Nº 39 – Julho/Agosto/Setembro de 2014 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X

TERCEIRO SETOR: CONTRATAÇÕES, RESPONSABILIDADE CIVIL E OUTRAS QUESTÕES POLÊMICAS

Rafael Carvalho Rezende Oliveira
Procurador do Município do Rio de Janeiro. Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-RJ. Especialista em Direito do Estado pela UERJ. Membro fundador do Instituto de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro (IDAERJ). Professor de Direito Administrativo da EMERJ, do CURSO FORUM (RJ), do CURSO SUPREMO (BH), dos cursos de Pós-Graduação da FGV e da Cândido Mendes. Consultor Jurídico.

1) Introdução

No presente estudo, o objetivo é analisar algumas das principais características e controvérsias do denominado Terceiro Setor, com destaque para dois temas que têm suscitado polêmicas importantes neste cenário: as contratações e a responsabilidade civil.[1]

O itinerário proposto é o seguinte: em primeiro lugar, serão abordados os fundamentos para o surgimento do Terceiro Setor; em seguida, o enfoque será a apresentação das "entidades" que compõem o Terceiro Setor e as suas principais características; por fim, serão discutidas as controvérsias importantes e atuais relativas ao tema, com destaque para as questões relativas às licitações, às contratações e à responsabilidade civil.

2) Da Administração Pública autoritária à Administração Pública consensual: cenário ideal para a aproximação entre o Estado e a sociedade

2.1) Evolução do Estado e da Administração Pública: a constitucionalização do Direito Administrativo

[1] As idéias aqui defendidas, em grande parte, foram objeto da palestra por mim proferida no II Congresso Internacional de Direito Administrativo, realizado entre os dias 30/10/07 e 01/11/07, na cidade do Rio de Janeiro, bem como das minhas exposições no curso de Pós-Graduação em Direito do Estado e da Regulação da FGV/RJ, sob a coordenação do professor Marcos Juruena, no segundo semestre de 2007.

O Direito Administrativo passa por um relevante processo de mudanças que pode ser inserido na própria evolução do Estado. Fruto da Revolução Francesa de 1789 e da consagração do Estado de Direito[2], o Direito Administrativo nasce como um ramo especial do Direito, regulador das relações envolvendo o Estado e o exercício das atividades administrativas.[3]

Nesse primeiro estágio, em razão da desconfiança e do medo da sociedade em relação ao período anterior, o Estado Liberal de Direito foi concebido como um Estado eminentemente abstencionista ("guarda noturno"), marcado pelo respeito à liberdade dos indivíduos e pela ausência de interferência na ordem social e econômica. O Estado, naquele momento, seria considerado um inimigo do povo, o que era compreensível pelas arbitrariedades cometidas durante a época do absolutismo.[4] Apenas naquelas situações em que fosse fundamental o poder de autoridade estatal (poder de império), seria o Estado habilitado a intervir nas relações privadas, geralmente através de atos impositivos (atos administrativos), para se garantir a propriedade e a liberdade dos indivíduos (direitos fundamentais de primeira geração).[5]

Nada obstante, a evolução do Estado demonstrou a necessidade da intervenção estatal nas relações econômicas e sociais, através da imposição de normas de ordem pública, com o intuito de afastar a desigualdade social gerada pelo abstencionismo do Estado Liberal. Naquele momento, o Estado deixou de ser compreendido como um "inimigo" da sociedade e passou a ser encarado como um aliado que deveria atuar positivamente na ordem econômica e social.

Com o surgimento do Estado Social de Direito (*Welfare State*), notadamente após a II Guerra Mundial, a intervenção estatal na economia e nas relações sociais ganhou força, minimizando algumas mazelas da época liberal. A ampliação dos serviços públicos exigiu uma atuação mais ágil e eficiente do Poder Público, fazendo-o adotar modelos e instituições típicas do cardápio do direito privado, período denominado por Fritz Fleiner de "fuga para o direito privado".[6]

---

[2] Apenas com a superação do Estado absoluto, foi possível consagrar certos ideais liberais revolucionários da burguesia que representavam, de um lado, limites à atuação do Estado e, de outro lado, garantias aos cidadãos: a separação de poderes, o princípio da legalidade e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

[3] A lei do 28 *pluviose* do ano VIII de 1800 é apontada como a "certidão de nascimento" do Direito Administrativo, pois estabeleceu, de forma pioneira, normas de organização administrativa e de solução de litígios contra a Administração Pública. A consagração definitiva do Direito Administrativo foi obtida com o julgamento do "arrêt Blanco", datado de 1783, quando o Tribunal de Conflitos entendeu ser da competência do Conselho de Estado, responsável pela jurisdição administrativa, as causas em que estivessem presentes a prestação do serviço público e a necessidade de aplicação de regras publicísticas, diferenciadas daquelas aplicáveis aos particulares.

[4] Até o advento do Estado de Direito, não se concebia a existência de limites impostos à atuação estatal. O Estado absoluto (Estado de Polícia – *Polizeirecht*)[4], vigente nos séculos XIV a XVIII, caracterizava-se pela centralização do poder nas mãos do monarca que possuía poderes ilimitados. A vontade do rei era a própria vontade do Estado, a lei suprema (*l'Etat c'est moi*), o que acarretava a irresponsabilidade civil do Estado (*The king can do no wrong*).

[5] O Direito Administrativo, como se vê, nasce em período marcado por uma divisão nítida entre o Estado e a sociedade. A dicotomia entre direito público e direito privado surge representada pela contraposição entre a Constituição e o Código Civil.

[6] Maria João Estorninho afirma que uma conseqüência fundamental do alargamento das atividades estatais durante o Estado Social é o fato da Administração Pública "passar a utilizar o meio de atuação mais típico do Direito Privado, o contrato." ESTORNINHO, Maria João. *A Fuga para o Direito Privado: Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*, Coimbra: Livraria Almedina, 1999, p. 42. Ademais, o Estado passou a constituir, através da técnica de descentralização, pessoas jurídicas de direito privado para a execução de serviços que antes eram delegados a particulares.

Não se trata apenas de uma simples mudança do instrumento de atuação estatal (contrato administrativo ao invés do ato administrativo), mas, sim, de uma efetiva alteração de mentalidade da Administração Pública que, deixando de lado o seu caráter autoritário, passa a adotar mecanismos de consenso.[7]

Em que pese as relevantes conquistas do Estado Social, a crescente concentração de atribuições variadas gerou uma hipertrofia do aparato estatal, tornando-o incapaz de atender às inúmeras tarefas que passaram a ser afetas a ele.[8]

A necessidade de desburocratização da Administração Pública, com o intuito de agilizar a atuação estatal e torná-la eficiente, acarreta o "retorno do pêndulo"[9], ou seja, o Estado devolve aos particulares diversas tarefas, especialmente as de caráter econômico (diversas empresas públicas e sociedades de economia mista demonstraram-se ineficientes), e entrega, inclusive, tarefas que até então eram exclusivamente desempenhadas pelo Poder Público (privatização de serviços públicos).

Não ocorre um simples retorno ao Estado Liberal clássico, pois, agora, o Estado não abdica da intervenção na área econômica e social. A mudança primordial está justamente na técnica utilizada para essa intervenção, que deixa de ser direta e passa a ser indireta (subsidiariedade), notadamente através da regulação (Estado Regulador) e do fomento público.

Além das alterações dos modelos estatais analisados anteriormente, o Direito Administrativo vem passando por importantes transformações em decorrência do seu processo de constitucionalização.[10]

O constitucionalismo vem passando por inúmeras transformações nos últimos anos, notadamente após a II Guerra Mundial, quando o Direito foi usado como instrumento legitimador de práticas autoritárias. A passagem do "Estado Legislativo" para o "Estado Constitucional"[11], consagrado pelas Constituições européias do pós-guerra (especialmente: Itália – 1947; Alemanha – 1949; Portugal – 1976; e Espanha – 1978), representa, sobretudo, uma nova forma de se pensar o Direito.

O novo paradigma do Estado Constitucional é fortemente marcado pela crescente aproximação entre o Direito e a moral[12], podendo ser inserido na expressão "neoconstitucionalismo" ("constitucionalismo contemporâneo" ou "constitucionalismo avançado")[13], que procura implementar uma abordagem não positivista do Direito.

---

[7] Nas palavras da professora Maria João Estorninho: "Trata-se de uma forma de administração nova, 'negociada ou contratual', em que o acordo vem substituir os tradicionais actos unilaterais da autoridade, aparecendo em relação a eles como uma verdadeira alternativa e em que os administrados deixam de ser meros destinatários passivos das decisões unilaterais da Administração Pública". ESTORNINHO, Maria João. *A Fuga para o Direito Privado: Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*, Coimbra: Livraria Almedina, 1999, p. 44.

[8] Ao invés do "Estado do Bem-Estar", a intervenção desmedida do Estado gerou o denominado "Estado do Mal-Estar". COTARELO, Ramon. *Del Estado del Bienestar al Estado del Malestar*, 2ª ed., Madrid: 1990.

[9] TÁCITO, Caio. "O Retorno do Pêndulo: Serviço Público e Empresa Privada. O Exemplo Brasileiro". In: *Revista de Direito Administrativo*, nº 202, p. 1/10.

[10] Sobre o tema, *vide* nosso trabalho: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *A constitucionalização do Direito Administrativo: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

[11] Sobre a evolução do Estado de Direito, *vide*: FERRAJOLI, Luigi. "Pasado y futuro Del Estado de Derecho". In: CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*, 2ª ed, Madrid: Editorial Trotta, 2005.

[12] Neste sentido: DWORKIN, Ronald. *Freedom´s Law – The moral reading of the American Constitution.* Cambridge: Harvard University Press, 1996.

[13] CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*, 2ª ed, Madrid: Editorial Trotta, 2005. O termo "neoconstitucionalismo", como pode ser verificado na obra em comento, não possui sentido unívoco.

Nesse contexto, além da importância dos princípios jurídicos, encarados como normas jurídicas (pós-positivismo), o neoconstitucionalismo procura implementar a superioridade normativa da Constituição (*Die normative Kraft der Verfassung*)[14] e, com isso, a releitura do ordenamento jurídico a partir do texto constitucional.[15]

Mais do que a necessidade de adequação da legislação infraconstitucional às normas constitucionais (compatibilidade estática das normas com o texto constitucional), constata-se uma tendência da "constitucionalização do ordenamento jurídico", processo dinâmico-interpretativo de releitura (transformação) do ordenamento, que passa a ser impregnado pelas normas constitucionais ("Constituição invasora").[16] O operador do Direito tem o dever de interpretar a legislação à luz da Constituição.

No âmbito de um ordenamento constitucionalizado, os diversos campos do Direito, para serem aplicados, devem passar pelo filtro constitucional ("filtragem constitucional").[17] O Direito Administrativo, assim como todos os demais ramos do Direito, necessita de uma roupagem nova à luz do Estado Democrático de Direito.

Em uma verdadeira "revolução copernicana"[18] do Direito, a Constituição passa a ocupar definitivamente o centro do ordenamento jurídico e os demais ramos do Direito, que giram ao seu redor, devem ser interpretados e aplicados à luz do texto constitucional.

A concepção liberal do Direito Administrativo, cunhada sob os ideais da burguesia, que pregava a separação absoluta entre o Estado e a sociedade[19], entra em crise[20] e cede lugar para o ideal democrático das sociedades plurais contemporâneas, em que a atuação da Administração Pública deve não só respeitar,

---

[14] HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

[15] Não obstante a idéia de superioridade da Lei Maior (*higher law*) remontar à célebre decisão do juiz Marshall no caso M*arbury V. Madison* em 1803, a doutrina costuma apontar como precedente do processo de constitucionalização do Direito o caso *Lüth*, julgado em 15 de janeiro de 1958 pelo Tribunal Constitucional Federal alemão.

[16] Nas palavras de Ricardo Guastini: "*Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremamente invasora, entrometida (pervasiva, invadente), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudência y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales.*" GUASTINI, Riccardo. "La 'constitucionalización' del ordenamiento jurídico: el caso italiano". In: CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)?* 2ª ed, Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 49.

[17] A expressão "filtragem constitucional" é encontrada em: SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem Constitucional: Construindo uma nova dogmática jurídica*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 104, nota 5.

[18] A substituição da Terra pelo Sol como centro das trajetórias planetárias, defendida por Nicolau Copérnico em 1543 na obra *De Revolutionibus*, mais do que uma reforma astronômica, representou uma revolução (Revolução Copernicana) de idéias, "uma transformação do conceito que o homem tinha do universo e da sua própria relação com ele". Sobre o tema e os três possíveis significados (astronômico, científico e filosófico) dessa revolução, *vide*: KUHN, Thomas. *A Revolução Copernicana*, Lisboa: Edições 70, 2002.

[19] Essa é a constatação da professora Maria João Estorninho: "Este nascimento do Direito Administrativo insere-se perfeitamente no contexto da 'visão liberal do mundo', assente na separação entre o Estado e a Sociedade, por forma a garantir a propriedade e a intimidade, valores fundamentais que o liberalismo procura preservar a todo o custo." ESTORNINHO, Maria João. *A Fuga para o Direito Privado: Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*. Coimbra: Livraria Almedina, 1999, p. 31.

[20] Jean Rivero, com precisão, diagnostica a "crise do Direito Administrativo": "(...) é por demais evidente que o direito administrativo está hoje em plena crise. Muitas noções fundamentais elaboradas no quadro do Estado liberal, já não dão conta das formas tomadas pela actividade administrativa. As novas tarefas que assume – planificação económica, gestão de um sector industrial extenso, organização do território, urbanismo, animação cultural, protecção social, luta contra a poluição, procura de uma melhor 'qualidade de vida' – não podem acomodar-se às estruturas nem aos métodos tradicionais." RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1981, p. 33/34. A crise, como se vê, não é do Direito Administrativo em si, mas do modelo liberal que lhe serviu de inspiração.

como também promover os direitos e valores constitucionais através de procedimentos abertos à participação dos cidadãos.

No Brasil, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, em obra clássica, escreveu sobre as mutações do Direito Administrativo, demonstrando que o "atraso juspolítico histórico da administração pública", gerado por princípios e institutos que buscavam preservar a autoridade da Administração (*v.g.*, imperatividade, supremacia do interesse público, insindicabilidade do mérito e poderes administrativos), começa a ser superado no final do século passado por dois fatores essenciais: advento da sociedade participativa e a afirmação do constitucionalismo. A passagem de uma administração impositiva para uma "administração cidadã" é situada no "processo de constitucionalização da Administração Pública".[21]

2.2) Princípio da subsidiariedade, fomento e a relevância das "entidades públicas não estatais"

A constitucionalização do Direito, aludida anteriormente, demonstra um crescente abrandamento na clássica dicotomia entre o direito público e o direito privado[22], representados, respectivamente, pela Constituição e pelo Código Civil. O ordenamento jurídico, em sua totalidade, deve ser interpretado em conformidade com os princípios e regras constitucionais através do filtro constitucional.[23]

A autonomia da vontade, traço característico das relações privadas, deixa de ser limitada apenas pela atuação do legislador infraconstitucional e passa a sofrer restrições diretas advindas do próprio texto constitucional, notadamente com a idéia de aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas. O princípio da dignidade da pessoa humana passa a ser o vértice axiológico do ordenamento jurídico[24], potencializando a importância dos valores existenciais no Direito Civil em oposição aos valores exclusivamente patrimoniais.[25]

De outro lado, o direito público passa a sofrer a incidência de normas com caráter preponderantemente privado. É cada vez mais comum a utilização pelo Estado de métodos organizacionais eminentemente privados (ex.: pessoas privadas integrantes da Administração Pública Indireta) e o auxílio de entidades particulares na consecução do interesse público.

---

[21] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 10 e segs.

[22] Em que pese a distinção ser antiga, a dicotomia científica entre o direito público e o direito privado remonta aos movimentos oitocentistas de codificação e do constitucionalismo. Neste sentido: LUDWIG, Marcos de Campos. "Direito público e direito privado: a superação da dicotomia". In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 96.

[23] Com a constitucionalização do Direito Civil, o Código Civil deixa de ser encarado como a Constituição do direito privado. Erigida a Constituição ao vértice do ordenamento jurídico, esta passa a exercer o papel unificador do sistema jurídico e o Código Civil perde a sua posição de centralidade nas relações privadas.

[24] Nas palavras de Daniel Sarmento, "o princípio da dignidade da pessoa humana representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas também toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade civil e do mercado". SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 59/60.

[25] Neste sentido: NEGREIROS, Teresa. "A dicotomia público-privado frente ao problema da colisão de princípios". In: *Teoria dos direitos fundamentais*, Ricardo Lobo Torres (org.), 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 346.

O Estado Democrático de Direito é marcado por essa aproximação entre o Estado e a sociedade civil, relativizando a divisão absoluta entre o direito público e o privado.[26] Há, atualmente, uma valorização da sociedade civil na satisfação do interesse público, devendo o Estado criar condições materiais para que os cidadãos possam atuar.

O princípio da subsidiariedade[27], cunhado a partir da doutrina social da Igreja Católica, dá ensejo ao denominado "Estado subsidiário", caracterizado pela ausência de intervenção direta quando a sociedade for capaz da atender aos interesses sociais. Percebe-se, pela noção do referido princípio, uma valorização da sociedade civil na satisfação do interesse público, devendo o Estado criar condições materiais para que os cidadãos possam atuar.

A subsidiariedade, como destaca Silvia Faber Torres, enfatiza os limites à ação do Estado (sentido negativo), que deve respeitar as competências e as responsabilidades naturais dos indivíduos, mas também a ajuda (sentido positivo) que o Estado deve prestar à sociedade para atingir o "bem comum".[28]

No âmbito das relações políticas, a subsidiariedade denota a idéia de repartição de competências entre os entes federativos (ordem jurídica interna)[29] ou entre Estados nacionais (ordem jurídica internacional)[30], com importância destacada para o poder local que se encontra mais próximo do cidadão. Somente naqueles casos em que os "entes menores" não tiverem condições de satisfazerem as necessidades da população é que os "entes maiores" passarão a ter essa incumbência.

De outro lado, no aspecto socioeconômico, a subsidiariedade confere importância à atuação do individuo na realização de tarefas públicas e,

---

[26] Na lição de Teresa Negreiros: "Fica claro, portanto, que num sistema de proeminência da dignidade da pessoa humana, perde eficácia legitimante a oposição entre o público e o privado, já que, contrariamente ao que preside a uma relação dicotômica, o uso axiológico destas duas esferas não mais admite a sua conceituação como esferas reciprocamente exclusivas e impermeáveis". NEGREIROS, Teresa. "A dicotomia público-privado frente ao problema da colisão de princípios". In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos direitos fundamentais*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 370.

[27] Conforme ensina Silvia Faber Torres: "A subsidiariedade eleva a sociedade civil a primeiro plano na estrutura organizacional do estado e concebe a cidadania ativa como pressuposto básico para sua realização, colocando a instância privada a serviço do interesse geral a partir, também, da idéia de solidariedade, que se funda, principalmente, na maior eficiência da ação social sobre a ação estatal junto aos grupos menores." TORRES, Silvia Faber. *O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 15.

[28] TORRES, Silvia Faber. *O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 18. *Vide* também: BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio da subsidiariedade. Conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 50.

[29] No plano interno, o princípio confere importância para os municípios, tendo em vista que o "poder local", por estar mais próximo do cidadão, teria melhores condições de diagnosticar os problemas e encontrar as soluções. Como exemplo de municipalização de serviços, enfatizando o caráter da subsidiariedade, pode ser citada a Lei nº 8.080/90 que estabelece, como um dos princípios do Sistema Único de Saúde, a "descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo", com "ênfase na descentralização dos serviços para os municípios" (art. 7º, IX, a).

[30] No âmbito da União européia, o art. 3B do Tratado de Maastrich consagrou expressamente o princípio da subsidiariedade, enfatizando a soberania dos Estados nacionais e conferindo à atuação da União Européia o caráter subsidiário: "A Comunidade atuará nos limites das atribuições que lhe são conferidas e dos objetivos que lhe são cometidos pelo presente Tratado. Nos domínios que não sejam das suas atribuições exclusivas, a Comunidade intervém apenas de acordo com o princípio da Subsidiariedade, se e na medida em que os objetivos da ação encarada não possam ser suficientemente realizados pelos Estados membros, e possam pois, ser melhor alcançados em nível comunitário."

conseqüentemente, na satisfação do interesse público. Há uma crescente "democratização do interesse público", na medida em que a satisfação desse interesse deixa de ser tarefa monopolizada pelo Estado e passa a ser uma tarefa da própria sociedade civil.

O fomento estatal à atuação de entidades privadas não-lucrativas, que desempenham atividades de forte cunho social (Terceiro Setor), dentro daquilo que se convencionou denominar "esfera pública não-estatal", demonstra o transbordamento do interesse público para fora dos limites do Estado.

3) O Terceiro Setor e suas características gerais

O denominado "Terceiro Setor" vem inserido em uma nova forma de se organizar a Administração Pública e de se atender ao interesse público. A Administração, ao invés de utilizar órgãos e pessoas administrativas, vem estabelecendo formas diferenciadas de parcerias com a iniciativa privada para atender as finalidades públicas que o ordenamento jurídico impõe a ela. O Estado, exercendo a atividade de fomento, cria incentivos para atrair a iniciativa privada para o exercício de atividades de relevância social.

A expressão "Terceiro Setor", que engloba as entidades da sociedade civil, sem fins lucrativos, surge justamente como uma "terceira via" possível no atendimento do interesse público. Usualmente, o Primeiro Setor, formado pelo Estado (Entes federados e entidades da Administração Pública Indireta), e o Segundo Setor, relativo ao mercado (entidades privadas com fins lucrativos, tais como os concessionários e os permissionários de serviços públicos)[31], eram os responsáveis pelo atendimento do interesse público. Atualmente, como visto, em razão da aproximação entre o Estado e a sociedade civil, a iniciativa privada, que presta atividades socialmente relevantes, vai ser fomentada, notadamente através do recebimento de benefícios públicos (recursos orçamentários, cessão de bens, entre outros previstos em lei).

Em verdade, as entidades que integram o Terceiro Setor não representam novidades intrínsecas, do ponto de vista organizacional. São entidades privadas que assumem formas organizacionais conhecidas há bastante tempo e compatíveis com a ausência do escopo do lucro: fundações privadas ou associações civis. O que existe de novidade, destarte, é a qualificação jurídica que será atribuída a tais entidades. As expressões "Serviços Sociais Autônomos" (Sistema "S"), "Organizações Sociais" ("OS"), "Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público" ("OSCIP"), entre outras previstas no ordenamento jurídico, uma vez conferidas às entidades privadas, permitem a formalização, futura e eventual, de instrumentos jurídicos responsáveis pelo repasse de benefícios públicos.

[31] Há uma relevante controvérsia doutrinária quanto à possibilidade de utilização da autorização como forma de delegação do serviço público. Entendemos que, a partir da interpretação conjugada dos arts. 21, XI e XII e 175 da CRFB, a autorização não se presta para a delegação de tais serviços, mas apenas como expressão do poder de polícia (consentimento de polícia com caráter, em regra, discricionário e precário) em relação às atividades privadas de relevância social. Nesse sentido, por exemplo: FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*, 18ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 392/394; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 20ª edição, São Paulo: Atlas, 2007, p. 280; JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 485.

Nessa perspectiva, os Serviços Sociais Autônomos têm sido criados, após autorização legal, por Confederações privadas, como a Confederação Nacional do Comércio (CNC) e da Indústria (CNI),[32] para exercerem atividade de amparo a determinadas categorias profissionais.

Tais entidades, uma vez constituídas, receberão, entre outras receitas, contribuições sociais, cobradas compulsoriamente da iniciativa privada,[33] conforme previsão do art. 240 da CRFB, e serão submetidas ao controle estatal.[34] Destaque-se que essas contribuições parafiscais são de instituição exclusiva da União (art. 149 da CRFB), mas isso não impede a constituição de Serviços Sociais pelos estados, DF e municípios, que seriam custeados de outras formas.[35]

Ressalte-se, por oportuno, que a exigência de autorização legal para a criação dos Serviços Sociais Autônomos decorre da necessidade de lei impositiva das contribuições sociais, espécie tributária, e da sua respectiva destinação. Em outras palavras: não se trata da autorização legislativa prevista no art. 37, XIX da CRFB, mas, sim, da necessidade de lei (princípio da legalidade) para criação de tributos e para o seu repasse às mencionadas pessoas privadas, tendo em vista o disposto no art. 240 da CRFB.

De outra banda, o Estado também vem criando qualificações jurídicas diferenciadas que, uma vez conferidas, por ato administrativo, às pessoas privadas sem fins lucrativos e que desempenham determinadas atividades de caráter social (ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura, saúde, entre outras atividades previstas em lei), permitem o repasse de benefícios públicos para tais entidades.

Nesse sentido, por exemplo, a qualificação Organização Social ("OS"), prevista na Lei federal n° 9.637/98[36], autoriza a entidade privada a firmar o denominado "contrato de gestão" com a União, o qual estabelecerá metas de desempenho, que deverão ser alcançadas pela entidade, e permitirá o repasse de recursos orçamentários (art. 12), a permissão de uso de bens públicos (arts. 12 e 13) e a cessão especial de servidores públicos (art. 14), com custo para o Poder Público.

Frise-se que o denominado "contrato de gestão", no âmbito da "OS", não se confunde com o "contrato de gestão" formalizado no âmbito das agências executivas[37] (art. 51, II da Lei nº 9.649/98 c/c art. 37, §8º da CRFB). Os pontos

[32] Os Decretos-leis nº 9.403/46 e 9.853/46 atribuíram, respectivamente, à CNI e à CNC o encargo de criação do Serviço Social da Indústria (SESI) e do Serviço Social do Comercio (SESC). Existem, todavia, outros exemplos de Serviços Sociais Autônomos, como, por exemplo: SENAI (criação autorizada pelo Decreto-lei nº 4.048/42), SENAC (criação autorizada pelo Decreto-lei nº 9.621/46) etc.

[33] Normalmente, a arrecadação é realizada pelo INSS e repassada aos Serviços Sociais.

[34] O DL nº 200/67, em seu art 183, estabelece: "As entidades e organizações em geral, dotadas de personalidade jurídica de direito privado, que recebem contribuições para fiscais e prestam serviços de interesse público ou social, estão sujeitas à fiscalização do Estado nos termos e condições estabelecidas na legislação pertinente a cada uma." Nesse sentido, por exemplo, o SESI, SENAI, SESC e SENAC, por força do Decreto nº 74.296/74, vinculam-se ao Ministério ao Trabalho.

[35] Nesse sentido: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*, 14ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 267.

[36] O STF, no julgamento do pedido liminar na ADIn n° 1923 MC/DF, confirmou a constitucionalidade da Lei n° 9.637/98. Sustentava-se a inconstitucionalidade, entre outros argumentos, pelo fato da referida Lei admitir o repasse de benefícios públicos para entidades privadas sem licitação. *Vide*: Informativo de Jurisprudência do STF n° 474.

[37] A expressão "agência executiva", prevista na Lei n° 9.649/98, é uma qualificação jurídica que pode ser atribuída, por decreto, pelo Chefe do executivo a autarquias e fundações que, após a celebração do contrato de

comuns entre esses dois instrumentos jurídicos, além da nomenclatura, são: a) o conteúdo desses acordos é a fixação de metas de desempenho pelo Estado que devem ser alcançadas por essas pessoas; b) em ambos os casos não se têm propriamente a figura do contrato, mas, sim, a de um verdadeiro convênio, tendo em vista a busca por interesses comuns das "partes".[38]

A diferença principal entre tais "contratos" reside nas "vantagens" conferidas às entidades parceiras. No que tange à "OS", o contrato de gestão serve para permitir o repasse de benefícios públicos (recursos orçamentários, permissão de uso de bens públicos e cessão especial de servidores públicos) para a parceira privada. Por outro lado, em relação às agencias executivas, o citado "contrato" é formalizado no âmbito interno da própria Administração e tem por objetivo ampliar a autonomia gerencial, orçamentária e financeira dessas entidades administrativas.[39]

Essa diferença decorre, como se vê, da concepção clássica do princípio da legalidade que, para os particulares, significa que eles podem fazer tudo aquilo que a lei não proibir (autonomia da vontade), enquanto para a Administração denota a idéia de que ela só pode atuar quando expressamente autorizada pela lei (legalidade administrativa). Ora, seria inconcebível pensar em utilização do contrato de gestão para se ampliar a autonomia da "OS" pelo simples fato dessa entidade privada já ter autonomia ampla, limitada apenas por expressa previsão no ordenamento jurídico.

Da mesma forma, a qualificação Organização da Sociedade Civil de Interesse Público ("OSCIP"), prevista na Lei federal n° 9.790/99, será conferida às entidades privadas que não exercerem atividades lucrativas e desempenharem as atividades especialmente citadas pela Lei. Uma vez qualificadas, tais entidades poderão firmar "Termo de Parceria" com o Poder Público, que estabelecerá programas de trabalho (metas de desempenho), e estarão aptas a receberem recursos orçamentários do Estado (art. 10).

Saliente-se que as Leis nº. 9.637/98 e 9.790/99 são consideradas leis federais, aplicáveis somente à União, mas nada impede que estados, DF e municípios instituam, por suas respectivas leis, as qualificações de "OS" e "OSCIP".[40]

---

gestão, terão metas de desempenho a alcançar e receberão, em contrapartida, uma maior autonomia gerencial, orçamentária e financeira.

[38] Tradicionalmente, a doutrina majoritária costuma diferenciar os contratos dos atos administrativos complexos (convênios, consórcios etc.), afirmando que, no primeiro caso (contratos), as partes buscam interesses contrapostos, enquanto no segundo (atos administrativos complexos), os interesses seriam convergentes. Neste sentido, entre outros: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*, 14ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 185. Lembre-se, todavia, que a Lei nº 11.107/05 afirma o caráter contratual do consórcio público.

[39] Apesar da literalidade do art. 37, §8º da CRFB, com a redação dada pela EC nº 19/98, é de se estranhar a previsão de ampliação da autonomia de autarquias, como é o caso da agência executiva, por acordo, uma vez que as atividades destas entidades só podem ser aquelas previstas na respectiva lei de criação (art. 37, XIX da CRFB). A literalidade, no caso, parece contrariar o princípio da legalidade, cláusula pétrea (art. 60, §4º da CRFB) que deve ser respeitada em face do Poder Constituinte Derivado. O acordo, portanto, só poderia servir para estabelecer prioridades ou metas relacionadas às atividades previstas na lei de criação da autarquia e a conseqüência prática mais importante do rótulo "agência executiva" seria a maior liberdade para contratações sem licitação (art. 24, parágrafo único da Lei nº 8.666/93).

[40] Nesse sentido: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella *Direito Administrativo*, 20ª edição, São Paulo: Atlas, 2007, p. 465. No Estado do Rio de Janeiro, as Organizações Sociais e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público são tratadas, respectivamente, na Lei n° 5.498/09 e na Lei 5.501/09. No Município do Rio de Janeiro, a Lei n° 5.026/09 dispõe sobre a qualificação de entidades como Organizações Sociais.

De lado as semelhanças entre a "OS" e a "OSCIP", existem diferenças importantes entre as duas qualificações no âmbito da legislação federal, a saber:

> a) Organizações Sociais (Lei n° 9.637/98): a) qualificação discricionária (arts. 1° e 2°, II);41 b) análise do pedido de qualificação: Ministério ou órgão regulador responsável pela área de atuação da entidade privada requerente (art. 2°, II); c) formalização da parceria (vínculo jurídico): "contrato de gestão" (art. 5°), que permitirá o repasse de dinheiro (art. 12), a cessão de bens (art. 12) e a cessão especial de servidor sem custo para entidade (art. 14); d) presença obrigatória de representante do Poder Público no órgão de deliberação superior da OS (art. 2°, I, "d").
>
> b) Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (Lei n° 9.790/99): a) qualificação vinculada (art. 1°, § 2°); b) análise do pedido de qualificação: Ministério da Justiça (art. 5°); c) Termo de parceria (art. 9°): repasse de verba, não prevendo expressamente a cessão de bens e de pessoal;42 d) presença facultativa de servidor na composição do Conselho da OSCIP (art. 4°, parágrafo único).

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

Muito embora sejam pessoas da iniciativa privada, não integrantes da Administração Pública Indireta, as entidades do Terceiro Setor formalizam vínculos com o Estado (lei, contrato de gestão e termo de parceria) e dele recebem benefícios. Tal parceria acaba por influenciar no regime jurídico dessas pessoas, fazendo incidir, quando expressamente previsto no ordenamento, normas de caráter público, o que tem gerado controvérsias no âmbito da doutrina e da jurisprudência.

4) Controvérsias atuais no Terceiro Setor

4.1) Foro processual competente para as causas do Terceiro Setor

Um primeiro ponto, que chegou a suscitar dúvidas, especialmente em relação aos Serviços Sociais Autônomos, refere-se ao foro competente para o processo e julgamento das causas envolvendo o Terceiro Setor. O Sistema "S", repita-se, recebe contribuições sociais, instituídas pela União, o que poderia demonstrar o interesse deste Ente federado e fixar a competência da Justiça Federal para o julgamento dos feitos.

---

[41] O caráter discricionário da qualificação coloca em risco o princípio da impessoalidade. Por esta razão, é melhor a previsão contida na legislação do Estado do Rio de Janeiro que estabeleceu o caráter vinculado da qualificação de Organização Social. O art. 4° da Lei n° 5.498/09 dispõe: "Preenchidos os requisitos exigidos nesta lei, bem como preenchidos eventuais requisitos específicos, será deferida, pelo Governador do Estado ou por delegação ao Secretário de Estado ou a Servidor Público, a qualificação da entidade como organização social".

[42] No Estado do Rio de Janeiro, os arts. 20 e 21 da Lei n° 5.501/09 admitem o repasse de recursos orçamentários, a cessão precária de bens e a cessão especial de servidores às OSCIPs.

O STF, instado a se manifestar sob a égide da Constituição de 1967, entendeu que o SESI é entidade privada e, por ausência de previsão expressa no texto constitucional, não possui foro diferenciado na Justiça Federal. Daí a edição da Súmula nº 516 do STF: "O Serviço Social da Indústria (SESI) está sujeito à jurisdição da Justiça Estadual."[43]

Aqui, o STF foi coerente com a sua jurisprudência em casos análogos, especialmente quando estabeleceu a competência da Justiça Estadual para o processo e julgamento das causas envolvendo as sociedades de economia mista federais.[44] Só serão processadas na Justiça Federal, em princípio, aquelas pessoas expressamente citadas no art. 109, I da CRFB, e as sociedades de economia mista, ao contrário das empresas públicas federais, não estão prevista naquele rol. Se estas pessoas administrativas, integrantes da Administração Pública Indireta federal e vinculadas (não se trata de subordinação) à União, são julgadas por cortes estaduais, com muito mais razão os Serviços Sociais Autônomos que sequer integram a Administração Pública Indireta serão.

4.2) Controle pelo Tribunal de Contas e controle social

Outra característica digna de destaque refere-se à fiscalização, exercida pelo Tribunal de Contas respectivo, no âmbito do Terceiro Setor. A razão dessa necessidade de prestação de contas por parte das pessoas privadas parceiras encontra-se no fato de serem "administradoras" de dinheiro público e, eventualmente, de bens públicos. Aplica-se, por isso, a regra do art. 70, parágrafo único da CRFB.[45]

Da mesma forma, a sociedade civil também poderá fiscalizar as referidas pessoas, seja indiretamente através da atuação do Ministério Público[46], seja diretamente por qualquer cidadão, nesse último caso com a propositura, especialmente, da ação popular.[47]

É importante ressaltar, ainda, outra importante forma de controle social no âmbito do Terceiro Setor: segundo a legislação vigente, a formalização do termo de parceria pela "OSCIP" depende da prévia manifestação do Conselho de Políticas Públicas que fiscalizará, também, a execução das metas estabelecidas para a

[43] A atual Constituição, em seu art. 109, I, que estabelece a competência da Justiça Federal, também não menciona os Serviços Sociais Autônomos. Por esta razão, o STF reiterou o entendimento anterior e consolidou o entendimento que fixava a competência da Justiça Estadual para processo e julgamento dos Serviços Sociais (RExt 366168/SC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento: 03/02/2004, Primeira Turma, DJ 14-05-2004, p. 45). *Vide* Informativo de Jurisprudência nº 335.

[44] Súmula 517: "As sociedades de economia mista só têm foro na Justiça Federal, quando a União intervém como assistente ou opoente". Súmula 556: "É competente a Justiça comum para julgar as causas em que é parte sociedade de economia mista".

[45] "Art. 70. (...) Parágrafo único. Prestará contas 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". O art. 4º, VII, d, da Lei nº 9.790/99 é expresso em relação ao controle pelo Tribunal de Contas.

[46] *Vide*, por exemplo, os arts. 10 da Lei nº 9.637/98 e 13 da Lei nº 9.790/99.

[47] Para facilitar o controle dos cidadãos, a Lei nº 9.790/99, por exemplo, em seu art. 4º, VII, b, estabeleceu a necessidade de publicidade do relatório de atividades e das demonstrações financeiras da entidade para possibilitar a fiscalização por qualquer cidadão.

entidade privada e a respectiva gestão de recursos públicos.[48] Os referidos Conselhos deverão ser compostos, via de regra, por representantes do Governo e da sociedade civil.

4.3) Regime de pessoal

Quanto ao regime de pessoal das entidades do Terceiro Setor, tendo em vista o seu caráter privado, não há dúvidas em relação à aplicação do regime celetista. Por não integrarem a Administração Pública, essas pessoas não se submetem à regra do concurso público (art. 37, II da CRFB), mas a contratação de pessoal, em razão do emprego do dinheiro público, deve ser feita por meio de processo seletivo em respeito aos princípios da impessoalidade e da moralidade.[49]

Frise-se que, da mesma maneira, seria recomendável estabelecer limites aos salários que seriam pagos ao pessoal das entidades do Terceiro Setor, com recursos orçamentários, nos moldes do teto estabelecidos para os agentes públicos.[50]

A ausência de teto salarial para a remuneração paga aos empregados dessas entidades poderia servir como um mecanismo indireto de burla ao art. 37, XI da Constituição. Isso porque a atividade, que seria, em princípio, exercida por agentes públicos, será exercida por empregados privados, cuja remuneração também será efetivada com os recursos públicos repassados. Ainda que a norma constitucional refira-se expressamente apenas aos agentes públicos da Administração Pública Indireta, a limitação remuneratória deveria ser estendida aos particulares que, no âmbito de parcerias com o Poder Público, exerçam funções com remuneração advinda do orçamento.

Não obstante isso, o Tribunal de Contas da União (TCU) já entendeu ser inaplicável o art. 37, XI da Constituição aos empregados do Sistema "S".[51]

De qualquer forma, a legislação, nesse ponto, buscou estabelecer alguns limites remuneratórios dos empregados do Terceiro Setor. Em relação à "OSCIP", por exemplo, há previsão de que a remuneração dos dirigentes deverá respeitar "os valores praticados pelo mercado, na região correspondente à sua área de atuação", bem como há necessidade de detalhamento, no termo de parceria, das remunerações e benefícios dos diretores, empregados e consultores."[52] De igual forma, o contrato de gestão formalizado com a "OS" deve estabelecer "limites e critérios para despesa com remuneração e vantagens de qualquer natureza a serem

[48] Arts. 10, §1°, e 11 da Lei n° 9.790/99

[49] Nesse sentido: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella *Direito Administrativo*, 20ª edição, São Paulo: Atlas, 2007, p. 459.

[50] Essa é a posição defendida pela professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro em relação às Organizações Sociais. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella *Direito Administrativo*, 20ª edição, São Paulo: Atlas, 2007, p. 464. No Estado do Rio de Janeiro, o art. 4°, VII da Lei n° 5.501/99 determina a aplicação do teto remuneratório aos administradores, gerentes ou diretores da OSCIP. Da mesma forma, o art. 5°, IV, "e", da Lei n° 5.498/09 exige que a remuneração dos diretores executivos da OS respeite o art. 37, XI da CRFB.

[51] TCU, Acórdão 2328/2006.

[52] Arts. 4º e 10, § 2°, IV da Lei nº 9.790/99.

percebidas pelos dirigentes e empregados das organizações sociais, no exercício de suas funções."[53]

4.4) As contratações realizadas por pessoas do Terceiro Setor

Atualmente, as licitações e as contratações realizadas pelos integrantes do Terceiro Setor, com o emprego de dinheiro público, têm suscitado polêmicas importantes.

4.4.a) A necessidade de processo objetivo para celebração do contrato de gestão e do termo de parceria

O primeiro aspecto enfrentado pela doutrina refere-se à necessidade ou não de realizar licitação para escolha da "OS" e da "OSCIP" que formalizarão, respectivamente, o contrato de gestão e o termo de parceria.

Conforme salientado, o contrato de gestão e o termo de parceria têm sido considerados como verdadeiros convênios, tendo em vista a ausência de interesses contrapostos. As entidades privadas e o Poder Público possuem, em verdade, interesses comuns.

Em razão da distinção tradicional entre contratos e convênios, parte da doutrina entende que a necessidade de licitação se aplica aos contratos, e não aos convênios.

Nesse sentido, o art. 116 da Lei nº 8.666/93 determina a aplicação das normas de licitação e contratos aos convênios apenas "no que couber". Ora, se os convênios e os contratos fossem sinônimos, não faria sentido a ressalva feita pelo legislador, já que o tratamento jurídico seria o mesmo. Enquanto a licitação é exigida, em regra, para a celebração de contratos (art. 37, XXI da CRFB e art. 2º da Lei nº 8.666/93), ela não seria necessária para a formalização de convênios, justamente porque os partícipes aqui não buscam o lucro, não havendo competição (mas, sim, colaboração), e o valor pago pela Administração tem o objetivo apenas de cobrir os custos do particular. O STF já afirmou a possibilidade de dispensa de licitação, com fundamento no art. 24, XIII da Lei n º 8.666/93, na celebração de convênios.[54]

Apesar de ser desnecessária a licitação formal da Lei nº 8.666/93 para celebração de convênios, não se pode olvidar que a Administração Pública tem a obrigação de cumprir os princípios constitucionais, notadamente a impessoalidade e a moralidade. Por tal razão, caso existam várias entidades potencialmente interessadas no contrato de gestão ou no termo de parceria, deve o Poder Público estabelecer procedimento administrativo prévio para a escolha da entidade beneficiária do convênio, sob pena de se violar a igualdade.

Em abono a essa idéia, a Lei nº 9.637/98 não exige que seja realizada licitação para celebrar o contrato de gestão, mas estabelece a necessidade de observância dos princípios aplicáveis à Administração.[55]

---

[53] Art. 7, II da Lei n º 9.637/98.
[54] Nesse sentido: Informativo de Jurisprudência do STF nº 387.
[55] Art. 7º da Lei nº 9.637/98.

Já para celebração do termo de parceria, o Decreto nº 3.100/99,[56] que regulamenta a Lei nº 9.790/99, prevê a possibilidade do denominado "concurso de projetos" como forma de se restringir a subjetividade na escolha da "OSCIP", garantindo o cumprimento dos princípios da igualdade e da eficiência.

Note-se, entretanto, que, nos termos do referido Decreto, não seria obrigatória a utilização do concurso de projetos, que dependeria da análise discricionária do Poder Público. O TCU, analisando a questão, determinou ao Poder Executivo a realização de aperfeiçoamento no Decreto nº 3.100/99 para, dentre outras medidas, tornar, em princípio, obrigatória a realização do concurso de projetos.[57]

Por fim, é importante lembrar que o Superior Tribunal de Justiça já decidiu pela necessidade de realizar licitação para formalizar contrato de gestão (o que, por coerência, poderia ser estendido ao termo de parceria).[58]

Apesar das polêmicas envolvendo a presente questão, entendemos ser necessária a realização de processo objetivo de seleção dos interessados na formalização do contrato de gestão[59] e do termo de parceria, sem a obrigatoriedade de aplicação da Lei nº 8.666/93. O mais importante, em verdade, é a observância necessária dos princípios que regem a Administração Pública.

4.4.b) A controvérsia a respeito da necessidade de licitação nas contratações com dinheiro público pelo Terceiro Setor

Por serem pessoas de direito privado, com a roupagem de associação ou fundação privada, alguns doutrinadores sustentam a desnecessidade de licitação e a inaplicabilidade da lei nº 8.666/93 ao Terceiro Setor.

Nesse sentido, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, ao tratar dos Serviços Sociais Autônomos, entende ser inconstitucional a inclusão das "entidades controladas direta ou indiretamente" pela Administração Direta e Indireta no rol do art. 119 da Lei nº 8.666/93.[60] Isto porque a regra geral, que deve pautar a interpretação dos institutos relacionados ao Sistema "S", é a impossibilidade de

[56] Dispõe o art. 23 do Decreto n° 3.100/99: "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."

[57] TCU, Decisão 931/1999, Plenário, Relator Ministro Marcos Vilaça, publicada no BTCU 78/1999.

[58] STJ, REsp nº 623.197/RS, Ministro José Delgado, Primeira Turma, DJ 08.11.2004 p. 177. Marçal Justen Filho, ao analisar a formalização do contrato de gestão, afirma a "necessidade de prévia licitação para configurar o contrato de gestão e escolher a entidade privada que será contratada", salvo as situações de dispensa e de inexigibilidade, bem como de credenciamento. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de licitações e contratos administrativos*, 9ª edição, São Paulo: Dialética, 2002, p. 36.

[59] No Estado do Rio de Janeiro, o art. 11 da Lei n° 5.498/09 exige "processo seletivo" para celebração do contrato de gestão.

[60] "Art. 119. As sociedades de economia mista, empresas e fundações públicas e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União e pelas entidades referidas no artigo anterior editarão regulamentos próprios devidamente publicados, ficando sujeitas às disposições desta Lei." Veja que o art. 1º, parágrafo único da mesma Lei, ao elencar os destinatários da regra da licitação, também faz menção às "demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios".

interferência estatal (art. 5º XII da CRFB)[61], salvo nos casos expressamente autorizados pelo próprio texto constitucional. Em conseqüência, a interferência estatal, em matéria de licitações e contratos, realizada pela Lei nº 8.666/93, seria despida de fundamento constitucional, consoante as seguintes razões: a) a Constituição estabeleceu como destinatários da regra da licitação a Administração Pública Direta e Indireta, bem como as empresas sob o seu controle, não fazendo menção aos Serviços Sociais Autônomos; b) o Sistema "S" não integra a Administração Pública Indireta e nem se sujeita ao controle estatal, salvo nos casos expressamente ressalvados pela Constituição; c) não poderia a Lei nº 8.666/93, portanto, ampliar o rol dos destinatários da licitação para nele incluir os Serviços Sociais Autônomos.[62]

Outros autores, no entanto, defendem a obrigatoriedade de licitação para as contratações realizadas por pessoas integrantes do Terceiro Setor por força da literalidade do art. 1º, parágrafo único da Lei nº 8.666/93, que se refere às "demais entidades controladas direta ou indiretamente" pela Administração Direta. O fato de a Constituição, em seus arts. 22, XXVII e 37, XXI, referir-se apenas às entidades administrativas, não impede que o legislador federal inclua como destinatários da licitação outras pessoas que venham a estabelecer vínculos formais com o Poder Público.[63]

A nosso ver, no entanto, deve-se fazer uma interpretação moderada da questão, como se passa a demonstrar.

Ao ser exigida a submissão às regras da Lei nº 8.666/93 pelo Terceiro Setor, pode-se engessar sobremaneira a atuação das pessoas privadas, burocratizando os seus procedimentos e dificultando o alcance dos seus objetivos sociais. Ora, a própria idéia de parceria entre o Estado e a sociedade civil justifica-se pela ineficiência e burocracia inerentes à maquina administrativa, o que gerou a já mencionada "fuga para o direito privado".

Por outro lado, a liberação total do Terceiro Setor das "amarras" do Poder Público pode servir como um convite às praticas (a)imorais com o dinheiro público. Ao invés de realizar a licitação, o Poder Público, de forma fraudulenta e disfarçada, poderia repassar o dinheiro público para as pessoas do Terceiro Setor, criadas sob encomenda, que contratariam apenas com os padrinhos políticos daquele governante.

A solução mais adequada, *s.m.j.*, é aquela adotada pela legislação que trata das Organizações Sociais e das Sociedades Civis de Interesse Público. O legislador procurou restringir a liberdade dessas entidades na contratação com a utilização de recursos repassados pelo Poder Público, exigindo o estabelecimento de procedimentos objetivos na escolha do contratado.

---

[61] "Art. 5º (...). XVII – é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar". Poderia ser citado, ainda, o inciso XVIII do mesmo artigo que dispõe: "a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento".

[62] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Natureza jurídica dos Serviços Sociais Autônomos. In: *Revista de Direito Administrativo*, 207, jan./mar. 1997, p. 93.

[63] FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*, 18ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 474/475.

Os arts. 17 da Lei nº 9637/98[64] e 14 da lei nº 9.790/99[65] estabelecem a necessidade de edição de regulamentos próprios, respectivamente, pela "OS" e pela "OSCIP", contendo os procedimentos que tais entidades devem adotar "para a contratação de obras e serviços, bem como para compras com emprego de recursos provenientes do Poder Público".

O Tribunal de Contas da União (TCU), ao analisar a necessidade de licitação nas contratações promovidas pelo Sistema "S", afirmou ser inaplicável a Lei nº 8.666/93 na contratação com emprego de dinheiro público. Apenas seria necessária a edição de regulamentos próprios que fossem pautados pelos princípios da licitação.[66]

Foi conferida à própria entidade a atribuição para estabelecer os seus procedimentos para a contratação com recursos públicos. Ainda que se aproxime das regras de licitação, fato é que serão regras próprias e simplificadas, não se aplicando, neste ponto, a Lei nº 8.666/93. O art 1º, §5º do Decreto nº 5.504/05, quando exige a adoção da modalidade de licitação pregão, preferencialmente, da forma eletrônica, para as contratações realizadas por tais entidades com verbas públicas, viola o princípio da legalidade (arts. 17 da Lei nº 9.637/98 e 14 da Lei nº 9.790/99). Isto porque a legislação remete às entidades e não ao Chefe do Executivo a atribuição para a criação de procedimentos adequados na contratação de terceiros. O Chefe do Executivo, portanto, ao editar o Decreto em comento, exorbitou do seu poder regulamentar.

4.5) A responsabilidade civil no âmbito do Terceiro Setor

Após a compreensão das principais características das entidades que integram o Terceiro Setor, destaca-se, neste momento, a polêmica relativa à responsabilidade civil de tais entidades e do próprio Estado.

4.5.a) A responsabilidade civil das entidades que integram o Terceiro Setor

Inicialmente, será abordada a natureza da responsabilidade civil das próprias entidades integrantes do Terceiro Setor quando estas, no desempenho de suas atividades sociais, causam prejuízos a terceiros. A questão, portanto, é investigar se tal responsabilidade tem índole subjetiva ou objetiva. A doutrina, como se demonstrará, diverge sobre o assunto.

---

[64] "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."

[65] "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."

[66] Inicialmente, a orientação do TCU, em relação ao Sistema "S", era pela aplicabilidade da Lei nº 8.666/93 (*vide*, por exemplo: Acórdão nº 24896, Ata nº 24/96 - 1ª Primeira, de 09.07.96; Acórdão nº 170/97 e Decisão nº 455/97). Todavia, após as Decisões nº 907/97 e nº 211/98, ambas do Plenário, o TCU não tem exigido a submissão à Lei nº 8.666/93, bastando que os regulamentos próprios dessas entidades respeitem os princípios constitucionais insculpidos no art. 37, *caput*, da CRFB.

Em primeiro lugar, alguns autores sustentam a responsabilidade objetiva para as entidades que englobam o Terceiro Setor, sob o argumento de que as atividades por elas desempenhadas se enquadram no conceito amplo de serviço público. Nesse sentido, Cristiana Fortini afirma que o tratamento dado à "OS" não pode ser idêntico ao dispensado para pessoas privadas em geral que prestam serviços de caráter social ("serviços públicos impróprios"), como é o caso dos hospitais e escolas. Isso porque, em relação à "OS", esta age em substituição ao Estado com o fim de desonerá-lo.[67]

Por outro lado, há autores que defendem tratamento diferenciado entre as pessoas do Terceiro Setor. Nesse sentido, José dos Santos Carvalho Filho afirma ser objetiva a responsabilidade dos Serviços Sociais Autônomos, tendo em vista dois argumentos principais: a) caráter eminentemente social das atividades desempenhadas por estas pessoas, qualificando-se como serviços públicos, e b) existência de vínculo com o Estado (a criação dessas pessoas, como salientado, depende de lei autorizativa). Todavia, em relação às "OS" e "OSCIPS", entende o festejado autor ser subjetiva a responsabilidade dessas pessoas, pois, malgrado possuam características parecidas com o Sistema "S" (atividades sociais e vínculos jurídicos – contrato de gestão e termo de parceria), elas exerceriam uma "parceria desinteressada"[68].

Com as devidas homenagens aos autores acima citados, ousamos discordar dos referidos posicionamentos.

Em primeiro lugar, não se pode considerar como serviço público a atividade desempenhada no âmbito do Terceiro Setor para fins de incidência do art. 37, §6º da CRFB. Isso porque, não obstante a polissemia da expressão "serviço público" e da evolução do seu sentido no Direito comparado, vigora, majoritariamente no Brasil, a idéia de que o serviço público é de titularidade do Estado e a sua prestação por particulares só pode decorrer de delegação formal (legal ou negocial).

Mesmo em relação aos serviços públicos de cunho social, abertos pela própria Constituição à iniciativa privada sem necessidade de delegação formal (saúde e educação), não seria aplicável o art. 37, §6º da CRFB. Conforme a jurisprudência pátria, tais serviços só são considerados verdadeiramente públicos quando prestados pelo Estado, sendo tratados como atividades privadas de relevância pública quando prestados pela iniciativa privada.

No âmbito do Terceiro Setor, desta forma, não há, tecnicamente, delegação de atividades estatais (serviços públicos) para entidades privadas,[69] mas apenas um reconhecimento formal por parte do Estado da importância de determinadas pessoas

---

[67] FORTINI, Cristiana. "Organizações Sociais: natureza jurídica da responsabilidade civil das organizações sociais em face dos danos causados a terceiros". In: *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, nº 6, jun/jul/ago, 2006, p. 6, disponível na internet: http://www.direitodoestado.com.br. Acesso em: 28/10/2007.

[68] FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*, 18ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 494.

[69] Marçal Justen Filho, ao tratar das atividades desenvolvidas no bojo dos contratos de gestão das Organizações Sociais, asseverou: "(...) essas atividades poderiam ser objeto de desenvolvimento autônomo por qualquer particular, em nome próprio e sob regime de direito privado. A única peculiaridade reside em que o particular, através do contrato de gestão, atuará em nome próprio, sob regime de direito privado, mas receberá apoio estatal." JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de licitações e contratos administrativos*, 9ª edição, São Paulo: Dialética, 2002, p. 33. Não obstante, o autor, em seguida, afirma que o regime da concessão se aplica, em alguns aspectos, à "OS", sendo objetiva a sua responsabilidade (art. 37, §6º da CRFB), pois as suas atividades são substitutivas da atuação estatal.

privadas para a consecução de finalidades sociais, o que afasta a incidência do art. 37, §6º da CRFB.[70]

Em segundo lugar, a distinção de tratamento entre o Sistema "S", a "OS" e a "OSCIP", com fundamento no desinteresse da parceria entre estas pessoas e o Estado, não se nos afigura a mais adequada, pois todas elas prestam atividades desinteressadas, se tal expressão for considerada como sinônimo de ausência de lucro.

A nosso ver, a responsabilidade dessas pessoas deve ser analisada à luz da legislação civil e, portanto, considerada, em regra, de índole subjetiva. Só excepcionalmente poderia ser considerada objetiva tal responsabilidade, na linha do art. 927, parágrafo único, do Código Civil, nos casos expressamente previstos em lei ou quando a atividade, por sua própria natureza, implicar risco para as pessoas.

4.5.b) A responsabilidade civil do Estado em razão dos danos causado por pessoas do Terceiro Setor

O Estado, recorde-se mais uma vez, com o intuito de fomentar determinadas atividades sociais, estabelece parcerias formais com as pessoas privadas, possuindo, desta forma, responsabilidade pelos danos que venham a ser causados na atuação do Terceiro Setor.

Para se compreender a responsabilidade do Estado, é importante destacar algumas situações que podem ocorrer e as suas respectivas peculiaridades.

De plano, é fundamental advertir que a simples concessão de qualificações jurídicas por parte do Estado às entidades privadas não atrai, por si só, para ele responsabilidades diferenciadas.

Segundo a sistematização estabelecida pela legislação vigente, por exemplo, as entidades privadas, sem fins lucrativos, que preencherem os requisitos legais, poderão ser qualificadas como "OS" ou "OSCIP". Essas qualificações, por si só, não geram obrigações para as pessoas privadas nem para o Estado, mas apenas possibilitam a celebração, futura e eventual, de uma parceria. Em verdade, apenas com a formalização, respectivamente, do contrato de gestão e do termo de parceria, é que essas pessoas privadas terão metas de desempenho, que deverão ser alcançadas com o apoio estatal, e o Estado passará a ter responsabilidades, inclusive de fiscalização, sobre a atividade social desenvolvida. [71]

---

[70] Nesse sentido, quanto à "OS" e à "OSCIP", é a lição do professor Marcos Juruena: "No caso das Organizações Sociais (OS) e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), não há delegação de serviço público, mas, em homenagem ao princípio da subsidiariedade, fomento estatal a uma atividade privada de interesse público. Logo, aí não cabe responsabilidade objetiva." SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo em debate*, 2ª série, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 201. *Vide* também: ARAÚJO, Valter Shuenquener de. "Terceiro Setor: a experiência brasileira." In: *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro* nº 14, Rio de Janeiro: JFRJ, 2005, p. 232.

[71] A Lei nº 9.637/98 prevê: "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."; "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." Da mesma forma, a Lei nº 9.790/99 estabelece: "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

Em conseqüência, só se pode pensar em eventual responsabilidade civil do Estado quando houver efetiva formalização de vínculos jurídicos com as entidades do Terceiro Setor.

Partindo da premissa apontada, não se pode olvidar que o Estado possui responsabilidade por danos causados por pessoas do Terceiro Setor, uma vez que não são simples particulares, mas, sim, parceiras do Estado no desempenho de atividades de interesse da coletividade.

No entanto, na ausência de norma específica, a responsabilidade do Estado, nesse caso, deve ser considerada, em regra, subsidiária por algumas razões a seguir apontadas.

Primeiramente, porque o Terceiro Setor é formado por pessoas que tem autonomia e personalidade jurídica própria, devendo responder primariamente por seus atos. A responsabilidade solidária, lembre-se, não se presume (art. 265 do Código Civil).

Em segundo lugar, pode-se aplicar, por analogia, o art. 70 da Lei nº 8.666/93, que fixa a responsabilidade primária do contratado por danos causados a terceiros. Isso porque, especialmente em relação à "OS" e à "OSCIP", os instrumentos jurídicos da parceria (contrato de gestão e termo de parceria), como já frisado, possuem a natureza jurídica de convênio. Por esta razão, a norma citada pode ser aplicada na atuação do Terceiro Setor por força do estabelecido no art. 116 da citada Lei, que manda aplicar aos convênios, no que couber, as disposições da Lei de licitações e contratos.

Apenas na eventual hipótese de ausência ou equivocada fiscalização estatal das atividades desenvolvidas no âmbito da parceria, poder-se-ia falar em responsabilidade primária do Poder Público. Como se está diante de omissão imputável ao Poder Público, a responsabilidade, em que pese a controvérsia clássica sobre o tema, deveria ser analisada sob o prisma subjetivo (*culpa in vigilando*).[72]

Por fim, o simples não-cumprimento das metas fixadas no contrato de gestão ou no termo de parceria não acarreta, em princípio, a responsabilidade do Estado. Este tem o dever de fiscalizar o cumprimento das metas, mas a responsabilidade pela sua implementação é da entidade privada parceira que, descumprindo com o avençado, será desqualificada e responsabilizada pelos danos causados, como já decidiu o STJ.[73]

6) Conclusões

e obrigações das partes signatárias."; "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."

[72] Recentemente, o STJ afirmou ser subjetiva a responsabilidade civil do Estado em caso de omissão. *Vide*: REsp nº 721439/RJ, Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgamento 21/08/2007, DJ 31.08.2007 p. 221 (Informativo nº 328 do STJ).

[73] STJ, MS 10527/DF, Ministra Denise Arruda, Primeira Seção, DJ 07.11.2005, p. 75. Consta da ementa, a seguinte passagem: "(...) 7. A responsabilidade pelo não-cumprimento de todas as metas do contrato de gestão objeto do writ é imputável tão-somente à entidade impetrante, não havendo como atribuir ao Poder Público, que lhe transferiu recursos financeiros e lhe cedeu servidores públicos, a 'culpa' pelo cumprimento de percentual insatisfatório das metas contratualmente estipuladas. (...) Assim, apesar de, na espécie, competir ao Ministério do Meio Ambiente a fiscalização, a avaliação e o acompanhamento dos resultados do contrato de gestão, essas providências não afastam a responsabilidade do impetrante de cumprir as metas acordadas com o Poder Público"

Em conclusão, podem ser apresentados, sinteticamente, os seguintes fundamentos e características do Terceiro Setor:

a) O Direito Administrativo, em tempos de constitucionalização do Direito, passa por reformulações importantes, destacando-se, entre elas, a passagem de uma Administração impositiva para uma Administração consensual, com destaque para o consensualismo e a participação dos cidadãos na tomada de decisão administrativa.

b) Há uma crescente aproximação entre o Estado e a sociedade civil, no âmbito do Estado Democrático de Direito, que relativiza a divisão absoluta entre o direito público e o privado, bem como acarreta valorização da sociedade civil na satisfação do interesse público.

c) O princípio da subsidiariedade e o fomento justificam, hoje, o desempenho de atividade pelo Terceiro Setor ("esfera pública não-estatal").

d) As entidades privadas, que se inserem no Terceiro Setor, apresentam, resumidamente, as seguintes características: i) são criadas pela iniciativa privada, não integrando a Administração Pública; ii) prestam atividades privadas não-lucrativas e de caráter social; iii) possuem vínculos formais com o Estado e recebem benefícios estatais; iv) submetem-se a regime jurídico privado, parcialmente derrogado por normas publicísticas; v) sofrem fiscalização pelo Tribunal de Contas; vi) são processadas e julgadas na Justiça estadual; vii) seus empregados encontram-se submetidos ao regime celetista, mas deve haver processo seletivo de contratação que garanta a impessoalidade; viii) as contratações realizadas com dinheiro proveniente dos cofres públicos deve obedecer ao procedimento objetivo, estabelecido pela própria entidade, sendo inaplicável a Lei nº 8.666/93 (arts. 17 da Lei nº 9637/98 e 14 da Lei nº 9.790/99); ix) a responsabilidade civil dessas entidades, em regra, é subjetiva, tendo em vista que suas atividades são privadas (independem de delegação) e não se enquadram no conceito de serviço público; x) a eventual responsabilidade do Estado pelos atos dessas entidades será, via de regra, subsidiária, salvo nos casos de ausência ou equivocada fiscalização estatal das atividades desenvolvidas no âmbito da parceria, hipótese em que a responsabilidade seria primária e subjetiva.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. SUBVENÇÃO PARA INVESTIMENTOS POR PARTE DA CONCESSIONÁRIA, PAGA A ESTA PELO GOVERNO ESTADUAL NO BOJO DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA – NÃO-INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO IRPJ E CSLL – NÃO-INCIDÊNCIA DE PIS, COFINS E ISS. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 39, julho/agosto/setembro de 2014. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-39-JULHO-2014-RAFAEL-OLIVEIRA.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

2) A REDE - Revista Eletrônica de Direito do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-187X**

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rede@direitodoestado.com.br

A REDE publica exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser fornecidos em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho e da qualificação do autor, constando na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.