividade integrante da função administrativa que se exerce mediante o regime jurídico administrativo, pode ocorrer que no desempenho da ação promocional os agentes públicos venham a causar dano ao agente fomentado, impondo-se, desse modo, o dever estatal de indenizar.

Assim também entendeu Lúcia Valle Figueiredo ao enunciar que

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.<sup>301</sup>

Portanto, tendo em vista tratar-se de uma atividade que integra a função administrativa, o dano estatal ao agente fomentado decorrente da ação fomentadora enseja a responsabilidade civil do Estado, nos exatos contornos traçados no § 6º, do art. 37, da Constituição Federal, apresentando-se objetiva nos atos comissivos e subjetiva nos atos omissivos, em que o Estado possuía o dever legal de observar.

Porém, mais uma vez a questão não se encontra pacífica entre os poucos estudiosos que se debruçaram sobre o tema da responsabilidade na relação agente fomentador/agente fomentado.

Em sentido contrário do aqui exposto, Célia Cunha Mello entende que a responsabilidade decorrente da atividade de fomento é subjetiva, nos termos do Código Civil. Para referida autora,

Sendo assim quanto aos danos causados aos agentes fomentados, ou a terceiros, em decorrência da atividade de fomento – atividade, como se viu, não se enquadra tecnicamente como serviços público -, a responsabilidade indenizatória sujeita-se à disciplina do Direito comum, que não prescinde do exame do elemento subjetivo da

<sup>300</sup> ESCOLA, Héctor Jorge, *Compendio de Derecho Administrativo*, p. 859.

<sup>301</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 97.

culpa, em sentido lato (culpa e dolo), entre os demais requisitos ensejadores da obrigação de indenizar (...).<sup>302</sup>

Alberto Shinji Higa, cuja posição adotamos integralmente, conclui que

(...) 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 da 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 da responsabilidade subjetiva, pela teoria da culpa do serviço ou culpa administrativa (...).<sup>303</sup>

#### 5.2.4 Controle externo

O controle externo dos agentes fomentados pode ser feito de três formas: a) pela Administração Pública competente (por meio do órgão repassador dos recursos) e responsável pela atividade fomentada, cuja fiscalização consiste tanto na verificação da correta aplicação da verba pública repassada à entidade, como no cumprimento dos objetivos e metas que foram assumidos pelo agente fomentado como condição ao alcance do fomento estatal; b) pelo Poder Legislativo com auxílio do Tribunal de Contas competente, tendo em vista o repasse de verbas públicas às entidades do Terceiro Setor, conforme disposto no parágrafo único, do art. 70, da CF; e c) controle jurisdicional, exercido com a participação do Ministério Público e da sociedade em geral.

A prestação de contas pelas entidades que compõem o Terceiro Setor e, principalmente, as que manuseiam recursos públicos, além de decorrência da própria Constituição Federal (art. 70, caput), se deve ao fato, como bem salienta Daniela Pais Costa<sup>304</sup>, de que as organizações da sociedade civil, por atuarem em prol de um interesse público, agem e captam recursos em nome de uma causa pública. Assim sendo, atuam como mandatárias desse interesse e devem assegurar aos diversos atores envolvidos que seus recursos e suas atividades estão sendo

<sup>302</sup> MELLO, Célia Cunha. *O fomento da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 153-154.

<sup>303</sup> HIGA, Alberto Shinji, *A responsabilidade civil do Estado em face da atividade administrativa de fomento no domínio social e do agente fomentado à luz da Constituição Federal de 1988*, 2009, p. 254.

<sup>304</sup> COSTA, Daniela Pais. *Prestação de Contas*. In: SZAZI, Eduardo org. *Terceiro Setor: temas polêmicos 2*. São Paulo: Peirópolis, 2005, p. 14.

geridos de forma eficiente e eficaz, ou seja, estão atingindo os resultados pretendidos e com qualidade.

O controle encampa a prestação de contas de dois tipos de informação básica: 1) técnicas ou de atividades (cujo objetivo é assegurar a verificação do cumprimento das metas e objetivos estipulados e que deram ensejo à atividade promocional do Estado) e 2) financeiras (para a verificação da correta aplicação dos recursos públicos repassados à entidade fomentada).<sup>305</sup>

O controle externo exercido pelo Poder Público sobre as entidades que compõem o Terceiro Setor pode ocorrer por razões distintas. A primeira relaciona-se à renovação de títulos, qualificações e certificados que são outorgados às pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos, constituídas como associação ou fundação e cumprem as exigências das leis que as disciplinam, que, via de regra, conferem prazo certo de fruição dos benefícios decorrentes de tais “titulações”, devendo haver renovação a cada período determinado de tempo.

A segunda razão que enseja o controle externo do Poder Público pode ser encontrada disciplinada em cada lei de regência que trata dos instrumentos de fomento, que podem condicionar a manutenção da atividade administrativa promocional à prestação de contas a órgãos específicos criados para este fim. Neste sentido, exemplificamos a assertiva com o disposto no art. 11, da Lei nº 9.790/99, que ao disciplinar a fiscalização da execução do objeto do termo de parceria celebrado com organizações da sociedade civil de interesse público, além da fiscalização por órgão do Poder Público da área de atuação correspondente à atividade fomentada, prevê ainda o controle via Conselhos de Políticas Públicas das áreas correspondentes de atuação existentes, criadas em cada nível de governo.

Por fim, a terceira razão ensejadora do dever de prestar contas ao Poder Público pelas entidades do Terceiro Setor é o repasse de verbas realizado pelo Estado, por meio da atividade administrativa de fomento, para que cumpram os objetivos de interesse coletivo a que se propuseram. É, portanto, sobre este controle específico que trata o presente tópico.

O Decreto-lei nº 200/67, ao dispor sobre normas de administração financeira e contábil aplicáveis à Administração Pública (Título X), prevê no art. 93 que: “Quem

---

<sup>305</sup> COSTA, Daniela Pais, *Prestação de Contas*, p. 13-14.

quer que utilize dinheiros públicos terá de justificar seu bom e regular emprego na conformidade das leis, regulamentos e normas emanadas das autoridades administrativas competentes.”

Assim, de acordo com o dispositivo mencionado, cada lei específica ao tratar de repasses públicos para entidades privadas deve prever a forma em que se dará a prestação de contas ao órgão repassador dos recursos, contendo as informações necessárias ao bom e fiel desempenho do controle a ser realizado, sob pena de inclusão da entidade inadimplente com seus deveres no Cadastro de Inadimplentes do Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal (SIAFI), bem como a suspensão do repasse de novas parcelas, podendo implicar ainda na devolução do montante recebido, devidamente atualizado com juros e correção monetária e demais penalidades previstas no ordenamento jurídico, como a declaração de inidoneidade da organização de contratar com a administração e a inclusão no Cadastro Informativo dos débitos não quitados de órgãos e entidades federais (Cadin) ou órgão equivalente em cada unidade da federação.

Além do controle exercido pelo Poder Público, a Constituição Federal determina que cabe ao Congresso Nacional o controle externo do repasse de recursos públicos a “qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária” (parágrafo único, do art. 70), controle que será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas competente em cada esfera de governo.

Assim, compete ao Tribunal de Contas entre outras atribuições: a) julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público (art. 71, II, da Constituição Federal); b) realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II (art. 71, IV, da Constituição Federal); c) 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 (art. 71, VI, da Constituição Federal); d) aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário (art. 71, VIII, da Constituição Federal); e) assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade (art. 71, IX, da Constituição Federal); f) representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados (art. 71, XI, da Constituição Federal).

Ressaltamos, por fim, que o repasse de verbas públicas mediante instrumentos de fomento como as subvenções, os auxílios, as contribuições, o termo de parceria e o contrato de gestão deve obedecer ainda os requisitos estabelecidos para a concessão e utilização de tais recursos pela Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO).

O controle externo pode ser exercido também pelo Poder Judiciário, com a provocação do Ministério Público e da sociedade, mediante a promoção de ação civil pública pelo primeiro e ação popular por este último.

A Constituição prevê no art. 129, III, como uma das funções institucionais do Ministério Público “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”, bem como no art. 5º, LXXIII, que “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.”

### 5.3 RELAÇÃO INTERNA DO AGENTE FOMENTADO

#### 5.3.1 Procedimentos financeiros e contábeis

Na tentativa de sintetizar os procedimentos adotados pelas entidades que compõem o Terceiro Setor, o Conselho Federal de Contabilidade editou o “Manual de procedimentos contábeis para fundações e entidades de interesse social”<sup>306</sup> em parceria com a Fundação Brasileira de Contabilidade (FBC) e a Associação Nacional dos Procuradores e Promotores de Justiça de Fundações e Entidades de Interesse Social (PROFIS), bem como expediu normas especiais de contabilização que objetivam aperfeiçoar a escrituração e a divulgação das demonstrações financeiras praticadas pelas entidades indicadas no Manual retro mencionado.

Tendo em vista as inúmeras particularidades que comportam o exame detido dos procedimentos financeiros e contábeis de cada entidade e por tal análise não apresentar-se como objetivo a ser concretizado neste trabalho, que encampa apenas a análise do ponto de vista jurídico do regime aplicável às entidades que compõem o Terceiro Setor e como destinatárias do fomento estatal prestam serviços de saúde, apenas enumeraremos as resoluções que tratam do tema. São elas:

1. Resolução CFC nº 785, de 28.07.95;
2. Resolução CFC nº 563, de 28.10.83, alterada pelas resoluções nºs 790/95 e 848/99;
3. Resolução CFC nº 597, de 14.06.85, alterada pelas resoluções nºs 790/95 e 848/99;
4. Resolução CFC nº 686, de 14.12.90, alterada pelas resoluções nºs 847/90, 887/00 e 1049/05;
5. Resolução CFC nº 837, de 22.02.99;
6. Resolução CFC nº 920, de 19.12.01;
7. Resolução CFC nº 838, de 22.02.99, alterada pela resolução nº 852/99;
8. Resolução CFC nº 877, de 18.04.00, alterada pelas resoluções nºs 926/01 e 966/03;
9. Resolução CFC nº 1026, de 15.04.05;

### 5.3.2 Regime de pessoal

---

<sup>306</sup> Disponível na internet no endereço: [http://www.cfc.org.br/uparq/Livro\\_ManualFundacoes2ed.pdf](http://www.cfc.org.br/uparq/Livro_ManualFundacoes2ed.pdf), acesso realizado em 01 de agosto de 2010.

Via de regra, o regime de pessoal aplicável às contratações realizadas pelas entidades que compõem o Terceiro Setor, obedece às mesmas regras aplicáveis à iniciativa privada, com observância das regras contidas na Consolidação das Leis Trabalhistas, tendo em vista serem constituídas como associações ou fundações, disciplinadas como pessoas jurídicas de direito privado pelo Código Civil, não perdendo esta qualidade pelo simples de fato de tornarem-se destinatárias da atividade fomentadora do Estado.

Contudo, vale dizer que algumas legislações que tratam especificamente do fomento estatal prevêem também, além da possibilidade de repasse de verbas públicas e cessão de bens públicos, a possibilidade de a Administração Pública realizar a cessão de servidores públicos para que desempenhem atividades junto ao agente fomentado e, no que se afigura pior, a expensas do erário público e muitas vezes sem que o instrumento que formalizou a atividade administrativa de fomento seja precedido de procedimento que assegure igualdade de oportunidades àquelas entidades que desejam tornarem-se destinatárias da atividade promocional do Estado.

Em contundente crítica quanto esta possibilidade, da qual em tudo concordamos, notadamente ao analisar a lei que trata das organizações sociais e do contrato de gestão, Celso Antônio Bandeira de Mello adverte:

Acresce que a possibilidade aberta pela lei de que servidores públicos sejam, como é claro a todas as luzes, cedidos a organizações sociais a expensas do Poder Público aberra dos mais comezinhos princípios de Direito. Tais servidores jamais poderiam ser obrigados a trabalhar em organizações particulares. Os concursos que prestaram foram para entidades estatais, e não entidades particulares. Destarte, pretender impor-lhes que prestem seus serviços a outrem violaria flagrantemente seus direitos aos vínculos de trabalho que entretêm. Mesmo descartada tal compulsoriedade, também não se admite que o Estado seja provedor de pessoal de entidades particulares.<sup>307</sup>

### 5.3.3 Necessidade de licitação para contratar com terceiros

Quanto ao tema, importante passo foi dado com a edição do Decreto nº 5.504, de 05.08.2005, ao estabelecer a exigência de procedimento licitatório, na

---

<sup>307</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, p. 240.



modalidade pregão, preferencialmente na forma eletrônica (Lei nº 10.520/2002 e Decreto nº 5.450/05), para entes públicos ou privados, nas contratações de bens e serviços comuns, realizadas em decorrência de transferências voluntárias de recursos públicos da União, decorrentes de convênios e instrumentos congêneres, ou consórcios públicos.

Em que pese tratar-se de lei federal, que impõe normas obrigatórias para a União, entendemos que o posicionamento ali referido deve ser observado em todos os níveis de governo, por todos os entes da federação, tendo em vista a necessidade de haver transparência na aplicação dos recursos repassados às entidades do Terceiro Setor, destinatárias de instrumentos jurídicos de fomento econômico direto, cujo repasse de recursos deve atender da melhor forma a satisfação dos interesses coletivos objetivados pela entidade.

O referido decreto prevê a necessidade de que sejam editados instrumentos de formalização, renovação ou aditamento de convênios, instrumentos congêneres (contratos de gestão e termos de parceria) ou de consórcios públicos que envolvam repasse voluntário de recursos públicos da União, contendo cláusula que determine que as obras, compras, serviços e alienações a serem realizadas por entes públicos ou privados, com os recursos ou bens repassados voluntariamente pela União, sejam contratadas mediante processo de licitação pública, de acordo com o estabelecido na legislação federal pertinente, sendo que deve ser observada a obrigatoriedade do emprego da modalidade pregão, dando-se preferência à utilização de sua forma eletrônica.

Para afastar qualquer dúvida quanto à aplicação do referido decreto aos contratos de gestão, celebrados com organizações sociais e termos de parceria firmados com organizações da sociedade civil de interesse público, o § 5º, do art. 1º prevê expressamente que “aplica-se o disposto neste artigo às entidades qualificadas como Organizações Sociais, na forma da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, e às entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, na forma da Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999, relativamente aos recursos por elas administrados oriundos de repasses da União, em face dos respectivos contratos de gestão ou termos de parceria.”

Desta forma, portanto, estão desincumbidas do procedimento licitatório para compras e contratações com terceiros, apenas as aquisições e contratações

realizadas pelos agentes fomentados que comprovadamente sejam realizados com dinheiro da própria entidade, no seu âmbito estritamente privado. Do contrário, havendo dispêndio de verba pública, objeto de repasses efetuados pelo agente fomentador, deve ser observado o regime jurídico administrativo e, portanto, adotado o procedimento licitatório.

#### 5.3.4 Controle interno

O controle interno dos agentes fomentados decorre de regras e procedimentos previstos nos estatutos das entidades, bem como em cada legislação específica que atribui alguma forma de organização peculiar como requisito necessário ao alcance das certificações conferidas pelo Poder Público e, conseqüentemente, ao fomento estatal. São regras e procedimentos que objetivam conferir transparência e boa gestão às entidades, conferindo-lhes a idoneidade necessária para que cumpram seus objetivos sociais da melhor forma possível.

Assim, via de regra, as entidades privadas sem fins lucrativos, como as associações e fundações, poderão ser compostas por três órgãos distintos: diretoria, conselho fiscal e assembléia geral, embora a Lei nº 11.127/2005 tenha incluído novo dispositivo ao art. 54 do Código Civil, constando em seu inciso VII, que a forma de gestão administrativa e de aprovação das respectivas contas deverá ser especificada no estatuto de cada entidade, não havendo mais a expressa previsão de aprovação das contas pela assembléia geral.

De modo geral, à diretoria compete, no desempenho do controle interno que cabe à entidade, o levantamento das demonstrações financeiras e preparação dos relatórios acerca das despesas e receitas efetuadas no exercício anterior, para que sejam submetidos à assembléia geral ordinária no início de cada ano para apreciação e aprovação, podendo ainda, em alguns casos, serem remetidos previamente ao conselho fiscal, desde que haja previsão da competência para aprovação das contas pela assembléia geral no estatuto da entidade.

Ao conselho fiscal compete, nos casos disciplinados em lei, a emissão de pareceres sobre o desempenho financeiro, contábil e operações patrimoniais da entidade. Desse modo, tendo em vista a necessidade de verificação da regularidade

de aplicação dos recursos pelo conselho fiscal, torna-se necessário que este se reúna, no mínimo uma vez por ano, necessariamente antes da assembléia geral ordinária, para emitir parecer sobre os documentos contábeis do exercício anterior, que serão posteriormente apreciados e aprovados pela assembléia.

A assembléia geral é disciplinada no art. 59 do Código Civil, e suas competências, com redação dada pela Lei 11.127/2005, são as de destituir os administradores e alterar o estatuto, sendo exigida para isso a deliberação da assembléia especialmente convocada para esse fim, cujo quorum será o estabelecido no estatuto, bem como os critérios de eleição dos administradores, podendo ser previsto no estatuto da entidade a competência deste órgão para aprovação das contas da entidade.

Como podemos ver, o controle interno deverá obedecer o que foi estabelecido previamente no estatuto da entidade, impondo-se requisitos e particularidades de acordo com a legislação específica que rege a concessão de títulos e qualificações pelo Poder Público.

Inobstante não tenhamos como objetivo estabelecer como se dá o controle interno em cada entidade que compõe o Terceiro Setor, mencionamos a título de elucidação como disciplinam o tema as leis federais das organizações sociais e das organizações da sociedade civil de interesse público.

A Lei nº 9.637/98 dispõe no art. 2º, I, “c”, como requisito para a qualificação da entidade como organização social, a 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 no art. 3º da mesma lei.

Assim, para que a entidade seja qualificada como organização social, o estatuto deverá prever que o conselho de administração deve estar estruturado para atender 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. 3º).

Prevê ainda a legislação federal das organizações sociais que "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." (art. 4º).

De igual sorte, a legislação federal que confere a qualificação de organização da sociedade civil de interesse público, Lei nº 9.790/99, dispõe no art. 4º que as pessoas jurídicas interessadas em obter tal qualificação sejam regidas por estatutos cujas normas expressamente disponham, entre outros requisitos, sobre: i) 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; ii) 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; iii) 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.

Desta forma, como restou demonstrado, cada entidade integrante do Terceiro Setor terá sua peculiaridade quanto à organização e funcionamento dos órgãos que irão compor o controle interno da entidade, responsável pela fiscalização do seu bom desempenho nas atividades que exercem e a sua regularidade financeira.

## 5.4 RELAÇÃO DO AGENTE FOMENTADO COM OS USUÁRIOS DO SERVIÇO DE SAÚDE

### 5.4.1 Universalidade

O princípio da universalidade no âmbito da saúde está previsto no art. 196 da Constituição Federal, que dispõe: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao **acesso universal e igualitário** às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

Assim, a universalidade está consubstanciada na abrangência do serviço público de saúde, no âmbito do Sistema Único de Saúde, que abarca a todos indistintamente, independentemente do pagamento de taxa, de forma totalmente gratuita.

No tocante a prestação dos serviços de saúde por entidades do Terceiro Setor fomentadas para tal pelo Estado, impõe-se a necessidade de verificarmos com cautela a aplicação do conteúdo da universalidade, por não tratar-se de um serviço público, mas privado, exercido na esfera da livre iniciativa, embora voltado à coletividade como um todo e sem finalidade lucrativa.

Ao delimitarmos nosso objeto de estudo, afastamos do conceito de Terceiro Setor aquelas entidades privadas, que embora exerçam atividades consideradas sociais, sem finalidade lucrativa, prestam-se a gerar benefícios mútuos, limitando-se a um grupo limitado de pessoas. Desta forma, portanto, admitimos no referido conceito apenas àquelas que se prestem ao desenvolvimento de atividades relevantes voltados à coletividade como um todo.

Por outro lado, não podemos admitir que o agente fomentado seja obrigado a dar atendimento à saúde de toda população de forma universal, tendo em vista ser este dever do Estado e não da iniciativa privada, bem como pelo reconhecimento da impossibilidade financeira e estrutural da entidade para dar atendimento universal à qualquer pessoa, que dos serviços prestados, deles necessite.

Assim, dentro de um juízo ponderado, levando-se em conta os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, devemos entender que deve-se impor ao agente fomentado um mínimo de generalidade no atendimento da população na prestação dos serviços de saúde, para o qual recebeu o fomento do Estado, mediante o repasse de verbas públicas, sendo necessário, a nosso ver, o estabelecimento de critérios objetivos e transparentes de atendimento, evitando tratamento discriminatório ou que retirem da entidade a característica que lhe torna passível de

fomento estatal, ou seja, prestar serviço relevante à coletividade como um todo considerada e não a um grupo restrito de indivíduos, em regime de mutualidade.

Neste mesmo sentido, profícuas e sábias as lições de Sílvio Luís Ferreira da Rocha ao analisar a incidência da universalidade às organizações sociais que firmaram contrato de gestão com o Poder Público:

O requisito da universalidade, por sua vez, pode restringir-se ao que pode ser definido como “universo restrito”, desde que não haja discriminação. Quer dizer, não se exige que a organização social atenda todos que a procurem, mas ela pode especializar-se no atendimento de um determinado segmento da população.<sup>308</sup>

Ressalva pertinente que sempre se coloca à análise do regime jurídico aplicável às entidades fomentadas, sobretudo na prestação de serviços voltados à saúde, é a necessidade de verificarmos no caso concreto a real natureza jurídica do serviço prestado, tendo em vista a possibilidade de haver ilegalmente a substituição do Estado por tais entidades na prestação de serviços públicos, transvestidos como fomento, hipótese em que se impõe o mesmo tratamento dado ao Estado e aos terceiros que prestam serviços públicos no âmbito do Sistema Único de Saúde.

#### 5.4.2 Gratuidade

O requisito da gratuidade, por sua vez, apresenta algumas peculiaridades em face do tipo de entidade que possui o fomento estatal. Isto porque algumas legislações específicas prevêm como requisito de obtenção do repasse de verbas públicas, por meio da atividade promocional do Estado, a necessidade de prestação gratuita dos serviços à população. É o que decorre, por exemplo, do disposto no art. 3º, da Lei nº 9.790/99 (que trata das OSCIPs), que ao definir as finalidades contidas no objeto social da entidade como condição para a qualificação do Poder Público como OSCIP e termo de parceria a ser firmado com o Poder Público, impõe que os serviços de saúde e educação sejam promovidos de forma gratuita.

Da mesma forma, para fazer jus ao Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social, a fim de que a entidade possa gozar do benefício da isenção da cota patronal devida ao INSS, a entidade que presta serviços de saúde deve

---

<sup>308</sup> ROCHA, Sílvio Luis Ferreira da, *Terceiro Setor*, p. 124.

comprovar que oferta serviços destinados ao SUS (mediante gratuidade, portanto), em no mínimo 60% da totalidade dos serviços prestados, nos termos do art. 4º, II, da Lei nº 12.101/2009 (nova lei da filantropia).

Não obstante inexistir previsão quanto à gratuidade na lei federal das organizações sociais como exigência ao contrato de gestão, entendemos no mesmo sentido exarado por Sílvio Luís Ferreira da Rocha, que

As posições extremadas quanto à gratuidade devem ser evitadas. A lei não exige a prestação gratuita integral de serviços pelas entidades para que elas possam obter o título de organização social e celebrar contrato de gestão. No entanto, parece-nos necessário que parcela substancial do atendimento pela organização social seja feita de modo gratuito, sem a cobrança de qualquer contraprestação pecuniária, ou que, pelo menos, os serviços gratuitos correspondam, no mínimo, ao total do volume de recursos (financeiros, humanos e materiais) repassados pelo Estado à organização social, sob pena de haver por parte dela apenas a mera apropriação de recursos públicos, sem a respectiva contraprestação.<sup>309</sup>

Desta forma, portanto, mais uma vez invocando os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, pensamos que nos casos em que não haja previsão legal expressa da gratuidade como condição ao alcance do fomento estatal, devemos entender que a entidade pode cobrar pelos serviços prestados, devendo apenas observar a obrigatoriedade de reinvestir o lucro arrecadado na própria finalidade, devendo, ainda, reservar parcela do atendimento de forma gratuita, proporcionalmente aos recursos públicos repassados a título de fomento.

#### 5.4.3 Responsabilidade civil do agente fomentado pelos danos causados a terceiros

Cumpra inicialmente registrar que em vista das entidades que compõem o Terceiro Setor não integrarem a Administração direta ou indireta, nem prestarem serviços públicos por delegação estatal, tendo em vista a natureza jurídica privada dos serviços sociais exercidos por tais entidades, que, como vimos, por tratarem-se de serviços não exclusivos do Estado, são insuscetíveis de serem dados em concessão ou permissão, mas admitem a participação da iniciativa privada, no desempenho de uma atividade livre à iniciativa privada, configurando-se como atividade econômica em sentido estrito, não estão abarcadas no conteúdo do art. 37,

---

<sup>309</sup> ROCHA, Sílvio Luis Ferreira da, *Terceiro Setor*, p. 124.



§ 6º, da Constituição Federal, que disciplina a responsabilidade civil extracontratual do Estado.

Desse modo, portanto, tratando-se de pessoas jurídicas de direito privado alheias ao aparelho estatal e a natureza privada dos serviços que prestam, ainda que contenham o qualificativo da “relevância pública”, estão submetidas, via de regra<sup>310</sup>, à responsabilidade subjetiva disciplinada no Código Civil, no art. 186 c/c art. 927, caput, no caso da responsabilidade extracontratual e no art. 389, do mesmo diploma legislativo, no que toca a responsabilidade contratual.

Vale ressaltar, contudo, que a aplicação da responsabilidade subjetiva, nos moldes da disciplina civilística, quando houver dano causado a terceiros na prestação dos serviços de saúde pelas entidades do Terceiro Setor, objeto do fomento estatal, apenas se aplica se constatado que o instrumento jurídico de fomento firmado com o agente fomentado não tem o propósito escuso de revestir uma situação ilegal sob a aparência de legalidade, como ocorre, por exemplo, com o repasse integral da gestão de hospitais públicos a entidades qualificadas como organizações sociais, que por meio do contrato de gestão realizam atividade fim do Estado em claro regime de substituição estatal, mecanismo muito utilizado na prática pelos administradores públicos para subtraírem-se da incidência do regime jurídico administrativo, apontado como burocrático e impeditivo da eficiência na prestação dos serviços públicos.

Neste sentido, as lições de Alberto Shinji Higa que tratou especificamente do tema em dissertação de mestrado desenvolvida na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo:

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 de restar comprovada que houve mera substituição do Estado, no dever de

---

<sup>310</sup> Em casos excepcionais admite-se a responsabilidade objetiva, conforme preceitua o parágrafo único do art. 927, do Código Civil, *in verbis*: “Art. 927. *Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.*”

*Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”*

prestar serviço público e não atividade administrativa de fomento (...).<sup>311</sup>

Isto porque, no que tange especificamente às organizações sociais e às graves inconstitucionalidades encontradas na lei que as disciplina (Lei nº 9.637/98), possibilitando a destinação, além de recursos públicos, da cessão de bens públicos e servidores públicos com ônus para a origem, bem como a absorção de entidades públicas por organizações sociais, a exemplo do disposto nos arts. 21 e 22, da referida lei, que extinguiu 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, transformando-as em organizações sociais, há nestes casos, como já afirmamos, burla ao regime jurídico administrativo em que a prestação de serviços públicos é revestida de atividade administrativa de fomento, furtando-se às normas publicísticas.

Portanto, para melhor compreensão da matéria, torna-se imprescindível identificar, com base no ordenamento jurídico vigente, a natureza dos serviços prestados pela entidade: se privado, realizado por entidades do Terceiro Setor mediante legítima atividade administrativa de fomento, ou público, em que há substituição do Estado na prestação dos serviços que lhe competem, amparados em instrumentos jurídicos não acobertados pelas notas características do fomento legítimo, mas na prestação indireta de tais serviços pela iniciativa privada, como ocorre na delegação estatal, por meio da concessão e permissão.

#### 5.4.4 Responsabilidade civil do Estado pelos danos causados a terceiros pelos agentes fomentados

O tema da responsabilidade civil do Estado em face dos danos causados a terceiros pelos agentes fomentados apresenta certa dificuldade, que se espelha na grande divergência encontrada entre aqueles que se propuseram ao estudo do tema.

---

<sup>311</sup> HIGA, Alberto Shinji, *A responsabilidade civil do Estado em face da atividade administrativa de fomento no domínio social e do agente fomentado à luz da Constituição Federal de 1988*, p. 242.

Como já afirmamos quando da análise da responsabilidade civil dos agentes fomentados em face dos danos causados a terceiros, afastamos a regra da responsabilidade prevista no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, por tratarem de entidades privadas sem fins lucrativos, alheias ao aparelho estatal que não prestam serviços públicos, mas atividades de interesse coletivo, mediante um estímulo do Estado.

Nesse sentido, afasta-se, via de regra, a responsabilidade civil do Estado por danos causados a terceiros, por pessoas que não lhe pertencem ou que não atuam em seu nome. Não podemos imputar a responsabilidade estatal neste caso, pelo simples fato de haver a outorga de um estímulo estatal do Estado para que tais entidades privadas que compõem o Terceiro Setor desempenhem atividades consideradas relevantes socialmente, mas que não configuram a prestação de um serviço público, mas o desempenho de uma atividade econômica, por vontade exclusiva sua.

Porém, as mesmas considerações que fizemos quanto à responsabilidade civil dos agentes fomentados em face dos danos causados a terceiros se impõe, tendo em vista a possibilidade de haver substituição estatal na prestação de serviços públicos por entidades do Terceiro Setor, revestidas de uma aparência de fomento, como mecanismo de fuga do direito público. Nestes casos, portanto, que deve ser constatado para a correta imputação da responsabilidade civil pelos prejuízos causados a terceiros, faz-se necessário identificar a natureza jurídica da atividade prestada, se serviço público ou atividade econômica lato sensu, com base nas disposições do direito positivo vigente que se amoldam aos preceitos constitucionais.

Isto porque, no caso específico das organizações sociais, além da possibilidade de repasse de verbas públicas, sua lei regulamentadora autoriza que por meio do contrato de gestão sejam repassados à entidade fomentada a cessão de bens públicos e de servidores públicos, com ônus para a origem, além da previsão de representantes do Poder Público integrarem o Conselho de Administração da entidade. Nestes casos, portanto, deve ser verificada com cautela a possibilidade de responsabilizar-se o Estado pelos prejuízos causados a terceiros, em decorrência dos bens públicos repassados ou por servidor público seu que atua no âmbito da entidade.

No tocante ao tema das organizações sociais, em que pese tratar-se de um tipo de entidade criado por lei como destinatária da atividade administrativa de fomento, o propósito não declarado na lei, mas verificado na prática, é a transferência da prestação dos serviços públicos sociais a entidades privadas, que desempenham tais serviços sob o influxo de regras privadas. Esta realidade pode ser bastante constatada especialmente no caso da saúde no Estado de São Paulo, em que atualmente 34 (trinta e quatro) hospitais, 38 (trinta e oito) ambulatórios, 1 (um) centro de referência, 2 (duas) farmácias e 3 (três) laboratórios de análises clínicas são administrados por esta forma de gerenciamento, no âmbito do SUS.

Ou seja, a excepcionalidade da prestação de serviços públicos de saúde no âmbito do SUS pela iniciativa privada de forma complementar ao Estado, na hipótese de comprovada impossibilidade de atendimento em determinada área, conforme previsto no art. 199, § 1º, da Constituição Federal e art. 24, da Lei nº 8.080/99, tornou-se a regra e com a edição da Lei Complementar estadual nº 846/98, a integralidade do sistema público de saúde vem sendo repassado às organizações sociais de saúde, mediante mecanismos claros de fuga do regime jurídico administrativo, como podemos constatar com a dispensa de licitação para a realização dos mencionados contratos de gestão, previstos na lei.

Desse modo, como o nosso objeto de estudo é a análise do regime jurídico que incide na prestação dos serviços de saúde pelas entidades do Terceiro Setor, destinatárias do fomento estatal sob a perspectiva do ordenamento jurídico que encontra seu fundamento de validade na norma constitucional, não adentramos especificamente na análise de cada legislação específica, mas procuramos pontuar as regras e princípios aplicáveis a toda relação que se estabelece entre agente fomentado e fomentador na legítima atividade promocional do Estado.

No entanto, no que toca especificamente ao tema das organizações sociais, remetemos o leitor à excelente obra do Professor Sílvio Luís Ferreira da Rocha, intitulada “Terceiro Setor”, em que o autor traça análise detida e aprofundada das conseqüências jurídicas advindas da legislação que rege as organizações sociais, inclusive no que atine ao tema da responsabilidade civil do Estado pelos danos causados a terceiros pelos agentes fomentados.<sup>312</sup>

---

<sup>312</sup> ROCHA, Sílvio Luis Ferreira da, *Terceiro Setor*, p. 162-167.

Sobre o tema específico, esclarecedoras as lições de Sílvio Luís Ferreira da Rocha ao afirmar que “os fatos relacionados às atividades das organizações sociais e que podem dar ensejo à responsabilização do Estado, a nosso ver, são: o ato praticado por agente público cedido à organização social e a omissão da Administração Pública em fiscalizar as atividades da organização social.”<sup>313</sup>

Retomando aos aspectos gerais aplicáveis a qualquer relação estabelecida mediante o fomento administrativo, há, ainda, a possibilidade de se reconhecer a responsabilidade civil do Estado por danos causados pelos agentes fomentados a terceiros, sob o fundamento de que tendo em vista o exercício da atividade administrativa de fomento, mediante o repasse de verbas públicas para as entidades do Terceiro Setor, ao causarem danos a terceiros, incide a responsabilidade civil subjetiva do Estado, pois houve uma conduta omissiva, consubstanciada na ausência de fiscalização que lhe competia por determinação legal<sup>314</sup>.

Portanto, entendemos que, via de regra, não há responsabilidade civil do agente fomentador pelos danos causados a terceiros pelo agente fomentado, tendo em vista não integrar o aparelho estatal e não prestar serviços públicos por delegação estatal, ressalva apresentada apenas à possibilidade de se invocar a responsabilidade subjetiva do Estado, por omissão ao seu dever fiscalizatório, imposto por lei.

Assim, estabelecidas as relações entre agente fomentado e fomentador que permeiam Estado e entidades integrantes do Terceiro Setor, concluímos que quando estas tornam-se destinatárias da atividade administrativa de fomento, não podemos aplicar simplesmente o mesmo regime jurídico aplicável aos particulares que desempenham tais atividades com intenção lucrativa, pois embora seja predominantemente de direito privado, o regime jurídico neste caso, sofre o influxo de regras especiais de natureza pública, dada a relação que tais entidades estabelecem com o Poder Público, na prestação de serviços sociais, como a saúde.

---

<sup>313</sup> ROCHA, Sílvio Luis Ferreira da, *Terceiro Setor*, p. 166.

<sup>314</sup> Cada legislação específica de fomento trata do tema da fiscalização do Estado quando do exercício da atividade fomentadora. A título de exemplo mencionamos o art. 8º, da Lei 9.637/98 e art. 11, da Lei 9.790/99.

## CONCLUSÕES FINAIS

1. O fenômeno denominado “Terceiro Setor” foi se desenvolvendo a partir do declínio do Estado Liberal que preconizava clara dicotomia entre o interesse público e o interesse privado, cabendo ao Estado o monopólio exclusivo do primeiro e aos particulares a gestão dos interesses econômicos.
2. A ascensão do Estado Democrático de Direito configurou-se como ambiente político-social propício para o fortalecimento das relações de cooperação entre Estado e sociedade na consecução de objetivos de interesse coletivo, tornando-se campo fértil para a criação de modelos de parceria entre o primeiro setor (Estado) e a iniciativa privada.
3. Os modelos de Estado e a organização político-administrativa de cada um deles influenciam diretamente na forma de atuar do Estado e no modo com que este se relaciona com a sociedade, trazendo importantes reflexos para o delineamento do estudo do direito administrativo, disciplina responsável pela sistematização da função administrativa.
4. Não podemos cogitar de rupturas estanques na passagem de um modelo estatal para outro, apenas identifica-se características de cada modelo que se acentuam com maior nitidez e prevalência em determinado tempo e espaço, dando-lhe feição específica, razão pela qual apenas didaticamente podemos fazer a divisão do Estado em distintas fases, quais sejam: Estado Antigo, Estado Grego, Estado Romano, Estado Medieval, Estado Moderno e Estado Contemporâneo.
5. Foi apenas no Estado Contemporâneo que se concebeu a idéia de submissão do Estado à lei, a partir das revoluções liberais do século XVIII, formando-se as bases ideológicas do Estado de Direito (que originou a criação do direito administrativo) tendo sofrido diversas mudanças que vão do Estado Liberal ao Estado Social e Democrático de Direito, passando pelo Estado de Bem Estar Social ou Estado Providência.
6. O Estado Liberal surge com forte raiz individualista e apresenta-se como um modelo de Estado abstencionista, marcado pela não interferência estatal na esfera política, econômica e jurídica dos indivíduos, responsável, sobretudo,

pela garantia da autonomia e liberdade individual dos cidadãos, instaurando-se a concepção de um Estado mínimo.

7. Nesse ambiente sócio-político do Estado Liberal há clara dicotomia entre os interesses público e privado, sendo rechaçada qualquer forma de participação de grupos intermediários entre o Estado e a sociedade, por representarem ameaça a liberdade e autonomia individuais.
8. As injustiças sociais perpetradas pela omissão estatal e a sua não ingerência nas questões políticas e sociais propiciaram o declínio do modelo liberal e fizeram eclodir a partir do início do século XX um modelo marcadamente intervencionista conhecido como Estado de Bem Estar Social ou Estado Providência, responsável pela garantia dos direitos sociais e maior interferência estatal na economia.
9. Neste momento histórico surge, ainda que timidamente, as primeiras formas de fomento estatal à iniciativa privada para a realização de atividades consideradas relevantes coletivamente em que não houve a *publicatio*, ou seja, transformação da atividade em serviço público, tornando-se de titularidade estatal.
10. O modelo social de Estado provocou um agigantamento da estrutura estatal e foi aos poucos tornando-se insustentável diante da crescente demanda social e da escassez de recursos necessários ao atendimento e manutenção das reivindicações da sociedade, eclodindo a chamada “crise fiscal do Estado” e as constatações da ineficiência do Estado em atender sozinho as demandas sociais.
11. Assim, constatou-se a necessidade de devolver à sociedade a direção de algumas atividades assumidas pelo Estado – *despublicatio*, alargando a participação da sociedade nos assuntos de relevante interesse coletivo, ambiente promissor para o desenvolvimento do Terceiro Setor, impondo-se a necessidade de encontrar um modelo de Estado a meio caminho entre o total abstencionismo estatal do modelo liberal e o intervencionismo exacerbado do modelo social.
12. O Estado Social e Democrático de Direito surge, assim, nas duas últimas décadas do século XX, como uma síntese dialética entre o liberalismo individualista do Estado liberal e o agigantamento estatal do Estado social, possibilitando a realização dos primados da justiça e bem estar sociais em

conjunto com a sociedade civil que adquire papel fundamental na realização de tais objetivos.

13. A doutrina identifica no Brasil quatro etapas de desenvolvimento do Terceiro Setor: uma primeira fase bastante incipiente, mas que representa um embrião do seu desenvolvimento localizado ainda no Brasil colônia com as ações filantrópicas nas áreas de saúde e educação promovidas pelas Santas Casas de Misericórdia; a segunda fase ainda no seio da política de bem estar social na primeira metade do século XX, com a edição de legislações que fortalecem a atividade promocional do Estado, a exemplo da Lei nº 91/1935, que confere o título de Utilidade Pública Federal àquelas entidades que tenham o fim exclusivo de “servir desinteressadamente à coletividade”, ainda vigente no ordenamento jurídico brasileiro; a terceira fase, por sua vez, é identificada com o surgimento de grupos sociais engajados com a redemocratização do país e com a diminuição da opressão político-social perpetrada em razão do regime militar que se instalou no país por mais de duas décadas (1964-1982); e, por fim, a quarta e última fase de desenvolvimento do Terceiro Setor no Brasil é constatada a partir da década de 80 do século XX com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e o fortalecimento do Estado Social e Democrático de Direito que propiciou uma maior inserção da sociedade civil organizada na participação dos assuntos de interesse coletivo, formalizando-se por meio de instrumentos de parceria e retomada da atividade administrativa de fomento, por meio da redescoberta do princípio da subsidiariedade.
14. A partir da década de 80 do século XX, com o objetivo de reduzir o aparelho do Estado e melhorar a “eficiência” na prestação dos serviços públicos, ocorre a Reforma do Aparelho Administrativo do Estado, implantada por meio da edição do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado de autoria do ministro do Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado (MARE), Luis Carlos Bresser Pereira, cujos objetivos sucintamente procurou sistematizar o Estado em quatro setores de atuação: a) núcleo estratégico – correspondente às funções dos Poderes Legislativo, Judiciário, Executivo e do Ministério Público, nos quais as leis e políticas públicas são definidas; b) atividades exclusivas – grupo de atividades que só o Estado pode realizar, tais como, poder de regulamentar, fiscalizar e fomentar; c) serviços não-



exclusivos – grupo de atividades que o Estado exerce simultaneamente com outras organizações públicas não-estatais e privadas, como educação e saúde e; d) produção de bens e serviços para o mercado – correspondente à área de atuação das empresas estatais do segmento produtivo ou do mercado financeiro.

15. Procurou-se por meio da Reforma do Aparelho Administrativo tornar a Administração Pública menos burocrática, adotando-se mecanismos gerenciais baseados na consensualidade e na transferência de atividades do setor público para a chamada “propriedade pública não-estatal”, alegando-se com isso uma maior eficiência e modernidade estatal na realização do interesse público, que possibilitariam, pelo menos em tese, o fortalecimento de mecanismos de controle, maior autonomia ao gestor público e possibilidade de responsabilização pelos seus atos, sem, contudo, que tais ganhos tenham sido até hoje efetivamente comprovados na prática.
16. A redefinição do papel do Estado e a reforma administrativa perpetrada no Brasil na última década do século XX tiveram como fundamento a redescoberta do princípio da subsidiariedade, resgatado pela doutrina social da Igreja Católica que propugnava por uma distribuição subsidiária das competências e de poderes entre os setores público e privado, na satisfação das demandas sociais de interesse coletivo.
17. O princípio da subsidiariedade encontra seu limite de validade na própria Constituição Federal de 1988, pois no campo social não há aplicação integral dos seus pressupostos, tendo em vista que cumpre ao Estado garantir diretamente a prestação de serviços públicos concretizadores dos direitos sociais consagrados, admitindo-se apenas de forma complementar a participação da iniciativa privada em colaboração com o Estado, mediante sua atividade promocional.
18. No contexto de Reforma do Estado foram sendo editadas inúmeras legislações esparsas e por vezes conflitantes sobre esta nova forma de relacionamento entre o Estado e a sociedade civil na consecução de objetivos considerados relevantes coletivamente, a exemplo da Lei n.º 9.637/99 (Lei das Organizações Sociais) e da Lei n.º 9.790/99 (Lei das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público), desenhando-se o que convencionou-se chamar “marco regulatório do Terceiro Setor”.

19. As legislações infraconstitucionais que tratam do tema são omissas quanto à definição do que deve ser compreendido no conceito de Terceiro Setor, ocasionando interpretações divergentes entre os estudiosos da área.
20. Assim, como premissa necessária ao raciocínio que se desenvolveu ao longo de todo o trabalho, conceituamos como entidades integrantes do Terceiro Setor as pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, constituídas como associações ou fundações, alheias ao aparelho estatal, que desempenham atividades de relevante interesse coletivo de forma desinteressada à sociedade e passíveis de qualificações públicas e fomento estatal.
21. As atividades desenvolvidas pelas entidades do Terceiro Setor comumente recebem do Poder Público um estímulo especial, mediante a atividade administrativa de fomento, integrante da função administrativa, distinguindo-se da prestação de serviços públicos e do exercício do poder de polícia, pois enquanto no primeiro o Estado atua de modo direto e imediato para a realização do interesse público, no fomento esta finalidade se dá de modo indireto e mediato com a colaboração da iniciativa privada no desempenho de uma atividade econômica, ainda que sem objetivo lucrativo como mola propulsora de sua atuação. Também não se confunde com poder de polícia, pois o particular destinatário da atividade fomentadora do Estado age de forma voluntária e espontânea sem que se possa cogitar da coação estatal para este fim.
22. A atividade administrativa de fomento foi estudada por doutrinadores estrangeiros e nacionais, identificando-se em todos eles as seguintes características informadoras desta atividade estatal: a) é uma atividade administrativa, e como tal é levada a cabo pela Administração Pública, com o propósito de alcançar determinadas finalidades; b) tais finalidades são de interesse público e se referem às necessidades coletivas e à obtenção dos fins do Estado; c) a atividade administrativa em que consiste o fomento não se dirige ao alcance direto e imediato dessas finalidades, mas são satisfeitas de forma indireta e mediata, por meio da atividade particular; d) para alcançar tais finalidades, a Administração se dedica a proteger ou promover as atividades dos particulares, utilizando-se de diferentes meios, excluindo-se, pois a coação; e, por fim e) as atividades dos particulares na realização das

finalidades públicas surgem a partir de uma decisão destes, caracterizando-se como colaboradores da Administração Pública, em razão de uma participação voluntária.

23. Como atividade administrativa integrante da função administrativa, o fomento submete-se ao regime jurídico administrativo e encontra seu fundamento de validade na própria Constituição Federal que lhe dá os contornos e limites de atuação, razão pela qual faz-se necessário urgentes reparos nas legislações infraconstitucionais editadas ao longo das últimas décadas sobre o tema, pois temos verificado que em nome da eficiência e da desburocratização da atividade estatal, têm sido inseridos no ordenamento jurídico pátrio diplomas legais violadores do permissivo constitucional que apenas autoriza a participação complementar do particular que deve atuar em colaboração com o Estado na realização do interesse público e jamais em substituição dele.
24. O fomento administrativo, conforme estudado no capítulo II, apresenta-se como instrumento de intervenção estatal que pode se dar tanto no domínio econômico como no âmbito social. No primeiro caso, ocorre a intervenção do Estado sobre a economia em conformidade com o disposto no art. 174 da Constituição Federal, por meio de estímulos e incentivos à iniciativa privada (concessão de benefícios fiscais, por exemplo) ao lado do exercício do “poder de polícia”, como agente fiscalizador e regulador da atividade econômica. No domínio social, por sua vez, a atividade administrativa de fomento tem por objetivo o alcance indireto e mediato das finalidades públicas legítimas, em que, como vimos, a Administração Pública direciona um comportamento esperado dos particulares, que beneficiados por alguma forma de estímulo, aderem voluntariamente no sentido de agir para a satisfação de um interesse considerado relevante para a coletividade de um modo geral, sem, contudo, o emprego de qualquer forma de coação por parte do Estado.
25. A análise do regime jurídico afeto às relações travadas entre o Poder Público e as entidades integrantes do Terceiro Setor na prestação de serviços de saúde situa-se no campo da intervenção do Estado no domínio social, em que a iniciativa privada sem fins lucrativos é estimulada e incentivada, mediante a atividade promocional do Estado, para desempenhar atividades em áreas consideradas relevantes coletivamente e que complementarmente ao Estado

- age no sentido de dar concretude aos direitos sociais consagrados constitucionalmente.
26. O fomento administrativo classifica-se tanto pela forma de atuação da Administração na vontade do particular, agindo de forma negativa (desestimulando dado comportamento) ou positivamente (em que por meio de estímulos e incentivos conduz o agir do particular de acordo com o comportamento esperado), e, ainda, de acordo com o tipo ou vantagem concedida pela Administração aos particulares, podendo caracterizar-se como fomento jurídico, honorífico e econômico.
27. Estudamos com maior profundidade o fomento econômico, por ser esta a forma adotada pela legislação pátria para que a Administração incentive a participação da sociedade, sobretudo as entidades integrantes do Terceiro Setor, para desempenhar atividades em áreas de relevante interesse coletivo, como ocorre com a prestação dos serviços de saúde e demais serviços sociais, cuja titularidade não é de exclusividade estatal.
28. Como vimos, portanto, o fomento econômico pode ser dividido ainda em real ou financeiro (direto e indireto). No primeiro, a Administração realiza a atividade promocional por meio de prestações ou dação de bens ou serviços da Administração a particulares, sem encargo para estes, que os recebem e os utilizam nestas condições. Os meios de fomento econômicos financeiros, por outro lado, são aqueles que consistem em ajudas ou vantagens destinadas aos particulares que exercem atividades de interesse público, podendo ser efetuadas por meio de desembolsos em dinheiro ou em títulos que o represente pela Administração em favor deles, de forma direta (subvenções, auxílios, contribuições, convênios, termo de parceria e contrato de gestão) ou indireta (isenções e imunidades tributárias).
29. A Constituição Federal de 1988 ao estabelecer em inúmeros dispositivos a adoção do modelo de Estado Social e Democrático de Direito, comprometido com a realização do bem estar e a justiça social, encampa a participação da sociedade na realização dos objetivos sociais traçados exhaustivamente ao longo do Texto Constitucional, autorizando-nos a afirmar que há guarida jurídica para aceitarmos a colaboração da iniciativa privada, principalmente àquela parcela de entidades que não perseguem o lucro (das quais integram o Terceiro Setor), na consecução de atividades consideradas relevantes para

a coletividade como um todo, apresentando-se de suma importância estudar os limites e contornos jurídicos das relações travadas nesta seara entre o Estado e a iniciativa privada, evitando-se, assim, a aceitação pacífica de modelos alienígenas impostos normativamente que em nada se conformam com o sistema jurídico vigente, cuja norma e fundamento de validade são encontrados na própria Constituição.

30. Desse modo, antes de adentrarmos especificamente no objeto de análise propriamente dito, a prestação de saúde pelas entidades do Terceiro Setor e o regime jurídico afeto à relação que se estabelece entre agente fomentador e fomentado no cumprimento de tal objetivo, fez-se necessária uma abordagem sucinta acerca das entidades que compõem o Terceiro Setor, segundo a acepção restrita do termo que adotamos, composta por associações e fundações sem fins lucrativos, bem como os títulos e qualificações que recebem do Poder Público, destinando-se a concretizar a atividade administrativa de fomento, com a adoção de instrumentos como o contrato de gestão com as organizações sociais e os termos de parceria com as organizações da sociedade civil de interesse público, para citar apenas alguns exemplos possíveis.
31. A partir do capítulo IV, passamos a análise do serviço público de saúde, apresentando, primeiramente, nosso entendimento acerca da própria noção de serviço público, tendo em vista a grande divergência doutrinária sentida desde os doutrinadores da Escola de Bourdeaux acerca da concepção adotada para sistematizar o instituto do serviço público, surgindo assim três possíveis correntes de fundamentação da noção: a) subjetivista, que vê como serviço público qualquer atividade desempenhada pelo Poder Público; b) objetivista, que entende como serviço público toda atividade que tenha por objetivo a satisfação de uma necessidade sentida coletivamente (presente em Duguit); e c) formalista, que toma como serviço público aquela atividade prestada sob o regime de direito público derogatório e exorbitante do direito comum (Jéze).
32. Para nós, no entanto, seguindo conceituada doutrina brasileira acerca do tema perfilhada por Dinorá Grotti, não podemos tentar conceituar serviço público com a utilização isolada de nenhuma das correntes antes mencionadas, fazendo-se necessária a reunião de dois ou mais elementos

caracterizadores. Desse modo, portanto, entendemos que a noção de serviço público deve levar em conta os seus três elementos: subjetivo, objetivo material e objetivo formal.

33. O serviço público constitui-se, pois, de uma atividade relevante coletivamente (consistente no oferecimento de utilidades e comodidades materiais aos administrados em geral), prestada pelo Estado direta ou indiretamente (mediante a simples transferência de sua execução material a particulares, permanecendo o serviço de titularidade estatal), sob um regime de direito público, derogatório e exorbitante do direito comum.
34. O serviço de saúde encampa os chamados “serviços públicos não exclusivos do Estado”, em que dada a relevância e natureza de tais serviços, concretizadores de direitos fundamentais, (como os direitos sociais encartados no art. 6º, da Constituição Federal), a Magna Carta atribuiu titularidade tanto ao Poder Público como ao particular que o exerce independentemente de autorização estatal, no exercício de uma atividade econômica.
35. Ocorre, contudo, que, a nosso ver, só podem ser denominados “serviços públicos” quando prestados pelo Estado, pois submetidos ao regime de direito público, recebendo apenas a denominação de “serviços sociais” quando desempenhados pela iniciativa privada no exercício de uma atividade econômica, sob regime de direito privado, ainda que submetidos com maior rigor ao exercício do poder de polícia do Estado, dada a natureza e relevância desses serviços.
36. Embora rechacemos a possibilidade de denominar como “serviço público” as atividades de cunho social desempenhadas pelas entidades integrantes do Terceiro Setor, ressaltamos que quando tornam-se destinatárias da atividade administrativa de fomento, não podemos aplicar simplesmente o mesmo regime jurídico aplicável aos particulares que desempenham tais atividades com intenção lucrativa, pois embora seja predominantemente de direito privado, o regime jurídico neste caso, sofre o influxo de regras especiais de natureza pública, dada a relação que tais entidades estabelecem com o Poder Público, na prestação de serviços sociais, como a saúde.
37. O direito à saúde recebe tratamento diferenciado a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, que lhe promoveu a direito fundamental do

homem, cuja garantia e proteção mediante a prestação de serviços públicos de saúde configura-se como dever do Estado, por meio de um Sistema Único de Saúde que atenda o acesso universal e igualitário a todos os cidadãos que dele necessitem, corporificando-se como direito subjetivo de todos.

38. A prestação do serviço público de saúde por meio do Sistema Único de Saúde pode efetivar-se diretamente pela própria estrutura orgânica do Estado, como indiretamente por meio de pessoas jurídicas suas criadas para este fim, ou ainda mediante a participação da iniciativa privada, com preferência às entidades filantrópicas ou sem finalidade lucrativa, por meio de contrato administrativo ou convênio, sendo esta previsão constitucional apenas excepcional, justificada quando as disponibilidades do sistema público forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, em conformidade do que dispõe o art. 24, da lei orgânica da saúde (Lei nº 8.080/90), que regulamenta o disposto no art. 199, § 1º, da Constituição Federal, situação em que se aplica integralmente o regime jurídico público aplicável a prestação direta pelo Estado.
39. Como vimos, portanto, a gestão do serviço de saúde pode se dar pela iniciativa privada sob distintos regimes jurídicos, conforme a natureza da prestação e da relação que estabelece com o Poder Público para cumprir tal desiderato. Assim, vislumbramos as seguintes possibilidades: a) prestação do serviço público de saúde por meio do Sistema Único de Saúde complementarmente ao Estado, nos termos do art. 199, § 1º, da Constituição Federal, sob regime de direito público; b) prestação do serviço social de saúde pela iniciativa privada no exercício de uma atividade econômica, independentemente de autorização estatal, dada a titularidade concomitante com o Poder Público outorgada pela própria Constituição Federal, ressaltando-se apenas uma maior submissão da atividade ao exercício do poder de polícia do Estado, cuja fiscalização e regulação se intensificam em razão da relevância que reveste a atividade. No que concerne a aplicação do regime jurídico nesta segunda forma de prestação do serviço de saúde pela iniciativa privada, imprescindível estabelecermos duas outras diferenciações: b.1) se o serviço social de saúde é prestado pela iniciativa privada com intuito lucrativo, situação em que se aplica integralmente o regime privatístico; e b.2) se a prestação do serviço social de saúde se dá mediante entidades privadas

desprovidas de finalidades lucrativas, destinatárias da atividade promocional do Estado, em que se constata um regime jurídico específico, permeado por normas de direito público que lhes confere certas peculiaridades com relação à prestação dos serviços sociais por entidades privadas com finalidade lucrativa.

40. No que tange à prestação complementar do serviço público de saúde pela iniciativa privada, com preferência às entidades filantrópicas e sem fins lucrativos, no âmbito do Sistema Único de Saúde, temos verificado o descompasso das legislações infraconstitucionais estaduais com o disposto na Constituição Federal, tendo em vista que no seio da Reforma do Estado, foram sendo editados diplomas legislativos que, com o pretexto de melhorar a eficiência e qualidade na prestação dos serviços públicos, têm autorizado mediante aparência de legalidade, que a gestão integral de serviços públicos de saúde seja repassada às organizações sociais mediante a celebração de contratos de gestão, sem a observância do regime jurídico administrativo e como mecanismo de fuga das regras publicísticas que informam a prestação dos serviços públicos de saúde, independentemente se a prestação ocorre de forma direta ou indireta, esta última de forma excepcional e complementar.
41. No que concerne a prestação de serviços de saúde por entes privados, concluímos que há dupla possibilidade de análise quanto à verificação do regime jurídico aplicável à espécie: tratar-se de desempenho de atividade econômica, no âmbito da livre iniciativa, por entes privados com finalidade lucrativa, em que o regime jurídico será integralmente privado, e a prestação de serviços sociais por entidades privadas desprovidas de finalidade lucrativa, destinatárias da atividade administrativa de fomento, em que constatamos a incidência de um regime jurídico híbrido, predominantemente de direito privado com a presença de normas de direito público. É a respeito destas últimas que se trata o objeto de análise perpetrado ao longo deste trabalho e do qual tratamos com primazia ao longo de todo capítulo V.
42. Ao analisarmos o regime jurídico aplicável à gestão do serviço de saúde pelas entidades do Terceiro Setor, após prévia delimitação do que entendemos neste conceito, especificamos os tipos de relações jurídicas encontradas nesta seara e que nos possibilitam delimitar o regime jurídico híbrido em que se encontram submetidas tais entidades fomentadas quando prestam



serviços de relevância pública como a saúde. Assim, estabelecemos como ponto de partida para a identificação do regime jurídico aplicável três relações jurídicas distintas: a) relação do agente fomentado com o agente fomentador; b) relação interna do agente fomentado; e c) relação do agente fomentado com os usuários do serviço de saúde.

43. Primeiramente, ao analisarmos o regime jurídico aplicável à relação do agente fomentado com o agente fomentador, identificamos como princípios informadores todos aqueles que integram o regime jurídico administrativo, tendo em vista tratar-se de uma relação em que pelo exercício da atividade administrativa de fomento o Estado concede benefícios e estímulos especiais ao agente fomentado, que o colocam numa situação especial em relação aos demais entes privados para melhor desempenhar aquela atividade considerada relevante para a coletividade. Assim, tendo em vista que a atividade de fomento integra a função administrativa, deve ser observada nesta relação entre agente fomentado e fomentador os princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade pela Administração dos interesses públicos, bem como todos os demais princípios deles decorrentes, tais como: legalidade, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, motivação, impessoalidade, publicidade, devido processo legal e ampla defesa, moralidade administrativa, controle judicial dos atos administrativos, responsabilidade do Estado por atos administrativos, eficiência e segurança jurídica.
44. Nesse sentido, portanto, identificamos que a promoção da atividade administrativa de fomento não está isenta da obrigatoriedade de licitar para escolha da entidade privada que se destinará o objeto do fomento estatal, já que, como atividade integrante da função administrativa, deve obediência aos princípios da impessoalidade e moralidade exigindo-se tratamento igualitário entre todos aqueles que desejam desempenhar atividades de cunho social, com o estímulo estatal. A obrigatoriedade de adoção de um procedimento licitatório impõe-se diante da constatação de que a atividade promocional do Estado é ato ampliativo que se destina a investir terceiros no desfrute de situação jurídica especial a que mais de um poderia aspirar, devendo-se, portanto, oferecer igualdade de oportunidade a todos aqueles que desejam

receber o fomento administrativo para melhor desempenhar atividades de interesse coletivo.

45. Quanto à responsabilidade civil do Estado pelos danos causados ao agente fomentado, entendemos que por tratar-se o fomento administrativo de uma atividade que integra a função administrativa, o dano estatal ao agente fomentado decorrente da ação fomentadora enseja a responsabilidade civil do Estado, nos exatos contornos traçados no § 6º, do art. 37, da Constituição Federal, apresentando-se objetiva nos atos comissivos e subjetiva nos atos omissivos, em que o Estado possuía o dever legal de observar.
46. O controle externo da relação estabelecida entre agente fomentado e fomentador no exercício da atividade administrativa de fomento é exercido por três formas distintas: a) pela Administração Pública competente (por meio do órgão repassador dos recursos) e responsável pela atividade fomentada, cuja fiscalização consiste tanto na verificação da correta aplicação da verba pública repassada à entidade, como no cumprimento dos objetivos e metas que foram assumidos pelo agente fomentado como condição ao alcance do fomento estatal; b) pelo Poder Legislativo com auxílio do Tribunal de Contas competente, tendo em vista o repasse de verbas públicas às entidades do Terceiro Setor, conforme disposto no parágrafo único, do art. 70, da CF; e c) controle jurisdicional, exercido com a participação do Ministério Público por meio da ação civil pública e da sociedade em geral por meio da propositura de ação popular.
47. Portanto, como pudemos notar, na relação que se estabelece entre agente fomentado e fomentador decorrente da atividade administrativa de fomento, aplica-se integralmente o regime jurídico administrativo, razão pela qual concluímos pela inconstitucionalidade das legislações editadas em descompasso com as regras e princípios norteadores da função administrativa.
48. Nas relações internas do agente fomentado, por sua vez, predomina a incidência do regime jurídico privado, pois as entidades integrantes do Terceiro Setor constituem-se em pessoas jurídicas de direito privado, na forma de associações ou fundações, não perdendo tal qualidade por receberem o fomento estatal. Desse modo, portanto, as contratações de pessoal, as normas financeiras e contábeis da entidade fomentada e o

controle interno são realizados com base nas regras do direito privado, exceção feita às compras e contratações realizadas com verbas públicas repassadas pela Administração à entidade que, por força do Decreto nº 5.504, de 05.08.2005, estabelece a exigência de procedimento licitatório, na modalidade pregão, preferencialmente na forma eletrônica (Lei nº 10.520/2002 e Decreto nº 5.450/05), para entes públicos ou privados, nas contratações de bens e serviços comuns, realizadas em decorrência de transferências voluntárias de recursos públicos da União, decorrentes de convênios e instrumentos congêneres, ou consórcios públicos. Entendimento que deve ser observado por todos os entes da federação, não só à União, tendo em vista a necessidade de haver transparência na aplicação dos recursos repassados às entidades do Terceiro Setor, destinatárias de instrumentos jurídicos de fomento econômico direto, cujo repasse de recursos deve atender da melhor forma a satisfação dos interesses coletivos objetivados pela entidade

49. Ressaltamos, contudo, que o controle interno da entidade fomentada varia de acordo com o tipo de qualificação a ser concedida pelo Poder Público, pois embora seja tema afeto ao estatuto da entidade, as legislações que tratam dos títulos e qualificações especiais especificam formas de controle interno que devem ser adotadas pela entidade que deseja pleitear a qualificação pública e, posteriormente, destinar-se à atividade promocional do Estado.
50. No que concerne à relação do agente fomentado com os usuários do serviço de saúde, vários aspectos foram considerados. Em primeiro lugar, verificamos a possibilidade de aplicação integral do princípio da universalidade na prestação do serviço de saúde pelas entidades do Terceiro Setor que recebem o fomento estatal para o exercício desta atividade. Concluímos, portanto, que por não se configurar como serviço público, o princípio da universalidade não se aplica automaticamente ao caso em apreço. Porém, tendo em vista que tais serviços são prestados à coletividade em geral (e não apenas a um número restrito de pessoas) com o incentivo financeiro do Estado, impõe-se a aplicação do juízo de ponderação e a obediência dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade para que haja um mínimo de generalidade no atendimento da população na prestação dos serviços de saúde, para o qual o agente fomentado recebeu o fomento do Estado,

mediante o repasse de verbas públicas, sendo necessário, a nosso ver, o estabelecimento de critérios objetivos e transparentes de atendimento, evitando tratamento discriminatório.

51. Quanto à gratuidade na prestação dos serviços de saúde pelo agente fomentado, concluímos também pela aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade para que parcela dos atendimentos seja conferida aos cidadãos em geral de forma gratuita (de forma proporcional aos recursos públicos repassados), podendo haver remuneração da entidade pelos serviços prestados, desde que o lucro não seja distribuído entre os dirigentes, mas reinvestidos na própria atividade. Porém, ressaltamos que algumas entidades que compõem o Terceiro Setor para tornarem-se destinatárias do fomento estatal devem, obrigatoriamente, observar a gratuidade na prestação dos serviços de saúde, como ocorre, por exemplo, com a legislação que prevê o termo de parceria com organizações da sociedade civil de interesse público (art. 3º, da Lei nº 9.790/99).
52. A responsabilidade civil do agente fomentado pelos danos causados a terceiros em decorrência da prestação do serviço de saúde não se submete à regra do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, por não tratar-se da prestação de um serviço público pelo Estado ou por pessoas que atuam em nome do Estado, mas prestação de um serviço social desempenhado por uma pessoa jurídica de direito privado, alheia ao aparelho estatal, destinatária da atividade administrativa de fomento, sob um regime jurídico predominantemente de direito privado. Portanto, dada a natureza privada dos serviços que prestam, ainda que contenham o qualificativo da “relevância pública”, estão submetidos, via de regra, à responsabilidade subjetiva disciplinada no Código Civil, no art. 186 c/c art. 927, caput, no caso da responsabilidade extracontratual e no art. 389, do mesmo diploma legislativo, no que toca a responsabilidade contratual.
53. Contudo, alertamos neste ponto para a necessidade de constatar-se caso a caso, se realmente a prestação do serviço de saúde configura-se como legítimo fomento administrativo, cuja participação da iniciativa privada é admitida de forma complementar aos serviços públicos prestados pelo Estado ou se, em realidade, temos uma prestação de serviço público por uma entidade privada em substitutividade ao Estado, que reveste-se de aparência

de fomento administrativo, com o objetivo de furtar-se às regras publicísticas, mas em tudo se assemelha a prestação indireta de serviços públicos e que, portanto, deve obedecer ao regime jurídico administrativo e aplicação do disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, em matéria de responsabilidade civil.

54. Por fim, ao tratarmos da responsabilidade civil do Estado pelos danos causados a terceiros pelos agentes fomentados na prestação dos serviços de saúde, concluímos que por não integrarem o aparelho estatal nem desempenharem atividades em nome do Estado, não há como invocar a responsabilidade civil do Estado, ressalvados apenas a responsabilidade subjetiva deste nos casos em que o Estado assume o dever de fiscalizar a atividade do agente fomentado em razão da atividade administrativa de fomento.

## FONTES E BIBLIOGRAFIA

**AGUILLAR**, Fernando Herren. *Controle social de serviços públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

**ALESSI**, Renato. *La responsabilidad della pubblica amministrazione*. 3ª ed. Milão: Giuffrè, 1955.

**ALEXY**, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2001.

**ALVES**, Francisco de Assis. *Fundações, Organizações Sociais e Agências Executivas, Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público e outras modalidades de prestação de serviços públicos*. São Paulo: LTR, 2000.

**AMARAL**, Antonio Carlos Cintra do. *Licitação para concessão de serviço público*. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

**ARIÑO ORTIZ**, Gaspar. *Principios de derecho público econômico (Modelo de Estado, gestión pública, regulación econômica)*. Granada, Comares, 1999.

**BACELLAR FILHO**, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

**BANDEIRA DE MELLO**, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

\_\_\_\_\_. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed. 10ª Tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

\_\_\_\_\_. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

\_\_\_\_\_. *Prestação de serviços públicos e administração indireta*. 2ª ed. 2ª Tiragem. São Paulo: Ed. RT, 1883.

\_\_\_\_\_. *Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

**BANDEIRA DE MELLO**, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de Direito Administrativo*. Vs. I e II. Rio de Janeiro: Forense, 1969 e 1974.

**BORGES**, Alice Gonzáles. *A implantação da administração pública gerencial na Emenda Constitucional 19/1998*. Boletim de Direito Administrativo (BDA) 87. Fevereiro/1999.

**BRESSER PEREIRA**, Luiz Carlos. *Estratégia e estrutura para um novo Estado*. Revista do Serviço Público 1. Ano 48. Janeiro-Abril/1997.

\_\_\_\_\_. *Instituições, Bom Estado e Reforma da Gestão Pública*. RERE, nº1, mar./abr./maio 2005.

**CANOTILHO**, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1992.

**CARNELUTTI**, Francesco. *Introduzione allo Studio Del diritto processuale tributário*, in: Rivista di Diritto Processuale Civile, vol. IX, n. 2, parte I.

**CARRAZZA**, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

**CARVALHO FILHO**, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

**COELHO**, Simone de Castro Tavares. *Terceiro Setor: um estudo comparado entre Brasil e Estados Unidos*. São Paulo: Senac, 2000.

**CONFORTO**, Glória. *Descentralização e regulação da gestão de serviços públicos*. Revista de Administração Pública 32(1). Rio de Janeiro, Janeiro-Feveiro 1998.

**COSTA**, Daniela Pais. *Prestação de Contas*. In: SZAZI, Eduardo org. *Terceiro Setor: temas polêmicos 2*. São Paulo: Peirópolis, 2005.

**DALLARI**, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

**DALLARI**, Adilson Abreu e **FERRAZ**, Sérgio. *Processo Administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

**DALLARI**, Sueli Gandolfi. *Os Estados brasileiros e o direito a saúde*. São Paulo: Hucitec, 1995.

**DEMO**, Pedro. *Solidariedade como efeito de poder*. São Paulo: Cortez; Instituto Paulo Freire, 2002.

**DIAS**, Maria Tereza Fonseca. *Terceiro Setor e Estado: Legitimidade e Regulação. Por um novo marco jurídico*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2008.

**DI PIETRO**, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

\_\_\_\_\_. *Parcerias na Administração Pública. Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras Formas*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

**DINIZ**, Maria Helena. *A Ciência Jurídica*. 6ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2003.



**DOUCIN**, Michel (direção) e **ARBOUR**, Louise. *Guide de La liberte associative dans Le monde*. Paris: La Documentation Française, 2007.

**DROMI**, Roberto. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1995.

**ECO**, Umberto. *Como se faz uma tese*. 21ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2007.

**ESCOLA**, Héctor Jorge. *El interés público como fundamento del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1989.

\_\_\_\_\_. *Compendio de Derecho Administrativo*. Vol II. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1990.

**ESTORINHO**, Maria João. *A fuga para o direito privado, contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1996.

**FERNANDES**, Rubem César. *O que é o Terceiro Setor?* In IOSCHPE, Evelyn Berg (org.), *3º Setor: desenvolvimento social sustentado*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005.

**FERNANDEZ**, Tomás Ramon. *Las transformaciones del derecho administrativo a resultar de las privatizaciones*. In: Os caminhos da privatização da Administração Pública, IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo, Coimbra Editora, 2001.

**FERRAREZI**, Elisabete. *O novo marco legal do terceiro setor no Brasil*. Texto para o III Encontro de la Red Latinoamericana y del Caribe de la Sociedad Internacional de Investigación del Tercer Sector (ISTR) – Perspectivas Latinoamericanas sobre el Tercer Sector. Buenos Aires, Argentina, 12, 13 e 14 de setembro de 2001. Disponível em

<http://new.lasociedadcivil.org/docs/ciberteca/ferrarezi.pdf>, acessado em 18 de julho de 2010.

**FERRARI**, Paola Nery. **Controle das Organizações Sociais**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

**FERRAZ JR.**, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 25ª ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2007.

\_\_\_\_\_. **A ciência do direito**. 2ª ed. São Paulo: Ed. Atlas, 1980.

\_\_\_\_\_. e Outros. **O que é Pesquisa em Direito?**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

**FERREIRA**, Sérgio de Andréa. **As Organizações Sociais e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público: considerações sobre seu regime jurídico**. RDA 217. Rio de Janeiro, Julho-Setembro 1999.

**FIGUEIREDO**, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

**FRANÇA**, Vladimir da Rocha. **A função administrativa**. REDE, nº 12, Salvador, Bahia, out./Nov./dez. 2007.

\_\_\_\_\_. **Reflexões sobre a prestação de serviços públicos por entidades do Terceiro Setor**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, n. 06. Fonte disponível na internet no endereço [www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br).

**FREITAS**, Juarez. **As Organizações Sociais: sugestões para o aprimoramento do modelo federal**. BDA Outubro/1998.

**GASPARINI**, Diógenes. **Direito Administrativo**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

**GOMES, Márcio Cidade. *A experiência da Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo*. Brasília: CONASS, 2006.**

**GONÇALVES, Pedro. *Entidades privadas com poderes públicos. O exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*. Coimbra: Almedina, 2005.**

**GORDILLO, Augustín A. *Introducción al derecho administrativo*. 2ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996.**

**GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.**

\_\_\_\_\_. ***Contratos de Gestão e outros tipos de acordos celebrados pela Administração***. Palestra ministrada no II Seminário de Direito Administrativo – TCMSP - "Licitação e Contrato - Direito Aplicado", de 14 a 18 de junho de 2004, disponível em [http://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/14a18\\_06\\_04/ivan\\_barbosa9.htm](http://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/14a18_06_04/ivan_barbosa9.htm) acessado em 10 de junho de 2010.

**HIGA, Alberto Shinji. *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 1988*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.**

**JÈZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. Vol. II. Buenos Aires: Depalma, 1949.**

**JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 1998.**

**LEAL**, Rogério Gesta. ***A efetivação do direito à saúde por uma jurisdição-serafim: limites e possibilidades***. Revista Interesse Público 38/64, Belo Horizonte, Notadez, julho-agosto/2006.

**LIMA**, Denise Hollanda Costa. ***Terceirização na Administração Pública. As Cooperativas de Trabalho***. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2007.

**LIMA**, Ricardo Seibel de Freitas. ***O direito à saúde como relação de justiça***. Belém: Livro de Teses – XXX Congresso Nacional de Procuradores de Estado, 2004.

**MEDAUAR**, Odete. ***Controle da Administração Pública***. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

\_\_\_\_\_. ***Direito administrativo moderno***. 11<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

**MEIRELLES**, Hely Lopes. ***Direito Administrativo Brasileiro***. 35<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. ***Licitação e contrato administrativo***. 13<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

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

**MILLON-DELSOL**, Chantal. ***L'État Subsidiaire***. Paris: PUF, 1992.

**MODESTO**, Paulo Eduardo Garrido. ***Reforma administrativa e marco legal das Organizações Sociais no Brasil: as dúvidas dos juristas sobre o modelo das organizações***. BDA Abril/1998.

\_\_\_\_\_. ***Reforma do marco legal do Terceiro Setor no Brasil***. RDA 214. Rio de Janeiro, Outubro-Dezembro/1998.

\_\_\_\_\_. **Reforma Administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil**. Salvador: Revista Diálogo Jurídico, Ano I, nº 9, dezembro de 2001.

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

**MOREIRA**, Egon Bockmann. **Organizações sociais, organizações da sociedade civil de interesse público e seus “vínculos contratuais” com o Estado**. In: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. *Estudos de direito econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

**MOREIRA NETO**, Diogo de Figueiredo. **Coordenação gerencial na administração pública**. RDA 214, Rio de Janeiro.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Administrativo**. 14<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

**MOROLLI**, Fabio Giusto. **A evolução do direito público e a parceria com a iniciativa privada – transferência de serviços públicos de natureza social**. In Informativo de Direito Administrativo – IDA, <<http://www.zenite.com.br>> e Informativo de Licitações e Contratos – ILC, nº 50, Curitiba: Znt, abr./98.

**OLIVEIRA**, Gustavo Henrique Justino de. **O contrato de gestão na Administração Pública brasileira**. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, 2005.

\_\_\_\_\_. **Direito do terceiro setor**. Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS, ano 1, nº 1, jan./jun. 2007. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

**OLIVEIRA**, José Roberto Pimenta. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

**OTERO**, Paulo. **Coordenadas jurídicas da privatização da Administração Pública**. In: Os caminhos da privatização da Administração Pública, IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo, Coimbra Editora, 2001.

**PAES**, José Eduardo Sabo. **Fundações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários**. 4<sup>a</sup> ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

**Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1995.

**PODVAL, Maria Luciana de Oliveira Facchina**. **Serviço de saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde e o Código de Defesa do Consumidor**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006.

**QUELHAS**, Ana Paula Santos. **A refundação do papel do Estado nas políticas sociais**. Coimbra: Editora Almedina, 2001.

**RAMOS**, Marcelo de Matos. **Contratos de gestão: instrumentos de ligação entre os setores do aparelho do Estado**. Revista do Serviço Público 2. Ano 48. Março-Agosto/1997.

**REGULES**, Luis Eduardo Patrone. **Terceiro Setor. Regime Jurídico das OSCIPS**. São Paulo: Editora Método, 2006.

\_\_\_\_\_. **O terceiro setor e o Estado subsidiário à perspectiva da sociedade civil de interesse público**. Dissertação (Mestrado), Universidade de São Paulo, 2002.

**RETORTILLO**, Sebastião Martin. **Sentido y formas de La privatización da Le Administración Publica**. In: Os caminhos da privatização da Administração Pública, IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo, Coimbra Editora, 2001.

**RIVA**, Ignácio M. de Sá. *Ayudas Públicas*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

**ROCHA**, Silvio Luis Ferreira da. *Terceiro Setor*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

**SARLET**, Ingo Wolfgang. *Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988*. Revista Interesse Público 12/93. Sapucaia do Sul, Notadez, out. /dez. 2001.

*Série Pensando o Direito, n° 16/2009 – Estado Democrático de Direito e Terceiro Setor*. Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça.

**SERRANO**, Mônica de Almeida Magalhães. *O sentido e o alcance do conceito de integralidade como diretriz constitucional do Sistema Único de Saúde*. Dissertação de Mestrado - PUC/SP, 2009.

**SEVERINO**, Antonio Joaquim. *Metodologia do trabalho científico*. São Paulo: Cortez Editora, 2004.

**SILVA**, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional* Positivo. 32<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

**SILVA**, Beatrice Maria Pedroso da Silva. *O sistema único de saúde: o descompasso entre realidade normativa e a realidade fática* (Tese de doutorado). PUC-SP, 2007.

**SOUZA**, Leandro Marins. *Tributação do Terceiro Setor no Brasil*. São Paulo: Dialética, 2004.

**SUNDFELD**, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

**SZAZI**, Eduardo. *Terceiro Setor: regulação no Brasil*. São Paulo: Ed. Fundação Petrópolis, 2001.

\_\_\_\_\_. *Terceiro Setor. Temas Polêmicos 1*. São Paulo: Editora Peirópolis, 2004.

\_\_\_\_\_. *Terceiro Setor. Temas Polêmicos 2*. São Paulo: Editora Peirópolis, 2004.

**TÁCITO**, Caio. *O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro*. In: Temas de direito público (Estudos e pareceres), v. 1, 1997.

**TORRES**, Sílvia Faber. *O Princípio da Subsidiariedade no Direito Público contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

**VEDEL**, Georges, e **DEVOLVÉ**, Pierre. *Droit Administratif*. V.II. 11<sup>a</sup> ed. Paris: PUF, 1990.

**VIOLIN**, Tarso Cabral. *Terceiro Setor e as parcerias com a Administração Pública: Uma análise crítica*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006.

\_\_\_\_\_. *Uma análise crítica do ideário do “terceiro setor” no contexto neoliberal e as parcerias entre a Administração Pública e sociedade civil organizada no Brasil*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006.

\_\_\_\_\_. *A terceirização ou concessão de serviços públicos sociais – A privatização de creches municipais*. Artigo publicado na internet em 07.2002, disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3515&p=2>, acessado em 26.04.2010.

**ZOCKUN**, Carolina Zancaner. *Da intervenção do Estado no domínio social*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.



## ANEXOS

### ANEXO I – LEGISLAÇÃO

#### 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 perdurou 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 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;

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 os requisitos para tanto exigidos, sendo-lhes assegurada a manutenção simultânea dessas qualificações, até dois anos contados da data de vigência desta Lei.~~

~~§ 1º Findo o prazo de dois 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.~~

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.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

*Renan Calheiros*

*Pedro Mallan*

*Ailton Barcelos Fernandes*

*Paulo Renato Souza*

*Francisco Dornelles*

*Waldeck Ornélas*

*José Serra*

*Paulo Paiva*

*Clovis de Barros Carvalho*

Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 24.3.1999

### **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.

## 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. 23-A. Os servidores oriundos da extinta Fundação Roquette Pinto e do extinto Território Federal de Fernando de Noronha poderão ser redistribuídos ou cedidos para órgãos e entidades da Administração Pública Federal, independentemente do disposto no inciso II do art. 37 e no inciso I do art. 93 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, assegurados todos os direitos e vantagens, inclusive o pagamento de gratificação de desempenho ou de produtividade, sem alteração de cargo ou de tabela remuneratória. (Incluído pela Medida Provisória nº 479, de 2009)~~

~~Parágrafo único. As disposições do **caput** aplicam-se aos servidores que se encontram cedidos nos termos do inciso I do art. 22 e do art. 23 desta Lei. (Incluído pela Medida Provisória nº 479, de 2009)~~

Art. 23-A. Os servidores oriundos da extinta Fundação Roquette Pinto e do extinto Território Federal de Fernando de Noronha poderão ser redistribuídos ou cedidos para órgãos e entidades da Administração Pública Federal, independentemente do disposto no inciso II do art. 37 e no inciso I do art. 93 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, assegurados todos os direitos e vantagens, inclusive o pagamento de gratificação de desempenho ou de produtividade, sem alteração de cargo ou de tabela remuneratória. (Incluído pela Lei nº 12.269, de 2010)

Parágrafo único. As disposições do caput aplicam-se aos servidores que se encontram cedidos nos termos do inciso I do art. 22 e do art. 23 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 12.269, de 2010)

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; 177<sup>o</sup> da Independência e 110<sup>o</sup> da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

*Pedro Malan*

*Paulo Paiva*

*José Israel Vargas*

*Luiz Carlos Bresser Pereira*

*Clovis de Barros Carvalho*

Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 18.5.1998

**ANEXO I**

(Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998)

<b>ÓRGÃO E ENTIDADE EXTINTOS</b>	<b>ENTIDADE AUTORIZADA A SER QUALIFICADA</b>	<b>REGISTRO CARTORIAL</b>
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)

<b>ÓRGÃO E ENTIDADE EXTINTOS</b>	<b>QUADRO EM EXTINÇÃO</b>
Laboratório Nacional de Luz Síncrotron	Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq
Fundação Roquette Pinto	Ministério da Administração Federal e

**LEI Nº 91, DE 28 DE AGOSTO DE 1935.**

Determina regras pelas quais 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 país com o fim exclusivo de servir desinteressadamente á coletividade podem ser declaradas de utilidade pública, provados os seguintes requisitos:

- a) que adquiriram personalidade jurídica;
- b) que estão em efetivo funcionamento e servem desinteressadamente á coletividade;
- ~~c) que o cargos de sua directoria não são remunerados.~~
- c) que os cargos de sua directoria, 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* .

Paragpho 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 propios, 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 critério do Ministério de Estado da Justiça e Negócios Interiores, relação circunstanciada dos serviços que houverem prestado à colectividade.

Parágrafo único. Será cassada a declaração de utilidade pública, no caso de infracção deste dispositivo, ou se, por qualquer motivo, a declaração exigida não for apresentada em três anos consecutivos.

Art 5º Será também cassada a declaração de utilidade pública, mediante representação documentada do Órgão do Ministério Público, ou de qualquer interessado, da sede 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*

Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 4.9.1935

### **LEI Nº 12.101, DE 27 DE NOVEMBRO DE 2009.**

Dispõe sobre a certificação das entidades beneficentes de assistência social; regula os procedimentos de isenção de contribuições para a seguridade social; altera a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993; revoga dispositivos das Leis nºs 8.212, de 24 de julho de 1991, 9.429, de 26 de dezembro de 1996, 9.732, de 11 de dezembro de 1998, 10.684, de 30 de maio de 2003, e da Medida Provisória nº 2.187-13, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências.

**O PRESIDENTE DA REPÚBLICA** Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

## CAPÍTULO I

### DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

Art. 1º A certificação das entidades beneficentes de assistência social e a isenção de contribuições para a seguridade social serão concedidas às pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, reconhecidas como entidades beneficentes de assistência social com a finalidade de prestação de serviços nas áreas de assistência social, saúde ou educação, e que atendam ao disposto nesta Lei.

Parágrafo único. (VETADO)

Art. 2º As entidades de que trata o art. 1º deverão obedecer ao princípio da universalidade do atendimento, sendo vedado dirigir suas atividades exclusivamente a seus associados ou a categoria profissional.

## CAPÍTULO II

### DA CERTIFICAÇÃO

Art. 3º A certificação ou sua renovação será concedida à entidade beneficente que demonstre, no exercício fiscal anterior ao do requerimento, observado o período mínimo de 12 (doze) meses de constituição da entidade, o cumprimento do disposto nas Seções I, II, III e IV deste Capítulo, de acordo com as respectivas áreas de atuação, e cumpra, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I - seja constituída como pessoa jurídica nos termos do **caput** do art. 1º; e

II - preveja, em seus atos constitutivos, em caso de dissolução ou extinção, a destinação do eventual patrimônio remanescente a entidade sem fins lucrativos congêneres ou a entidades públicas.

Parágrafo único. O período mínimo de cumprimento dos requisitos de que trata este artigo poderá ser reduzido se a entidade for prestadora de serviços por meio de convênio ou instrumento congênere com o Sistema Único de Saúde - SUS ou com o Sistema Único de Assistência Social - SUAS, em caso de necessidade local atestada pelo gestor do respectivo sistema.

Seção I

## Da Saúde

Art. 4º Para ser considerada beneficente e fazer jus à certificação, a entidade de saúde deverá, nos termos do regulamento:

I - comprovar o cumprimento das metas estabelecidas em convênio ou instrumento congênere celebrado com o gestor local do SUS;

II - ofertar a prestação de seus serviços ao SUS no percentual mínimo de 60% (sessenta por cento);

III - comprovar, anualmente, a prestação dos serviços de que trata o inciso II, com base no somatório das internações realizadas e dos atendimentos ambulatoriais prestados.

§ 1º O atendimento do percentual mínimo de que trata o **caput** pode ser individualizado por estabelecimento ou pelo conjunto de estabelecimentos de saúde da pessoa jurídica, desde que não abranja outra entidade com personalidade jurídica própria que seja por ela mantida.

§ 2º Para fins do disposto no § 1º, no conjunto de estabelecimentos de saúde da pessoa jurídica, poderá ser incorporado aquele vinculado por força de contrato de gestão, na forma do regulamento.

Art. 5º A entidade de saúde deverá ainda informar, obrigatoriamente, ao Ministério da Saúde, na forma por ele estabelecida:

I - a totalidade das internações e atendimentos ambulatoriais realizados para os pacientes não usuários do SUS;

II - a totalidade das internações e atendimentos ambulatoriais realizados para os pacientes usuários do SUS; e

III - as alterações referentes aos registros no Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde - CNES.

Art. 6º A entidade de saúde que presta serviços exclusivamente na área ambulatorial deverá observar o disposto nos incisos I e II do art. 4º.

Art. 7º Quando a disponibilidade de cobertura assistencial da população pela rede pública de determinada área for insuficiente, os gestores do SUS deverão observar, para a contratação de serviços privados, a preferência de participação das entidades beneficentes de saúde e das sem fins lucrativos.

Art. 8º Na impossibilidade do cumprimento do percentual mínimo a que se refere o inciso II do art. 4º, em razão da falta de demanda, declarada pelo gestor local do SUS, ou não havendo contratação dos serviços de saúde da entidade,



deverá ela comprovar a aplicação de percentual da sua receita bruta em atendimento gratuito de saúde da seguinte forma:

I - 20% (vinte por cento), se o percentual de atendimento ao SUS for inferior a 30% (trinta por cento);

II - 10% (dez por cento), se o percentual de atendimento ao SUS for igual ou superior a 30 (trinta) e inferior a 50% (cinquenta por cento); ou

III - 5% (cinco por cento), se o percentual de atendimento ao SUS for igual ou superior a 50% (cinquenta por cento) ou se completar o quantitativo das internações hospitalares e atendimentos ambulatoriais, com atendimentos gratuitos devidamente informados de acordo com o disposto no art. 5º, não financiados pelo SUS ou por qualquer outra fonte.

Parágrafo único. (VETADO)

Art. 9º (VETADO)

Art. 10. Em hipótese alguma será admitida como aplicação em gratuidade a eventual diferença entre os valores pagos pelo SUS e os preços praticados pela entidade ou pelo mercado.

Art. 11. A entidade de saúde de reconhecida excelência poderá, alternativamente, para dar cumprimento ao requisito previsto no art. 4º, realizar projetos de apoio ao desenvolvimento institucional do SUS, celebrando ajuste com a União, por intermédio do Ministério da Saúde, nas seguintes áreas de atuação:

I - estudos de avaliação e incorporação de tecnologias;

II - capacitação de recursos humanos;

III - pesquisas de interesse público em saúde; ou

IV - desenvolvimento de técnicas e operação de gestão em serviços de saúde.

§ 1º O Ministério da Saúde definirá os requisitos técnicos essenciais para o reconhecimento de excelência referente a cada uma das áreas de atuação previstas neste artigo.

§ 2º O recurso despendido pela entidade de saúde no projeto de apoio não poderá ser inferior ao valor da isenção das contribuições sociais usufruída.

§ 3º O projeto de apoio será aprovado pelo Ministério da Saúde, ouvidas as instâncias do SUS, segundo procedimento definido em ato do Ministro de Estado.

§ 4º As entidades de saúde que venham a se beneficiar da condição prevista neste artigo poderão complementar as atividades relativas aos projetos de apoio

com a prestação de serviços ambulatoriais e hospitalares ao SUS não remunerados, mediante pacto com o gestor local do SUS, observadas as seguintes condições:

I - a complementação não poderá ultrapassar 30% (trinta por cento) do valor usufruído com a isenção das contribuições sociais;

II - a entidade de saúde deverá apresentar ao gestor local do SUS plano de trabalho com previsão de atendimento e detalhamento de custos, os quais não poderão exceder o valor por ela efetivamente despendido;

III - a comprovação dos custos a que se refere o inciso II poderá ser exigida a qualquer tempo, mediante apresentação dos documentos necessários; e

IV - as entidades conveniadas deverão informar a produção na forma estabelecida pelo Ministério da Saúde, com observação de não geração de créditos.

§ 5º A participação das entidades de saúde ou de educação em projetos de apoio previstos neste artigo não poderá ocorrer em prejuízo das atividades beneficentes prestadas ao SUS.

§ 6º O conteúdo e o valor das atividades desenvolvidas em cada projeto de apoio ao desenvolvimento institucional e de prestação de serviços ao SUS deverão ser objeto de relatórios anuais, encaminhados ao Ministério da Saúde para acompanhamento e fiscalização, sem prejuízo das atribuições dos órgãos de fiscalização tributária.

## Seção II

### Da Educação

Art. 12. A certificação ou sua renovação será concedida à entidade de educação que atenda ao disposto nesta Seção e na legislação aplicável.

Art. 13. Para os fins da concessão da certificação de que trata esta Lei, a entidade de educação deverá aplicar anualmente em gratuidade, na forma do § 1º, pelo menos 20% (vinte por cento) da receita anual efetivamente recebida nos termos da Lei nº 9.870, de 23 de novembro de 1999.

§ 1º Para o cumprimento do disposto no **caput**, a entidade deverá:

I - demonstrar adequação às diretrizes e metas estabelecidas no Plano Nacional de Educação - PNE, na forma do art. 214 da Constituição Federal;

II - atender a padrões mínimos de qualidade, aferidos pelos processos de avaliação conduzidos pelo Ministério da Educação; e

III - oferecer bolsas de estudo nas seguintes proporções:

a) no mínimo, uma bolsa de estudo integral para cada 9 (nove) alunos pagantes da educação básica;

b) bolsas parciais de 50% (cinquenta por cento), quando necessário para o alcance do número mínimo exigido.

§ 2º As proporções previstas no inciso III do § 1º poderão ser cumpridas considerando-se diferentes etapas e modalidades da educação básica presencial.

§ 3º Complementarmente, para o cumprimento das proporções previstas no inciso III do § 1º, a entidade poderá contabilizar o montante destinado a ações assistenciais, bem como o ensino gratuito da educação básica em unidades específicas, programas de apoio a alunos bolsistas, tais como transporte, uniforme, material didático, além de outros, definidos em regulamento, até o montante de 25% (vinte e cinco por cento) da gratuidade prevista no **caput**.

§ 4º Para alcançar a condição prevista no § 3º, a entidade poderá observar a escala de adequação sucessiva, em conformidade com o exercício financeiro de vigência desta Lei:

I - até 75% (setenta e cinco por cento) no primeiro ano;

II - até 50% (cinquenta por cento) no segundo ano;

III - 25% (vinte e cinco por cento) a partir do terceiro ano.

§ 5º Consideram-se ações assistenciais aquelas previstas na Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993.

§ 6º Para a entidade que, além de atuar na educação básica ou em área distinta da educação, também atue na educação superior, aplica-se o disposto no art. 10 da Lei nº 11.096, de 13 de janeiro de 2005.

Art. 14. Para os efeitos desta Lei, a bolsa de estudo refere-se às semestralidades ou anuidades escolares fixadas na forma da lei, vedada a cobrança de taxa de matrícula e de custeio de material didático.

§ 1º A bolsa de estudo integral será concedida a aluno cuja renda familiar mensal **per capita** não exceda o valor de 1 1/2 (um e meio) salário mínimo.

§ 2º A bolsa de estudo parcial será concedida a aluno cuja renda familiar mensal **per capita** não exceda o valor de 3 (três) salários mínimos.

Art. 15. Para fins da certificação a que se refere esta Lei, o aluno a ser beneficiado será pré-selecionado pelo perfil socioeconômico e, cumulativamente, por outros critérios definidos pelo Ministério da Educação.

§ 1º Os alunos beneficiários das bolsas de estudo de que trata esta Lei ou seus pais ou responsáveis, quando for o caso, respondem legalmente pela veracidade e autenticidade das informações socioeconômicas por eles prestadas.

§ 2º Compete à entidade de educação aferir as informações relativas ao perfil socioeconômico do candidato.

§ 3º As bolsas de estudo poderão ser canceladas a qualquer tempo, em caso de constatação de falsidade da informação prestada pelo bolsista ou seu responsável, ou de inidoneidade de documento apresentado, sem prejuízo das demais sanções cíveis e penais cabíveis.

Art. 16. É vedado qualquer discriminação ou diferença de tratamento entre alunos bolsistas e pagantes.

Art. 17. No ato de renovação da certificação, as entidades de educação que não tenham aplicado em gratuidade o percentual mínimo previsto no **caput** do art. 13 poderão compensar o percentual devido no exercício imediatamente subsequente com acréscimo de 20% (vinte por cento) sobre o percentual a ser compensado.

Parágrafo único. O disposto neste artigo alcança tão somente as entidades que tenham aplicado pelo menos 17% (dezessete por cento) em gratuidade, na forma do art. 13, em cada exercício financeiro a ser considerado.

### Seção III

#### Da Assistência Social

Art. 18. A certificação ou sua renovação será concedida à entidade de assistência social que presta serviços ou realiza ações assistenciais, de forma gratuita, continuada e planejada, para os usuários e a quem deles necessitar, sem qualquer discriminação, observada a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993.

§ 1º As entidades de assistência social a que se refere o **caput** são aquelas que prestam, sem fins lucrativos, atendimento e assessoramento aos beneficiários, bem como as que atuam na defesa e garantia de seus direitos.

§ 2º As entidades que prestam serviços com objetivo de habilitação e reabilitação de pessoa com deficiência e de promoção da sua integração à vida comunitária e aquelas abrangidas pelo disposto no art. 35 da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, poderão ser certificadas, desde que comprovem a oferta de, no mínimo, 60% (sessenta por cento) de sua capacidade de atendimento ao sistema de assistência social.

§ 3º A capacidade de atendimento de que trata o § 2º será definida anualmente pela entidade, aprovada pelo órgão gestor de assistência social municipal ou distrital e comunicada ao Conselho Municipal de Assistência Social.

§ 4º As entidades certificadas como de assistência social terão prioridade na celebração de convênios, contratos, acordos ou ajustes com o poder público para a execução de programas, projetos e ações de assistência social.

Art. 19. Constituem ainda requisitos para a certificação de uma entidade de assistência social:

I - estar inscrita no respectivo Conselho Municipal de Assistência Social ou no Conselho de Assistência Social do Distrito Federal, conforme o caso, nos termos do art. 9º da Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993; e

II - integrar o cadastro nacional de entidades e organizações de assistência social de que trata o inciso XI do art. 19 da Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993.

§ 1º Quando a entidade de assistência social atuar em mais de um Município ou Estado ou em quaisquer destes e no Distrito Federal, deverá inscrever suas atividades no Conselho de Assistência Social do respectivo Município de atuação ou do Distrito Federal, mediante a apresentação de seu plano ou relatório de atividades e do comprovante de inscrição no Conselho de sua sede ou de onde desenvolva suas principais atividades.

§ 2º Quando não houver Conselho de Assistência Social no Município, as entidades de assistência social dever-se-ão inscrever nos respectivos Conselhos Estaduais.

Art. 20. A comprovação do vínculo da entidade de assistência social à rede socioassistencial privada no âmbito do SUAS é condição suficiente para a concessão da certificação, no prazo e na forma a serem definidos em regulamento.

#### Seção IV

##### Da Concessão e do Cancelamento

Art. 21. A análise e decisão dos requerimentos de concessão ou de renovação dos certificados das entidades beneficentes de assistência social serão apreciadas no âmbito dos seguintes Ministérios:

I - da Saúde, quanto às entidades da área de saúde;

II - da Educação, quanto às entidades educacionais; e

III - do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, quanto às entidades de assistência social.

§ 1º A entidade interessada na certificação deverá apresentar, juntamente com o requerimento, todos os documentos necessários à comprovação dos requisitos de que trata esta Lei, na forma do regulamento.

§ 2º A tramitação e a apreciação do requerimento deverão obedecer à ordem cronológica de sua apresentação, salvo em caso de diligência pendente, devidamente justificada.

§ 3º O requerimento será apreciado no prazo a ser estabelecido em regulamento, observadas as peculiaridades do Ministério responsável pela área de atuação da entidade.

§ 4º O prazo de validade da certificação será fixado em regulamento, observadas as especificidades de cada uma das áreas e o prazo mínimo de 1 (um) ano e máximo de 5 (cinco) anos.

§ 5º O processo administrativo de certificação deverá, em cada Ministério envolvido, contar com plena publicidade de sua tramitação, devendo permitir à sociedade o acompanhamento pela internet de todo o processo.

§ 6º Os Ministérios responsáveis pela certificação deverão manter, nos respectivos sítios na internet, lista atualizada com os dados relativos aos certificados emitidos, seu período de vigência e sobre as entidades certificadas, incluindo os serviços prestados por essas dentro do âmbito certificado e recursos financeiros a elas destinados.

Art. 22. A entidade que atue em mais de uma das áreas especificadas no art. 1º deverá requerer a certificação e sua renovação no Ministério responsável pela área de atuação preponderante da entidade.

Parágrafo único. Considera-se área de atuação preponderante aquela definida como atividade econômica principal no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica do Ministério da Fazenda.

Art. 23. (VETADO)

Art. 24. Os Ministérios referidos no art. 21 deverão zelar pelo cumprimento das condições que ensejaram a certificação da entidade como beneficente de assistência social, cabendo-lhes confirmar que tais exigências estão sendo atendidas por ocasião da apreciação do pedido de renovação da certificação.

§ 1º O requerimento de renovação da certificação deverá ser protocolado com antecedência mínima de 6 (seis) meses do termo final de sua validade.

§ 2º A certificação da entidade permanecerá válida até a data da decisão sobre o requerimento de renovação tempestivamente apresentado.

Art. 25. Constatada, a qualquer tempo, a inobservância de exigência estabelecida neste Capítulo, será cancelada a certificação, nos termos de regulamento, assegurado o contraditório e a ampla defesa.

### CAPÍTULO III

#### DOS RECURSOS E DA REPRESENTAÇÃO

Art. 26. Da decisão que indeferir o requerimento para concessão ou renovação de certificação e da decisão que cancelar a certificação caberá recurso por parte da entidade interessada, assegurados o contraditório, a ampla defesa e a participação da sociedade civil, na forma definida em regulamento, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da publicação da decisão.

Art. 27. Verificada prática de irregularidade na entidade certificada, são competentes para representar, motivadamente, ao Ministério responsável pela sua área de atuação, sem prejuízo das atribuições do Ministério Público:

I - o gestor municipal ou estadual do SUS ou do SUAS, de acordo com a sua condição de gestão, bem como o gestor da educação municipal, distrital ou estadual;

II - a Secretaria da Receita Federal do Brasil;

III - os conselhos de acompanhamento e controle social previstos na Lei nº 11.494, de 20 de junho de 2007, e os Conselhos de Assistência Social e de Saúde;

e

IV - o Tribunal de Contas da União.

Parágrafo único. A representação será dirigida ao Ministério que concedeu a certificação e conterá a qualificação do representante, a descrição dos fatos a serem apurados e, sempre que possível, a documentação pertinente e demais informações relevantes para o esclarecimento do seu objeto.

Art. 28. Caberá ao Ministério competente:

I - dar ciência da representação à entidade, que terá o prazo de 30 (trinta) dias para apresentação de defesa; e

II - decidir sobre a representação, no prazo de 30 (trinta) dias a contar da apresentação da defesa.

§ 1º Se improcedente a representação de que trata o inciso II, o processo será arquivado.

§ 2º Se procedente a representação de que trata o inciso II, após decisão final ou transcorrido o prazo para interposição de recurso, a autoridade responsável deverá cancelar a certificação e dar ciência do fato à Secretaria da Receita Federal do Brasil.

§ 3º O representante será cientificado das decisões de que tratam os §§ 1º e 2º.

## CAPÍTULO IV

### DA ISENÇÃO

#### Seção I

##### Dos Requisitos

Art. 29. A entidade beneficente certificada na forma do Capítulo II fará jus à isenção do pagamento das contribuições de que tratam os arts. 22 e 23 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, desde que atenda, cumulativamente, aos seguintes requisitos:

I - não percebam seus diretores, conselheiros, sócios, instituidores ou benfeitores, remuneração, vantagens ou benefícios, direta ou indiretamente, por qualquer forma ou título, em razão das competências, funções ou atividades que lhes sejam atribuídas pelos respectivos atos constitutivos;

II - aplique suas rendas, seus recursos e eventual superávit integralmente no território nacional, na manutenção e desenvolvimento de seus objetivos institucionais;

III - apresente certidão negativa ou certidão positiva com efeito de negativa de débitos relativos aos tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil e certificado de regularidade do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS;

IV - mantenha escrituração contábil regular que registre as receitas e despesas, bem como a aplicação em gratuidade de forma segregada, em consonância com as normas emanadas do Conselho Federal de Contabilidade;

V - não distribua resultados, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, sob qualquer forma ou pretexto;

VI - conserve em boa ordem, pelo prazo de 10 (dez) anos, contado da data da emissão, os documentos que comprovem a origem e a aplicação de seus recursos e os relativos a atos ou operações realizados que impliquem modificação da situação patrimonial;



VII - cumpra as obrigações acessórias estabelecidas na legislação tributária;

VIII - apresente as demonstrações contábeis e financeiras devidamente auditadas por auditor independente legalmente habilitado nos Conselhos Regionais de Contabilidade quando a receita bruta anual auferida for superior ao limite fixado pela Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

Art. 30. A isenção de que trata esta Lei não se estende a entidade com personalidade jurídica própria constituída e mantida pela entidade à qual a isenção foi concedida.

## Seção II

### Do Reconhecimento e da Suspensão do Direito à Isenção

Art. 31. O direito à isenção das contribuições sociais poderá ser exercido pela entidade a contar da data da publicação da concessão de sua certificação, desde que atendido o disposto na Seção I deste Capítulo.

Art. 32. Constatado o descumprimento pela entidade dos requisitos indicados na Seção I deste Capítulo, a fiscalização da Secretaria da Receita Federal do Brasil lavrará o auto de infração relativo ao período correspondente e relatará os fatos que demonstram o não atendimento de tais requisitos para o gozo da isenção.

§ 1º Considerar-se-á automaticamente suspenso o direito à isenção das contribuições referidas no art. 31 durante o período em que se constatar o descumprimento de requisito na forma deste artigo, devendo o lançamento correspondente ter como termo inicial a data da ocorrência da infração que lhe deu causa.

§ 2º O disposto neste artigo obedecerá ao rito do processo administrativo fiscal vigente.

## CAPÍTULO V

### DISPOSIÇÕES GERAIS E TRANSITÓRIAS

Art. 33. A entidade que atue em mais de uma das áreas a que se refere o art. 1º deverá, na forma de regulamento, manter escrituração contábil segregada por área, de modo a evidenciar o patrimônio, as receitas, os custos e as despesas de cada atividade desempenhada.

Art. 34. Os pedidos de concessão originária de Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social que não tenham sido objeto de julgamento até a data de publicação desta Lei serão remetidos, de acordo com a área de atuação da

entidade, ao Ministério responsável, que os julgará nos termos da legislação em vigor à época da protocolização do requerimento.

§ 1º Caso a entidade requerente atue em mais de uma das áreas abrangidas por esta Lei, o pedido será remetido ao Ministério responsável pela área de atuação preponderante da entidade.

§ 2º Das decisões proferidas nos termos do **caput** que sejam favoráveis às entidades não caberá recurso.

§ 3º Das decisões de indeferimento proferidas com base no **caput** caberá recurso no prazo de 30 (trinta) dias, dirigido ao Ministro de Estado responsável pela área de atuação da entidade.

§ 4º É a entidade obrigada a oferecer todas as informações necessárias à análise do pedido, nos termos do art. 60 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

Art. 35. Os pedidos de renovação de Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social protocolados e ainda não julgados até a data de publicação desta Lei serão julgados pelo Ministério da área no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias a contar da referida data.

§ 1º As representações em curso no CNAS, em face da renovação do certificado referida no **caput**, serão julgadas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias após a publicação desta Lei.

§ 2º Das decisões de indeferimento proferidas com base no **caput** caberá recurso no prazo de 30 (trinta) dias, com efeito suspensivo, dirigido ao Ministro de Estado responsável pela área de atuação da entidade.

Art. 36. Constatada a qualquer tempo alguma irregularidade, considerar-se-á cancelada a certificação da entidade desde a data de lavratura da ocorrência da infração, sem prejuízo da exigibilidade do crédito tributário e das demais sanções previstas em lei.

Art. 37. (VETADO)

Art. 38. As entidades certificadas até o dia imediatamente anterior ao da publicação desta Lei poderão requerer a renovação do certificado até a data de sua validade.

## CAPÍTULO VI

### DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 39. (VETADO)

Art. 40. Os Ministérios da Saúde, da Educação e do Desenvolvimento Social e Combate à Fome informarão à Secretaria da Receita Federal do Brasil, na forma e prazo por esta determinados, os pedidos de certificação originária e de renovação deferidos, bem como os definitivamente indeferidos, nos termos da Seção IV do Capítulo II.

Parágrafo único. Os Ministérios da Saúde, da Educação e do Desenvolvimento Social e Combate à Fome procederão ao recadastramento de todas as entidades sem fins lucrativos, beneficentes ou não, atuantes em suas respectivas áreas em até 180 (cento e oitenta) dias após a data de publicação desta Lei, e tornarão os respectivos cadastros disponíveis para consulta pública.

Art. 41. As entidades isentas na forma desta Lei deverão manter, em local visível ao público, placa indicativa contendo informações sobre a sua condição de beneficente e sobre sua área de atuação, conforme o disposto no art. 1º.

Art. 42. Os incisos III e IV do art. 18 da Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 18. ....

.....  
 III - acompanhar e fiscalizar o processo de certificação das entidades e organizações de assistência social no Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome;

IV - apreciar relatório anual que conterà a relação de entidades e organizações de assistência social certificadas como beneficentes e encaminhá-lo para conhecimento dos Conselhos de Assistência Social dos Estados, Municípios e do Distrito Federal;  
 .....” (NR)

Art. 43. Serão objeto de auditoria operacional os atos dos gestores públicos previstos no parágrafo único do art. 3º, no art. 8º e no § 4º do art. 11.

Art. 44. Revogam-se:

I - o art. 55 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991;

II - o § 3º do art. 9º e o parágrafo único do art. 18 da Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993;

III - o art. 5º da Lei nº 9.429, de 26 de dezembro de 1996, na parte que altera o art. 55 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991;

IV - o art. 1º da Lei nº 9.732, de 11 de dezembro de 1998, na parte que altera o art. 55 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991;

V - o art. 21 da Lei nº 10.684, de 30 de maio de 2003;

VI - o art. 3º da Medida Provisória nº 2.187-13, de 24 de agosto de 2001, na parte que altera o art. 55 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991; e

VII - o art. 5º da Medida Provisória nº 2.187-13, de 24 de agosto de 2001, na parte que altera os arts. 9º e 18 da Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993.

Art. 45. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 27 de novembro 2009; 188º da Independência e 121º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

*Guido Mantega*

*Fernando Haddad*

*José Gomes Temporão*

*Patrus Ananias*

Este texto não substitui o publicado no DOU de 30.11.2009

### **LEI Nº 8.080, DE 19 DE SETEMBRO DE 1990.**

Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.

**O PRESIDENTE DA REPÚBLICA**, faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

#### DISPOSIÇÃO PRELIMINAR

Art. 1º Esta lei regula, em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito Público ou privado.

#### TÍTULO I

#### DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de

outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

§ 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.

Art. 3º A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País.

Parágrafo único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social.

## TÍTULO II

### DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

#### DISPOSIÇÃO PRELIMINAR

Art. 4º O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS).

§ 1º Estão incluídas no disposto neste artigo as instituições públicas federais, estaduais e municipais de controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos, medicamentos, inclusive de sangue e hemoderivados, e de equipamentos para saúde.

§ 2º A iniciativa privada poderá participar do Sistema Único de Saúde (SUS), em caráter complementar.

#### CAPÍTULO I

##### Dos Objetivos e Atribuições

Art. 5º São objetivos do Sistema Único de Saúde SUS:

I - a identificação e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde;

II - a formulação de política de saúde destinada a promover, nos campos econômico e social, a observância do disposto no § 1º do art. 2º desta lei;

III - a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas.

Art. 6º Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS):

I - a execução de ações:

a) de vigilância sanitária;

b) de vigilância epidemiológica;

c) de saúde do trabalhador; e

d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica;

II - a participação na formulação da política e na execução de ações de saneamento básico;

III - a ordenação da formação de recursos humanos na área de saúde;

IV - a vigilância nutricional e a orientação alimentar;

V - a colaboração na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho;

VI - a formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção;

VII - o controle e a fiscalização de serviços, produtos e substâncias de interesse para a saúde;

VIII - a fiscalização e a inspeção de alimentos, água e bebidas para consumo humano;

IX - a participação no controle e na fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;

X - o incremento, em sua área de atuação, do desenvolvimento científico e tecnológico;

XI - a formulação e execução da política de sangue e seus derivados.

§ 1º Entende-se por vigilância sanitária um conjunto de ações capaz de eliminar, diminuir ou prevenir riscos à saúde e de intervir nos problemas sanitários decorrentes do meio ambiente, da produção e circulação de bens e da prestação de serviços de interesse da saúde, abrangendo:

I - o controle de bens de consumo que, direta ou indiretamente, se relacionem com a saúde, compreendidas todas as etapas e processos, da produção ao consumo; e

II - o controle da prestação de serviços que se relacionam direta ou indiretamente com a saúde.

§ 2º Entende-se por vigilância epidemiológica um conjunto de ações que proporcionam o conhecimento, a detecção ou prevenção de qualquer mudança nos fatores determinantes e condicionantes de saúde individual ou coletiva, com a finalidade de recomendar e adotar as medidas de prevenção e controle das doenças ou agravos.

§ 3º Entende-se por saúde do trabalhador, para fins desta lei, um conjunto de atividades que se destina, através das ações de vigilância epidemiológica e vigilância sanitária, à promoção e proteção da saúde dos trabalhadores, assim como visa à recuperação e reabilitação da saúde dos trabalhadores submetidos aos riscos e agravos advindos das condições de trabalho, abrangendo:

I - assistência ao trabalhador vítima de acidentes de trabalho ou portador de doença profissional e do trabalho;

II - participação, no âmbito de competência do Sistema Único de Saúde (SUS), em estudos, pesquisas, avaliação e controle dos riscos e agravos potenciais à saúde existentes no processo de trabalho;

III - participação, no âmbito de competência do Sistema Único de Saúde (SUS), da normatização, fiscalização e controle das condições de produção, extração, armazenamento, transporte, distribuição e manuseio de substâncias, de produtos, de máquinas e de equipamentos que apresentam riscos à saúde do trabalhador;

IV - avaliação do impacto que as tecnologias provocam à saúde;

V - informação ao trabalhador e à sua respectiva entidade sindical e às empresas sobre os riscos de acidentes de trabalho, doença profissional e do trabalho, bem como os resultados de fiscalizações, avaliações ambientais e exames de saúde, de admissão, periódicos e de demissão, respeitados os preceitos da ética profissional;

VI - participação na normatização, fiscalização e controle dos serviços de saúde do trabalhador nas instituições e empresas públicas e privadas;

VII - revisão periódica da listagem oficial de doenças originadas no processo de trabalho, tendo na sua elaboração a colaboração das entidades sindicais; e

VIII - a garantia ao sindicato dos trabalhadores de requerer ao órgão competente a interdição de máquina, de setor de serviço ou de todo ambiente de

trabalho, quando houver exposição a risco iminente para a vida ou saúde dos trabalhadores.

## CAPÍTULO II

### Dos Princípios e Diretrizes

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.

### CAPÍTULO III

#### Da Organização, da Direção e da Gestão

Art. 8º As ações e serviços de saúde, executados pelo Sistema Único de Saúde (SUS), seja diretamente ou mediante participação complementar da iniciativa privada, serão organizados de forma regionalizada e hierarquizada em níveis de complexidade crescente.

Art. 9º A direção do Sistema Único de Saúde (SUS) é única, de acordo com o inciso I do art. 198 da Constituição Federal, sendo exercida em cada esfera de governo pelos seguintes órgãos:

I - no âmbito da União, pelo Ministério da Saúde;

II - no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente; e

III - no âmbito dos Municípios, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente.

Art. 10. Os municípios poderão constituir consórcios para desenvolver em conjunto as ações e os serviços de saúde que lhes correspondam.

§ 1º Aplica-se aos consórcios administrativos intermunicipais o princípio da direção única, e os respectivos atos constitutivos disporão sobre sua observância.

§ 2º No nível municipal, o Sistema Único de Saúde (SUS), poderá organizar-se em distritos de forma a integrar e articular recursos, técnicas e práticas voltadas para a cobertura total das ações de saúde.

Art. 11. (Vetado).

Art. 12. Serão criadas comissões intersetoriais de âmbito nacional, subordinadas ao Conselho Nacional de Saúde, integradas pelos Ministérios e órgãos competentes e por entidades representativas da sociedade civil.

Parágrafo único. As comissões intersetoriais terão a finalidade de articular políticas e programas de interesse para a saúde, cuja execução envolva áreas não compreendidas no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS).

Art. 13. A articulação das políticas e programas, a cargo das comissões intersetoriais, abrangerá, em especial, as seguintes atividades:

I - alimentação e nutrição;

II - saneamento e meio ambiente;

III - vigilância sanitária e farmacoepidemiologia;

IV - recursos humanos;

V - ciência e tecnologia; e

VI - saúde do trabalhador.

Art. 14. Deverão ser criadas Comissões Permanentes de integração entre os serviços de saúde e as instituições de ensino profissional e superior.

Parágrafo único. Cada uma dessas comissões terá por finalidade propor prioridades, métodos e estratégias para a formação e educação continuada dos recursos humanos do Sistema Único de Saúde (SUS), na esfera correspondente, assim como em relação à pesquisa e à cooperação técnica entre essas instituições.

## CAPÍTULO IV

### Da Competência e das Atribuições

#### Seção I

##### Das Atribuições Comuns

Art. 15. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios exercerão, em seu âmbito administrativo, as seguintes atribuições:

I - definição das instâncias e mecanismos de controle, avaliação e de fiscalização das ações e serviços de saúde;

II - administração dos recursos orçamentários e financeiros destinados, em cada ano, à saúde;

III - acompanhamento, avaliação e divulgação do nível de saúde da população e das condições ambientais;

IV - organização e coordenação do sistema de informação de saúde;

V - elaboração de normas técnicas e estabelecimento de padrões de qualidade e parâmetros de custos que caracterizam a assistência à saúde;

VI - elaboração de normas técnicas e estabelecimento de padrões de qualidade para promoção da saúde do trabalhador;

VII - participação de formulação da política e da execução das ações de saneamento básico e colaboração na proteção e recuperação do meio ambiente;

VIII - elaboração e atualização periódica do plano de saúde;

IX - participação na formulação e na execução da política de formação e desenvolvimento de recursos humanos para a saúde;

X - elaboração da proposta orçamentária do Sistema Único de Saúde (SUS), de conformidade com o plano de saúde;

XI - elaboração de normas para regular as atividades de serviços privados de saúde, tendo em vista a sua relevância pública;

XII - realização de operações externas de natureza financeira de interesse da saúde, autorizadas pelo Senado Federal;

XIII - para atendimento de necessidades coletivas, urgentes e transitórias, decorrentes de situações de perigo iminente, de calamidade pública ou de irrupção de epidemias, a autoridade competente da esfera administrativa correspondente poderá requisitar bens e serviços, tanto de pessoas naturais como de jurídicas, sendo-lhes assegurada justa indenização;

XIV - implementar o Sistema Nacional de Sangue, Componentes e Derivados;

XV - propor a celebração de convênios, acordos e protocolos internacionais relativos à saúde, saneamento e meio ambiente;

XVI - elaborar normas técnico-científicas de promoção, proteção e recuperação da saúde;

XVII - promover articulação com os órgãos de fiscalização do exercício profissional e outras entidades representativas da sociedade civil para a definição e controle dos padrões éticos para pesquisa, ações e serviços de saúde;

XVIII - promover a articulação da política e dos planos de saúde;

XIX - realizar pesquisas e estudos na área de saúde;

XX - definir as instâncias e mecanismos de controle e fiscalização inerentes ao poder de polícia sanitária;

XXI - fomentar, coordenar e executar programas e projetos estratégicos e de atendimento emergencial.

## Seção II

### Da Competência

Art. 16. A direção nacional do Sistema Único da Saúde (SUS) compete:

I - formular, avaliar e apoiar políticas de alimentação e nutrição;

II - participar na formulação e na implementação das políticas:

a) de controle das agressões ao meio ambiente;

b) de saneamento básico; e

c) relativas às condições e aos ambientes de trabalho;

III - definir e coordenar os sistemas:

a) de redes integradas de assistência de alta complexidade;

b) de rede de laboratórios de saúde pública;

c) de vigilância epidemiológica; e

d) vigilância sanitária;

IV - participar da definição de normas e mecanismos de controle, com órgão afins, de agravo sobre o meio ambiente ou dele decorrentes, que tenham repercussão na saúde humana;

V - participar da definição de normas, critérios e padrões para o controle das condições e dos ambientes de trabalho e coordenar a política de saúde do trabalhador;

VI - coordenar e participar na execução das ações de vigilância epidemiológica;

VII - estabelecer normas e executar a vigilância sanitária de portos, aeroportos e fronteiras, podendo a execução ser complementada pelos Estados, Distrito Federal e Municípios;

VIII - estabelecer critérios, parâmetros e métodos para o controle da qualidade sanitária de produtos, substâncias e serviços de consumo e uso humano;

IX - promover articulação com os órgãos educacionais e de fiscalização do exercício profissional, bem como com entidades representativas de formação de recursos humanos na área de saúde;

X - formular, avaliar, elaborar normas e participar na execução da política nacional e produção de insumos e equipamentos para a saúde, em articulação com os demais órgãos governamentais;

XI - identificar os serviços estaduais e municipais de referência nacional para o estabelecimento de padrões técnicos de assistência à saúde;

XII - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde;

XIII - prestar cooperação técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para o aperfeiçoamento da sua atuação institucional;

XIV - elaborar normas para regular as relações entre o Sistema Único de Saúde (SUS) e os serviços privados contratados de assistência à saúde;

XV - promover a descentralização para as Unidades Federadas e para os Municípios, dos serviços e ações de saúde, respectivamente, de abrangência estadual e municipal;

XVI - normatizar e coordenar nacionalmente o Sistema Nacional de Sangue, Componentes e Derivados;

XVII - acompanhar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde, respeitadas as competências estaduais e municipais;

XVIII - elaborar o Planejamento Estratégico Nacional no âmbito do SUS, em cooperação técnica com os Estados, Municípios e Distrito Federal;

XIX - estabelecer o Sistema Nacional de Auditoria e coordenar a avaliação técnica e financeira do SUS em todo o Território Nacional em cooperação técnica com os Estados, Municípios e Distrito Federal. (Vide Decreto nº 1.651, de 1995)

Parágrafo único. A União poderá executar ações de vigilância epidemiológica e sanitária em circunstâncias especiais, como na ocorrência de agravos inusitados à saúde, que possam escapar do controle da direção estadual do Sistema Único de Saúde (SUS) ou que representem risco de disseminação nacional.

Art. 17. À direção estadual do Sistema Único de Saúde (SUS) compete:

I - promover a descentralização para os Municípios dos serviços e das ações de saúde;

II - acompanhar, controlar e avaliar as redes hierarquizadas do Sistema Único de Saúde (SUS);

III - prestar apoio técnico e financeiro aos Municípios e executar supletivamente ações e serviços de saúde;

IV - coordenar e, em caráter complementar, executar ações e serviços:

a) de vigilância epidemiológica;

b) de vigilância sanitária;

c) de alimentação e nutrição; e

d) de saúde do trabalhador;

V - participar, junto com os órgãos afins, do controle dos agravos do meio ambiente que tenham repercussão na saúde humana;

VI - participar da formulação da política e da execução de ações de saneamento básico;

VII - participar das ações de controle e avaliação das condições e dos ambientes de trabalho;

VIII - em caráter suplementar, formular, executar, acompanhar e avaliar a política de insumos e equipamentos para a saúde;

IX - identificar estabelecimentos hospitalares de referência e gerir sistemas públicos de alta complexidade, de referência estadual e regional;

X - coordenar a rede estadual de laboratórios de saúde pública e hemocentros, e gerir as unidades que permaneçam em sua organização administrativa;

XI - estabelecer normas, em caráter suplementar, para o controle e avaliação das ações e serviços de saúde;

XII - formular normas e estabelecer padrões, em caráter suplementar, de procedimentos de controle de qualidade para produtos e substâncias de consumo humano;

XIII - colaborar com a União na execução da vigilância sanitária de portos, aeroportos e fronteiras;

XIV - o acompanhamento, a avaliação e divulgação dos indicadores de morbidade e mortalidade no âmbito da unidade federada.

Art. 18. À direção municipal do Sistema de Saúde (SUS) compete:

I - planejar, organizar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde e gerir e executar os serviços públicos de saúde;

II - participar do planejamento, programação e organização da rede regionalizada e hierarquizada do Sistema Único de Saúde (SUS), em articulação com sua direção estadual;

III - participar da execução, controle e avaliação das ações referentes às condições e aos ambientes de trabalho;

IV - executar serviços:

a) de vigilância epidemiológica;

b) vigilância sanitária;

c) de alimentação e nutrição;

d) de saneamento básico; e

e) de saúde do trabalhador;

V - dar execução, no âmbito municipal, à política de insumos e equipamentos para a saúde;

VI - colaborar na fiscalização das agressões ao meio ambiente que tenham repercussão sobre a saúde humana e atuar, junto aos órgãos municipais, estaduais e federais competentes, para controlá-las;

VII - formar consórcios administrativos intermunicipais;

VIII - gerir laboratórios públicos de saúde e hemocentros;

IX - colaborar com a União e os Estados na execução da vigilância sanitária de portos, aeroportos e fronteiras;

X - observado o disposto no art. 26 desta Lei, celebrar contratos e convênios com entidades prestadoras de serviços privados de saúde, bem como controlar e avaliar sua execução;

XI - controlar e fiscalizar os procedimentos dos serviços privados de saúde;

XII - normatizar complementarmente as ações e serviços públicos de saúde no seu âmbito de atuação.

Art. 19. Ao Distrito Federal competem as atribuições reservadas aos Estados e aos Municípios.

## CAPÍTULO V

Do Subsistema de Atenção à Saúde Indígena

(Incluído pela Lei nº 9.836, de 1999)

Art. 19-A. As ações e serviços de saúde voltados para o atendimento das populações indígenas, em todo o território nacional, coletiva ou individualmente, obedecerão ao disposto nesta Lei. (Incluído pela Lei nº 9.836, de 1999)

Art. 19-B. É instituído um Subsistema de Atenção à Saúde Indígena, componente do Sistema Único de Saúde – SUS, criado e definido por esta Lei, e pela Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990, com o qual funcionará em perfeita integração. (Incluído pela Lei nº 9.836, de 1999)

Art. 19-C. Caberá à União, com seus recursos próprios, financiar o Subsistema de Atenção à Saúde Indígena. (Incluído pela Lei nº 9.836, de 1999)

Art. 19-D. O SUS promoverá a articulação do Subsistema instituído por esta Lei com os órgãos responsáveis pela Política Indígena do País. (Incluído pela Lei nº 9.836, de 1999)

Art. 19-E. Os Estados, Municípios, outras instituições governamentais e não-governamentais poderão atuar complementarmente no custeio e execução das ações. (Incluído pela Lei nº 9.836, de 1999)

Art. 19-F. Dever-se-á obrigatoriamente levar em consideração a realidade local e as especificidades da cultura dos povos indígenas e o modelo a ser adotado para a atenção à saúde indígena, que se deve pautar por uma abordagem diferenciada e global, contemplando os aspectos de assistência à saúde, saneamento básico, nutrição, habitação, meio ambiente, demarcação de terras, educação sanitária e integração institucional. (Incluído pela Lei nº 9.836, de 1999)

Art. 19-G. O Subsistema de Atenção à Saúde Indígena deverá ser, como o SUS, descentralizado, hierarquizado e regionalizado. (Incluído pela Lei nº 9.836, de 1999)

§ 1º O Subsistema de que trata o *caput* deste artigo terá como base os Distritos Sanitários Especiais Indígenas. (Incluído pela Lei nº 9.836, de 1999)

§ 2º O SUS servirá de retaguarda e referência ao Subsistema de Atenção à Saúde Indígena, devendo, para isso, ocorrer adaptações na estrutura e organização do SUS nas regiões onde residem as populações indígenas, para propiciar essa integração e o atendimento necessário em todos os níveis, sem discriminações. (Incluído pela Lei nº 9.836, de 1999)

§ 3º As populações indígenas devem ter acesso garantido ao SUS, em âmbito local, regional e de centros especializados, de acordo com suas necessidades, compreendendo a atenção primária, secundária e terciária à saúde. (Incluído pela Lei nº 9.836, de 1999)

Art. 19-H. As populações indígenas terão direito a participar dos organismos colegiados de formulação, acompanhamento e avaliação das políticas de saúde, tais como o Conselho Nacional de Saúde e os Conselhos Estaduais e Municipais de Saúde, quando for o caso. (Incluído pela Lei nº 9.836, de 1999)

## CAPÍTULO VI

### DO SUBSISTEMA DE ATENDIMENTO E INTERNAÇÃO DOMICILIAR

(Incluído pela Lei nº 10.424, de 2002)

Art. 19-I. São estabelecidos, no âmbito do Sistema Único de Saúde, o atendimento domiciliar e a internação domiciliar. (Incluído pela Lei nº 10.424, de 2002)

§ 1º Na modalidade de assistência de atendimento e internação domiciliares incluem-se, principalmente, os procedimentos médicos, de enfermagem, fisioterapêuticos, psicológicos e de assistência social, entre outros necessários ao cuidado integral dos pacientes em seu domicílio. (Incluído pela Lei nº 10.424, de 2002)

§ 2º O atendimento e a internação domiciliares serão realizados por equipes multidisciplinares que atuarão nos níveis da medicina preventiva, terapêutica e reabilitadora. (Incluído pela Lei nº 10.424, de 2002)



§ 3º O atendimento e a internação domiciliares só poderão ser realizados por indicação médica, com expressa concordância do paciente e de sua família.  
(Incluído pela Lei nº 10.424, de 2002)

## CAPÍTULO VII

DO SUBSISTEMA DE ACOMPANHAMENTO DURANTE O TRABALHO DE PARTO, PARTO E PÓS-PARTO IMEDIATO  
(Incluído pela Lei nº 11.108, de 2005)

Art. 19-J. Os serviços de saúde do Sistema Único de Saúde - SUS, da rede própria ou conveniada, ficam obrigados a permitir a presença, junto à parturiente, de 1 (um) acompanhante durante todo o período de trabalho de parto, parto e pós-parto imediato. (Incluído pela Lei nº 11.108, de 2005)

§ 1º O acompanhante de que trata o caput deste artigo será indicado pela parturiente. (Incluído pela Lei nº 11.108, de 2005)

§ 2º As ações destinadas a viabilizar o pleno exercício dos direitos de que trata este artigo constarão do regulamento da lei, a ser elaborado pelo órgão competente do Poder Executivo. (Incluído pela Lei nº 11.108, de 2005)

Art. 19-L. (VETADO) (Incluído pela Lei nº 11.108, de 2005)

## TÍTULO III

DOS SERVIÇOS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE

### CAPÍTULO I

Do Funcionamento

Art. 20. Os serviços privados de assistência à saúde caracterizam-se pela atuação, por iniciativa própria, de profissionais liberais, legalmente habilitados, e de pessoas jurídicas de direito privado na promoção, proteção e recuperação da saúde.

Art. 21. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

Art. 22. Na prestação de serviços privados de assistência à saúde, serão observados os princípios éticos e as normas expedidas pelo órgão de direção do Sistema Único de Saúde (SUS) quanto às condições para seu funcionamento.

Art. 23. É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou de capitais estrangeiros na assistência à saúde, salvo através de doações de organismos internacionais vinculados à Organização das Nações Unidas, de entidades de cooperação técnica e de financiamento e empréstimos.

§ 1º Em qualquer caso é obrigatória a autorização do órgão de direção nacional do Sistema Único de Saúde (SUS), submetendo-se a seu controle as atividades que forem desenvolvidas e os instrumentos que forem firmados.

§ 2º Excetuam-se do disposto neste artigo os serviços de saúde mantidos, sem finalidade lucrativa, por empresas, para atendimento de seus empregados e dependentes, sem qualquer ônus para a seguridade social.

## CAPÍTULO II

### Da Participação Complementar

Art. 24. Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada.

Parágrafo único. A participação complementar dos serviços privados será formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público.

Art. 25. Na hipótese do artigo anterior, as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos terão preferência para participar do Sistema Único de Saúde (SUS).

Art. 26. 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.

§ 1º Na fixação dos critérios, valores, formas de reajuste e de pagamento da remuneração aludida neste artigo, a direção nacional do Sistema Único de Saúde (SUS) deverá fundamentar seu ato em demonstrativo econômico-financeiro que garanta a efetiva qualidade de execução dos serviços contratados.

§ 2º Os serviços contratados submeter-se-ão às normas técnicas e administrativas e aos princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde (SUS), mantido o equilíbrio econômico e financeiro do contrato.

§ 3º (Vetado).

§ 4º Aos proprietários, administradores e dirigentes de entidades ou serviços contratados é vedado exercer cargo de chefia ou função de confiança no Sistema Único de Saúde (SUS).

## TÍTULO IV

### DOS RECURSOS HUMANOS

Art. 27. A política de recursos humanos na área da saúde será formalizada e executada, articuladamente, pelas diferentes esferas de governo, em cumprimento dos seguintes objetivos:

I - organização de um sistema de formação de recursos humanos em todos os níveis de ensino, inclusive de pós-graduação, além da elaboração de programas de permanente aperfeiçoamento de pessoal;

II - (Vetado)

III - (Vetado)

IV - valorização da dedicação exclusiva aos serviços do Sistema Único de Saúde (SUS).

Parágrafo único. Os serviços públicos que integram o Sistema Único de Saúde (SUS) constituem campo de prática para ensino e pesquisa, mediante normas específicas, elaboradas conjuntamente com o sistema educacional.

Art. 28. Os cargos e funções de chefia, direção e assessoramento, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), só poderão ser exercidas em regime de tempo integral.

§ 1º Os servidores que legalmente acumulam dois cargos ou empregos poderão exercer suas atividades em mais de um estabelecimento do Sistema Único de Saúde (SUS).

§ 2º O disposto no parágrafo anterior aplica-se também aos servidores em regime de tempo integral, com exceção dos ocupantes de cargos ou função de chefia, direção ou assessoramento.

Art. 29. (Vetado).

Art. 30. As especializações na forma de treinamento em serviço sob supervisão serão regulamentadas por Comissão Nacional, instituída de acordo com o art. 12 desta Lei, garantida a participação das entidades profissionais correspondentes.

## TÍTULO V

### DO FINANCIAMENTO

#### CAPÍTULO I

##### Dos Recursos

Art. 31. O orçamento da seguridade social destinará ao Sistema Único de Saúde (SUS) de acordo com a receita estimada, os recursos necessários à realização de suas finalidades, previstos em proposta elaborada pela sua direção nacional, com a participação dos órgãos da Previdência Social e da Assistência

Social, tendo em vista as metas e prioridades estabelecidas na Lei de Diretrizes Orçamentárias.

Art. 32. São considerados de outras fontes os recursos provenientes de:

I - (Vetado)

II - Serviços que possam ser prestados sem prejuízo da assistência à saúde;

III - ajuda, contribuições, doações e donativos;

IV - alienações patrimoniais e rendimentos de capital;

V - taxas, multas, emolumentos e preços públicos arrecadados no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS); e

VI - rendas eventuais, inclusive comerciais e industriais.

§ 1º Ao Sistema Único de Saúde (SUS) caberá metade da receita de que trata o inciso I deste artigo, apurada mensalmente, a qual será destinada à recuperação de viciados.

§ 2º As receitas geradas no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) serão creditadas diretamente em contas especiais, movimentadas pela sua direção, na esfera de poder onde forem arrecadadas.

§ 3º As ações de saneamento que venham a ser executadas supletivamente pelo Sistema Único de Saúde (SUS), serão financiadas por recursos tarifários específicos e outros da União, Estados, Distrito Federal, Municípios e, em particular, do Sistema Financeiro da Habitação (SFH).

§ 4º (Vetado).

§ 5º As atividades de pesquisa e desenvolvimento científico e tecnológico em saúde serão co-financiadas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), pelas universidades e pelo orçamento fiscal, além de recursos de instituições de fomento e financiamento ou de origem externa e receita própria das instituições executoras.

§ 6º (Vetado).

## CAPÍTULO II

### Da Gestão Financeira

Art. 33. Os recursos financeiros do Sistema Único de Saúde (SUS) serão depositados em conta especial, em cada esfera de sua atuação, e movimentados sob fiscalização dos respectivos Conselhos de Saúde.

§ 1º Na esfera federal, os recursos financeiros, originários do Orçamento da Seguridade Social, de outros Orçamentos da União, além de outras fontes, serão administrados pelo Ministério da Saúde, através do Fundo Nacional de Saúde.

§ 2º (Vetado).

§ 3º (Vetado).

§ 4º O Ministério da Saúde acompanhará, através de seu sistema de auditoria, a conformidade à programação aprovada da aplicação dos recursos repassados a Estados e Municípios. Constatada a malversação, desvio ou não aplicação dos recursos, caberá ao Ministério da Saúde aplicar as medidas previstas em lei.

Art. 34. As autoridades responsáveis pela distribuição da receita efetivamente arrecadada transferirão automaticamente ao Fundo Nacional de Saúde (FNS), observado o critério do parágrafo único deste artigo, os recursos financeiros correspondentes às dotações consignadas no Orçamento da Seguridade Social, a projetos e atividades a serem executados no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS).

Parágrafo único. Na distribuição dos recursos financeiros da Seguridade Social será observada a mesma proporção da despesa prevista de cada área, no Orçamento da Seguridade Social.

Art. 35. Para o estabelecimento de valores a serem transferidos a Estados, Distrito Federal e Municípios, será utilizada a combinação dos seguintes critérios, segundo análise técnica de programas e projetos:

I - perfil demográfico da região;

II - perfil epidemiológico da população a ser coberta;

III - características quantitativas e qualitativas da rede de saúde na área;

IV - desempenho técnico, econômico e financeiro no período anterior;

V - níveis de participação do setor saúde nos orçamentos estaduais e municipais;

VI - previsão do plano quinquenal de investimentos da rede;

VII - ressarcimento do atendimento a serviços prestados para outras esferas de governo.

§ 1º Metade dos recursos destinados a Estados e Municípios será distribuída segundo o quociente de sua divisão pelo número de habitantes, independentemente de qualquer procedimento prévio.

§ 2º Nos casos de Estados e Municípios sujeitos a notório processo de migração, os critérios demográficos mencionados nesta lei serão ponderados por outros indicadores de crescimento populacional, em especial o número de eleitores registrados.

§ 3º (Vetado).

§ 4º (Vetado).

§ 5º (Vetado).

§ 6º O disposto no parágrafo anterior não prejudica a atuação dos órgãos de controle interno e externo e nem a aplicação de penalidades previstas em lei, em caso de irregularidades verificadas na gestão dos recursos transferidos.

### CAPÍTULO III

#### Do Planejamento e do Orçamento

Art. 36. O processo de planejamento e orçamento do Sistema Único de Saúde (SUS) será ascendente, do nível local até o federal, ouvidos seus órgãos deliberativos, compatibilizando-se as necessidades da política de saúde com a disponibilidade de recursos em planos de saúde dos Municípios, dos Estados, do Distrito Federal e da União.

§ 1º Os planos de saúde serão a base das atividades e programações de cada nível de direção do Sistema Único de Saúde (SUS), e seu financiamento será previsto na respectiva proposta orçamentária.

§ 2º É vedada a transferência de recursos para o financiamento de ações não previstas nos planos de saúde, exceto em situações emergenciais ou de calamidade pública, na área de saúde.

Art. 37. O Conselho Nacional de Saúde estabelecerá as diretrizes a serem observadas na elaboração dos planos de saúde, em função das características epidemiológicas e da organização dos serviços em cada jurisdição administrativa.

Art. 38. Não será permitida a destinação de subvenções e auxílios a instituições prestadoras de serviços de saúde com finalidade lucrativa.

#### DAS DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS

Art. 39. (Vetado).

§ 1º (Vetado).

§ 2º (Vetado).

§ 3º (Vetado).

§ 4º (Vetado).

§ 5º A cessão de uso dos imóveis de propriedade do Inamps para órgãos integrantes do Sistema Único de Saúde (SUS) será feita de modo a preservá-los como patrimônio da Seguridade Social.

§ 6º Os imóveis de que trata o parágrafo anterior serão inventariados com todos os seus acessórios, equipamentos e outros

§ 7º (Vetado).

§ 8º O acesso aos serviços de informática e bases de dados, mantidos pelo Ministério da Saúde e pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social, será assegurado às Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde ou órgãos congêneres, como suporte ao processo de gestão, de forma a permitir a gerencia informatizada das contas e a disseminação de estatísticas sanitárias e epidemiológicas médico-hospitalares.

Art. 40. (Vetado)

Art. 41. As ações desenvolvidas pela Fundação das Pioneiras Sociais e pelo Instituto Nacional do Câncer, supervisionadas pela direção nacional do Sistema Único de Saúde (SUS), permanecerão como referencial de prestação de serviços, formação de recursos humanos e para transferência de tecnologia.

Art. 42. (Vetado).

Art. 43. A gratuidade das ações e serviços de saúde fica preservada nos serviços públicos contratados, ressalvando-se as cláusulas dos contratos ou convênios estabelecidos com as entidades privadas.

Art. 44. (Vetado).

Art. 45. Os serviços de saúde dos hospitais universitários e de ensino integram-se ao Sistema Único de Saúde (SUS), mediante convênio, preservada a sua autonomia administrativa, em relação ao patrimônio, aos recursos humanos e financeiros, ensino, pesquisa e extensão nos limites conferidos pelas instituições a que estejam vinculados.

§ 1º Os serviços de saúde de sistemas estaduais e municipais de previdência social deverão integrar-se à direção correspondente do Sistema Único de Saúde (SUS), conforme seu âmbito de atuação, bem como quaisquer outros órgãos e serviços de saúde.

§ 2º Em tempo de paz e havendo interesse recíproco, os serviços de saúde das Forças Armadas poderão integrar-se ao Sistema Único de Saúde (SUS), conforme se dispuser em convênio que, para esse fim, for firmado.

Art. 46. o Sistema Único de Saúde (SUS), estabelecerá mecanismos de incentivos à participação do setor privado no investimento em ciência e tecnologia e estimulará a transferência de tecnologia das universidades e institutos de pesquisa

aos serviços de saúde nos Estados, Distrito Federal e Municípios, e às empresas nacionais.

Art. 47. O Ministério da Saúde, em articulação com os níveis estaduais e municipais do Sistema Único de Saúde (SUS), organizará, no prazo de dois anos, um sistema nacional de informações em saúde, integrado em todo o território nacional, abrangendo questões epidemiológicas e de prestação de serviços.

Art. 48. (Vetado).

Art. 49. (Vetado).

Art. 50. Os convênios entre a União, os Estados e os Municípios, celebrados para implantação dos Sistemas Unificados e Descentralizados de Saúde, ficarão rescindidos à proporção que seu objeto for sendo absorvido pelo Sistema Único de Saúde (SUS).

Art. 51. (Vetado).

Art. 52. Sem prejuízo de outras sanções cabíveis, constitui crime de emprego irregular de verbas ou rendas públicas (Código Penal, art. 315) a utilização de recursos financeiros do Sistema Único de Saúde (SUS) em finalidades diversas das previstas nesta lei.

Art. 53. (Vetado).

Art. 54. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 55. São revogadas a Lei nº. 2.312, de 3 de setembro de 1954, a Lei nº. 6.229, de 17 de julho de 1975, e demais disposições em contrário.

Brasília, 19 de setembro de 1990; 169º da Independência e 102º da República.

FERNANDO COLLOR

*Alceni Guerra*

Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 20.9.1990

### **LEI COMPLEMENTAR Nº 846, DE 04 DE JUNHO DE 1998**

*Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais e dá outras providências*

O GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO:

Faço saber que a Assembléia Legislativa decreta e eu promulgo a seguinte lei complementar:



## **CAPÍTULO I**

### **Das Organizações Sociais**

#### **Seção I**

##### **Da Qualificação**

**Artigo 1º** - O Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas à saúde e à cultura, atendidos os requisitos previstos nesta lei complementar.

**Parágrafo único** - As pessoas jurídicas de direito privado cujas atividades sejam dirigidas à saúde e à cultura, qualificadas pelo Poder Executivo como organizações sociais, serão submetidas ao controle externo da Assembléia Legislativa, que o exercerá com o auxílio do Tribunal de Contas do Estado, ficando o controle interno a cargo do Poder Executivo.

**Artigo 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;
- b)** finalidade não-lucrativa, com a obrigatoriedade de investimento de seus excedentes financeiros no desenvolvimento das próprias atividades;
- c)** previsão expressa de ter a entidade, como órgãos de deliberação superior e de direção, um Conselho de Administração e uma Diretoria, definidos nos termos do Estatuto, assegurado àquele composição e atribuições normativas e de controle básicos previstos nesta lei complementar;
- d)** previsão de participação, no órgão colegiado de deliberação superior, de membros da comunidade, de notória capacidade profissional e idoneidade moral;
- e)** composição e atribuições da Diretoria da entidade;
- f)** obrigatoriedade de publicação anual, no Diário Oficial do Estado, dos relatórios financeiros e do relatório de execução do contrato de gestão;
- g)** em 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 da entidade, ao patrimônio de outra organização social qualificada no âmbito do Estado, da mesma área de atuação, ou ao patrimônio do Estado, na proporção dos recursos e bens por este alocados;

**II** - ter a entidade recebido aprovação em parecer favorável, quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social, do Secretário de Estado da área correspondente e do Secretário da Administração e Modernização do Serviço Público.

**Parágrafo único** - Somente serão qualificadas como organização social, as entidades que, efetivamente, comprovarem possuir serviços próprios de assistência à saúde, há mais de 5 (cinco) anos.

## **Seção II**

### **Do Conselho de Administração**

**Artigo 3º** - O Conselho de Administração deve estar estruturado nos termos do respectivo estatuto, observados, para os fins de atendimento dos requisitos de qualificação, os seguintes critérios básicos:

**I** - ser composto por:

**a)** até 55 % (cinquenta e cinco por cento) no caso de associação civil, de membros eleitos dentre os membros ou os associados;

**b)** 35% (trinta e cinco por cento) de membros eleitos pelos demais integrantes do Conselho, dentre pessoas de notória capacidade profissional e reconhecida idoneidade moral;

**c)** 10% (dez por cento) de membros eleitos pelos empregados da entidade;

**II** - os membros eleitos ou indicados para compor o Conselho que não poderão ser parentes consangüíneos ou afins até o 3º. grau do Governador, Vice-Governador e Secretários de Estado, terão mandato de quatro anos, admitida uma recondução;

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

**IV** - o dirigente máximo da entidade deve participar das reuniões do Conselho, sem direito a voto;

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

**VI** - os conselheiros não receberão remuneração pelos serviços que, nesta condição, prestarem à organização social, ressalvada a ajuda de custo por reunião

da qual participem; e

**VII** - os conselheiros eleitos ou indicados para integrar a Diretoria da entidade devem renunciar ao assumirem às correspondentes funções executivas.

**Artigo 4º** - Para os fins de atendimento dos requisitos de qualificação, devem ser incluídas entre as atribuições privativas do Conselho de Administração:

**I** - aprovar a proposta de contrato de gestão da entidade;

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

**III** - designar e dispensar os membros da Diretoria;

**IV** - fixar a remuneração dos membros da Diretoria;

**V** - aprovar os estatutos, bem como suas alterações, e a extinção da entidade por maioria, no mínimo, de 2/3 (dois terços) de seus membros;

**VI** - aprovar o regimento interno da entidade, que deve dispor, no mínimo, sobre a estrutura, o gerenciamento, os cargos e as competências;

**VII** - aprovar por maioria, no mínimo, de 2/3 (dois terços) de seus membros, o regulamento próprio contendo os procedimentos que deve adotar para a contratação de obras e serviços, bem como para compras e alienações, e o plano de cargos, salários e benefícios dos empregados da entidade;

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

**IX** - 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.

**Artigo 5º** - Aos conselheiros, administradores e dirigentes das organizações sociais da saúde é vedado exercer cargo de chefia ou função de confiança no Sistema Único de Saúde - SUS.

### **Seção III**

#### **Do Contrato de Gestão**

**Artigo 6º** - Para os efeitos desta lei complementar, 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 uma parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas à área da saúde ou da cultura.

**§ 1º** - É dispensável a licitação para a celebração dos contratos de que trata o "caput" deste artigo.

**§ 2º** - A organização social da saúde deverá observar os princípios do Sistema Único

de Saúde, expressos no artigo 198 da Constituição Federal e no artigo 7º da Lei nº 8080, de 19 de setembro de 1990.

**§ 3º** - A celebração dos contratos de que trata o "caput" deste artigo, com dispensa da realização de licitação, será precedida de publicação da minuta do contrato de gestão e de convocação pública das organizações sociais, através do Diário Oficial do Estado, para que todas as interessadas em celebrá-lo possam se apresentar.

**§ 4º** - O Poder Público dará publicidade:

I - da decisão de firmar cada contrato de gestão, indicando as atividades que deverão ser executadas; e

II - das entidades que manifestarem interesse na celebração de cada contrato de gestão.

**§ 5º** - É vedada a celebração do contrato previsto neste artigo para a destinação, total ou parcial, de bens públicos de qualquer natureza, que estejam ou estiveram, ao tempo da publicação desta lei, vinculados à prestação de serviços de assistência à saúde.

**Artigo 7º** - O contrato de gestão celebrado pelo Estado, por intermédio da Secretaria de Estado da Saúde ou da Cultura conforme sua natureza e objeto, discriminará as atribuições, responsabilidades e obrigações do Poder Público e da entidade contratada e será publicado na íntegra no Diário Oficial.

**Parágrafo único** - O contrato de gestão deve ser submetido, após aprovação do Conselho de Administração, ao Secretário de Estado da área competente.

**Artigo 8º** - Na elaboração do contrato de gestão devem ser observados os princípios inscritos no artigo 37 da Constituição Federal e no artigo 111 da Constituição Estadual e, também, os seguintes preceitos:

I - especificação do programa de trabalho proposto pela organização social, estipulação das metas a serem atingidas e 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 - estipulação dos limites e critérios para a despesa com a remuneração e vantagens de qualquer natureza a serem percebidas pelos dirigentes e empregados das organizações sociais, no exercício de suas funções;

III - atendimento à disposição do § 2º. do artigo 6º. desta lei complementar; e

IV - atendimento exclusivo aos usuários do Sistema Único de Saúde - SUS, no caso das organizações sociais da saúde.

**Parágrafo único** - O Secretário de Estado competente deverá definir as demais cláusulas necessárias dos contratos de gestão de que for signatário.

#### **Seção IV**

##### **Da Execução e Fiscalização do Contrato de Gestão**

**Artigo 9º** - A execução do contrato de gestão celebrado por organização social será fiscalizada pelo Secretário de Estado da Saúde ou pela Secretaria de Estado da Cultura, nas áreas correspondentes.

**§ 1º** - O contrato de gestão deve prever a possibilidade de o Poder Público requerer a apresentação pela entidade qualificada, ao término de cada exercício ou a qualquer momento, conforme recomende o interesse público, de 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, assim como suas publicações no Diário Oficial do Estado.

**§ 2º** - Os resultados atingidos com a execução do contrato de gestão serão analisados, periodicamente, por comissão de avaliação indicada pelo Secretário de Estado competente, composta por profissionais de notória especialização, que emitirão relatório conclusivo, a ser encaminhado àquela autoridade e aos órgãos de controle interno e externo do Estado.

**§ 3º** - A comissão de avaliação da execução do contrato de gestão das organizações sociais da saúde, da qual trata o parágrafo anterior, compor-se-á, dentre outros membros, por 2 (dois) integrantes indicados pelo Conselho Estadual de Saúde, reservando-se, também, 2 (duas) vagas para membros integrantes da Comissão de Saúde e Higiene da Assembléia Legislativa e deverá encaminhar, trimestralmente, relatório de suas atividades à Assembléia Legislativa.

**Artigo 10** - 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 e ao Ministério Público, para as providências relativas aos respectivos âmbitos de atuação, sob pena de responsabilidade solidária.

**Artigo 11** - Qualquer cidadão, partido político, associação ou entidade sindical é parte legítima para denunciar irregularidades cometidas pelas organizações sociais ao Tribunal de Contas ou à Assembléia Legislativa.

**Artigo 12** - O balanço e demais prestações de contas da organização social devem,

necessariamente, ser publicados no Diário Oficial do Estado e analisados pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

## **Seção V**

### **Do Fomento às Atividades Sociais**

**Artigo 13** - As entidades qualificadas como organizações sociais ficam declaradas como entidades de interesse social e utilidade pública para todos os efeitos legais.

**Artigo 14** - Às organizações sociais serão destinados recursos orçamentários e, eventualmente, bens públicos necessários ao cumprimento do contrato de gestão.

§ 1º - Ficam 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 fins do disposto no artigo 16 desta lei complementar, desde que haja justificativa expressa da necessidade pela organização social.

§ 3º - Os bens de que trata este artigo serão destinados às organizações sociais, consoante cláusula expressa do contrato de gestão.

§ 4º - Os bens públicos de que trata este artigo não poderão recair em estabelecimentos de saúde do Estado, em funcionamento.

**Artigo 15** - Os bens móveis públicos permitidos para uso poderão ser substituídos por outros de igual ou maior valor, condicionado a que os novos bens integrem o patrimônio do Estado.

**Parágrafo único** - A permuta de que trata o "caput" deste artigo dependerá de prévia avaliação do bem e expressa autorização do Poder Público.

**Artigo 16** - Fica facultado ao Poder Executivo o afastamento de servidor para as organizações sociais, com ônus para a origem.

§ 1º - Não será incorporada aos vencimentos ou à remuneração de origem do servidor afastado 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 afastado com recursos provenientes do contrato de gestão, ressalvada a hipótese de adicional relativo ao exercício de função temporária de direção e assessoria.

**Artigo 17** - São extensíveis, no âmbito do Estado, os efeitos dos artigos 13 e 14, §

3º., para as entidades qualificadas como organizações sociais pela União, pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, quando houver reciprocidade e desde que a legislação local não contrarie as normas gerais emanadas da União sobre a matéria, os preceitos desta lei complementar, bem como os da legislação específica de âmbito estadual.

## **Seção VI**

### **Da Desqualificação**

**Artigo 18** - O Poder Executivo poderá proceder à desqualificação da entidade como organização social quando verificado 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 do saldo remanescente dos recursos financeiros entregues à utilização da organização social, sem prejuízo das sanções contratuais penais e civis aplicáveis à espécie.

## **CAPÍTULO II**

### **Das Disposições Finais e Transitórias**

**Artigo 19** - A organização social fará publicar na imprensa e no Diário Oficial do Estado, no prazo máximo de 90 (noventa) dias contados 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.

**Artigo 20** - Os Conselheiros e Diretores das organizações sociais, não poderão exercer outra atividade remunerada com ou sem vínculo empregatício, na mesma entidade.

**Artigo 21** - Nas hipóteses de a entidade pleiteante da habilitação como organização social existir há mais de 5 (cinco) anos, contados da data da publicação desta lei complementar, fica estipulado o prazo de 2 (dois) anos para adaptação das normas do respectivo estatuto ao disposto no artigo 3º., incisos de I a IV.

**Artigo 22** - Fica acrescido parágrafo ao artigo 20 da Lei Complementar Nº 791, de 9 de março de 1995, do seguinte teor:

"§ 7º - À habilitação de entidade como organização social e à decorrente relação de parceria com o Poder Público, para fomento e execução de atividades relativas à

área da saúde, nos termos da legislação estadual pertinente, não se aplica o disposto no § 5º. deste artigo."

**Artigo 23** - Os requisitos específicos de qualificação das organizações sociais da área de cultura serão estabelecidos em decreto do Poder Executivo, a ser editado no prazo de 60 (sessenta) dias a contar da publicação desta lei complementar.

**Artigo 24** - Esta lei complementar entrará em vigor na data de sua publicação.

Palácio dos Bandeirantes, 4 de junho de 1998

MÁRIO COVAS

Yoshiaki Nakano

Secretário da Fazenda

José da Silva Guedes

Secretário da Saúde

Antonio Angarita

Respondendo pelo Expediente da Secretaria da Cultura

Fernando Gomez Carmona

Secretário da Administração e Modernização do Serviço Público

Fernando Leça

Secretário-Chefe da Casa Civil

Antonio Angarita

Secretário do Governo e Gestão Estratégica

Publicada na Assessoria Técnico-Legislativa, aos 4 de junho de 1998.



# 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](#)