Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado
Número 6 – junho/julho/agosto 2006 – Salvador – Bahia – Brasil

ORGANIZAÇÕES SOCIAIS: natureza jurídica da responsabilidade civil das organizações sociais em face dos danos causados a terceiros

Prof. Cristiana Fortini
Doutora em Direito Administrativo pela UFMG; Diretora e Professora do Curso de Direito do Centro Universitário Izabela Hendrix ; Professora do Curso de Pós-Graduação do Centro de Atualização em Direito - CAD-UqF do IEC-PUC, do JNC Professora do Curso Praetorium ; Diretora da Procuradoria de Belo Horizonte

1- CONSIDERAÇÃO INICIAL

O presente trabalho tem por propósito examinar a natureza jurídica da responsabilidade civil das organizações sociais, com vistas a elucidar se é de lhes aplicar o disposto no art. 37 § 60 da Constituição da República.

Portanto, não se fazem oportunas considerações de ordem política e críticas à opção estatal que fez brotar tal instituto.

O que se procura é desvendar a natureza jurídica das atividades atribuídas às organizações sociais, e, conseqüentemente, perquirir sobre a aplicação a estas do acima citado dispositivo constitucional.

É de se esclarecer que não se objetiva esgotar o estudo do tema, mas apenas chamar atenção dos estudiosos do direito administrativo, considerando a insuficiência de textos específicos sobre este assunto.

2 - O MODELO INSTITUCIONAL DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS (LEI N° 9.637/98)

Estabelece a Lei n° 9.637/98 que organização social é a pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos, constituída como fundação ou associação civil e qualificada, na forma da lei, pelo Poder Público para o desempenho de atividades na área de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde.

Não se pode descartar outra hipótese para o surgimento das organizações sociais.

Os artigos 18 e seguintes da Lei Federal n° 9.637 revelam a possibilidade de a organização social resultar da extinção de entidades federais. Assim, a organização social não espelharia, neste caso, fruto[1] da sociedade civil.

O nascimento de tais entidades encontra raiz na propalada crise do aparelho estatal, que, segundo alguns, se apresenta anacrônico e incapaz de atender aos clamores sociais, fatos que reclamariam a necessidade de sua reengenharia.

Proclama-se, na busca pela solução para os problemas, o fim da ruptura entre o público e o privado, de forma a vislumbrar na sociedade -civil a condição de parceira no implemento de ações de relevância social.

As organizações sociais surgem, pois, como alternativas ao desempenho de tarefas de interesse público. Por se submeterem ao regime privado (ao menos precipuamente[2]) e por não integrarem a estrutura estatal, estariam libertas do cumprimento de certos procedimentos e poderiam obter maior eficiência ao prestarem os serviços.

As organizações sociais também poderiam ensejar maior participação da comunidade, que não apenas se daria na idealização do surgimento da pessoa jurídica que, posteriormente seria agraciada com o título "OS", como compartilharia a gestão da "coisa pública" a partir do momento em que faria parte do conselho diretor.

O programa de publicização,[3] a que faz referência a Lei n° 9.637/98,

---

[1] Ressalte-se que os particulares não criam a organização social. Criam a associação ou fundação que poderá ser agraciada com tal qualificação.

[2] Para Juarez Freitas, "estas entidades ocupam lugar característico que as diferenciam das demais organizações da sociedade civil de caráter público, porquanto a publicização do regime aparece em maior escala, embora não sejam catalogáveis como pessoas jurídicas integrantes da estrutura da Administração Pública Federal Indireta. De qualquer sorte, sob pena de tautologia, não é adequado pensá-las apenas como pessoas jurídicas de direito privado designadas como tais, uma vez preencham determinados requisitos." Para o autor, "o regime das organizações sociais desponta como atípico" FREITAS, Juarez. *As organizações sociais: sugestões para o aprimoramento do modelo federal.* Boletim de Direito Administrativo, outubro de 1998, p. 617/618.

[3] 3 Muitos autores não se conformam com a nomenclatura empregada, por enxergarem no modelo das organizações sociais tentativa de reduzir o aparato estatal; logo, exemplo de privatização. A

espelharia a absorção de tarefas públicas por entidades nascidas fora do aparato estatal.[4]

3 - A NATUREZA JURÍDICA DA ATIVIDADE DESENVOLVIDA PELAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS E A LEI N° 9.637/98

Na relação dos serviços a cargo das organizações sociais, assim qualificadas na órbita federal, estão presentes a saúde, a educação, o desenvolvimento tecnológico, a proteção e preservação do meio ambiente e a cultura.

Não há dúvida de que a prestação de tais atividades reflete interesse público. Porém, a presença de interesse público não é bastante para a caracterização da atividade como serviço público seja porque se identifica a presença do interesse público em outras atividades desenvolvidas pela Administração Pública (atividade ordenadora, por exemplo), seja porque nem toda comodidade oferecida à população reflete a prestação de serviço público.[5]

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro

> *"não se pode dizer, dentre os ,conceitos mais amplos ou mais restritos, que um seja mais correto que o outro; pode-se graduar, de forma decrescente, os vários conceitos: os que incluem todas as atividades do Estado (legislação, jurisdição e execução); os que só consideram as atividades administrativas, excluindo jurisdição e legislação, sem distinguir o serviço público do poder de policia, fomento e intervenção; os que preferem restringir mais para distinguir o serviço público das outras três atividades da Administração Pública.*
>
> *É nesse último sentido que se utilizará a expressão doravante, de modo a distinguir o serviço público propriamente dito das demais atividades administrativas de natureza pública, ou seja, policia, fomento e intervenção.*
>
> *Daí a nossa definição de serviço público como toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades*

---

questão não é central para nosso trabalho. Todavia, não podemos deixar de registrar a preocupação com a possibilidade de o Estado desconstituir sua estrutura, após a transferência da execução dos serviços arrolados na lei para as organizações sociais.

[4] 4 É preciso considerar que as organizações sociais podem resultar da extinção de órgãos e/ou entidades, nos termos do 18 e seguintes da Lei n° 9.637/98.

[5] 5 O conceito de serviço público exige esforço hercúleo. Doutrina Gaspar Arinõ Ortiz que a noção tradicional de serviço público já completou seu ciclo, uma vez que o velho conceito não se ajusta aos pressupostos econômico, sociais e políticos que hoje vivemos e que a nova realidade demanda um sistema aberto em que não haveria reserva de titularidade a favor do Estado que passaria a ser da iniciativa privada, flexibilizando-se pois o regime jurídico que lhes seria aplicável. ORTIZ, Gaspar Arinô *apud* DOURADO, Maria Cristina César de Oliveira. *O repensar do conceito de serviço público.* Interesse Público, n° 9, 2001, p. 88. A posição do jurista espanhol desconsidera que o serviço público não pode ser compreendido como atividade qualquer, cujo fornecimento ou não, de forma satisfatória ou não pouco importam para o progresso social. No caso brasileiro, a supressão do "velho" conceito de serviço público, se entendido nos moldes defendidos pelo jurista espanhol, espanca o texto constitucional, porque desconsidera a importância de tal atividade como atuadora do princípio da dignidade da pessoa humana.

coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público."[6]

Celso Antônio Bandeira de Mello, após informar que o serviço público é "a prestação consistente no oferecimento, aos administrados em geral, de utilidades ou comodidades materiais (como água, luz, gás, telefone, transporte coletivo, etc) singularmente fruíveis administrados que o Estado assume como próprias, por serem reputadas imprescindíveis, necessárias ou apenas correspondentes a conveniências básicas da Sociedade, em dado tempo histórico", acrescenta a este "substrato material" o "substrato formal" exigindo que a atividade, para ser conceituada como serviço público, "seja prestada sob regime de Direito Público"[7] .

O ilustre jurista leciona, ainda, que, diante da Constituição da República de 1988, pode-se classificar os serviços públicos em: serviços de prestação obrigatória e exclusiva do Estado (correio aéreo e serviço postal); serviços que o Estado tem a obrigação de prestar e a obrigação de conceder; serviços que o Estado tem obrigação de prestar, mas sem exclusividade (por exemplo: educação, saúde) e serviços que o Estado não é obrigado a prestar, mas, não os prestando terá de promover sua execução, mediante concessão ou permissão.

A Constituição da República, ao tratar dos serviços de educação e saúde, reconheceu à iniciativa privada o direito de desempenhá-los, não chancelando, pois, reserva para a atuação isolada do Estado.[8]

Os serviços de educação e saúde, portanto, podem ser prestados pelo Estado ou oferecidos pelo particular que, para tanto, não necessitará de delegação por parte do Poder Público.

O controle que se exerce sobre essas atividades quando desempenhadas pelo particular não transforma o executor em de legatário de serviço público.

Diversa é a situação da concessionária e do permissionário de serviço público.

A concessão e a permissão de serviço público pressupõem que a atividade entregue ao particular seja de titularidade estatal.

Logo, o desempenho do serviço público pela concessionária ou pelo permissionário só será possível se o Estado, após examinar a conveniência e oportunidade, concluir que o oferecimento da comodidade ou utilidade deve ser realizado pelo particular.

---

[6] DI PIETRO Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo.* 17 ed. São Paulo: Atlas, 2004, p.99

[7] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo.* 14 ed. São Paulo: Malheiros, p. 603.

[8] 8 Dispõem os artigos 199 e 209 da Constituição da República que os serviços de saúde e educação não são serviços de titularidade exclusiva do Estado.

Por isso, só há concessão ou permissão de serviço público quando a atividade é privativa do Estado. Quando o ordenamento jurídico não exclui da livre iniciativa determinado mister para entregá-lo ao Estado, resulta que a participação privada será, desde logo possível, sem embargo da atividade ordenadora que se manifestará, de maneira a assegurar seu correto desempenho.

Saúde e educação não são, pois, reconhecidos como serviços públicos quando oferecidos pelo particular, ou, ao menos, são serviços públicos impróprios na divisão proposta por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, para quem:

> *"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, nesse 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 do elementos do conceito de serviço público, que é a gestão, direta ou indireta, pelo Estado.* "[9]

Assim, quando estamos diante de escola particular, não se vislumbra ali a prestação de serviço público. Eventuais bolsas de estudos ou outros benefÍcios não alteram o fato de que tais entidades não agem como substitutas do Estado. O estudante quando para ali se dirige não objetiva encontrar o Estado no outro lado da relação. .

Portanto, não seria de acolher a tese que pretende reconhecer a aplicação da regra insculpida no art. 37 § 6° da Constituição da República quando agente de hospital privado causa danos a terceiros.[10] Sua atuação não objetiva substituir o Estado na prestação da atividade, a despeito do evidente interesse público de que a tarefa seja cumprida a contento.

Parece-nos que diversa é a situação das organizações sociais.

Estas pessoas jurídicas, assim reconhecidas na esfera federal, como dito, podem se voltar para as áreas de educação e saúde.

Para assumir tal mister, a "OS" celebra um pacto, um ajuste que chancela a parceria com a União.

O contrato de gestão,[11] em que as metas e objetivos a serem cumpridos pela "OS" estarão delineados, espelha o elo entre a entidade parceira e a União, chancelando a posição da primeira como executora e da segunda como reguladora da atividade.

---

[9] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. Cit. p. 107

[10] A aplicação da tese da responsabilidade objetiva, cabível em alguns casos, não teria como suporte legal a norma constitucional já citada.

[11] A expressão "contrato de gestão" já mereceu críticas uma vez que sinaliza, equivocadamente, a divergência' de interesses entre a União e a organização social.

A União, com vistas a fomentar a participação privada, está autorizada pela Lei Federal n° 9.637/98 a destinar recursos orçamentários, a ceder pessoal, e a permitir o uso de bens públicos.

Portanto, todo um conjunto de condições, todo um instrumental é disponibilizado a fim de que a organização social possa cumprir os propósitos arrolados no contrato de gestão.

Qual a razão de tamanha "boa vontade estatal"?

Justifica-se[12] o desprendimento porque a organização social não se iguala à escola particular a que fizemos referência momentos antes.

A organização social age como se o Estado ali estivesse, age em substituição ao Poder Público de forma a atender à sociedade no que se relaciona à prestação dos serviços de saúde e educação (além de outros). Se o Estado reconhece sua incapacidade de bem prestar os serviços públicos sociais e vislumbra nas organizações sociais melhor forma de fazê-lo, não há como enquadrar tais entidades no mesmo rol que abarca as demais pessoas jurídicas de direito privado cuja atuação igualmente ocorre na área dos serviços sociais, visto que estas últimas não têm o propósito de desonerar o Estado.

O programa de "publicização" em que se insere a organização social reafirma a natureza pública da atividade desenvolvida pela OS.[13] Assim, ainda que não se possa enquadrar a atividade realizada pela OS como serviço público em sentido limitado, seria de se considerá-la serviço público em sentido amplo.

A cessão de servidores, a entrega de recursos orçamentários e o uso de bem público reforçam a idéia de que não se está diante de uma entidade particular que, em face do permissivo constitucional, decide atuar na área da educação.

Tal instrumental, disponibilizado para a organização social, assim o é a fim de garantir que a atividade que o Estado deveria desempenhar (ainda que a titularidade não lhe seja exclusiva), mas que está entregue à OS, seja efetivamente empreendida.

Reforça o raciocínio a inviabilidade de metas lucrativas prevista no art. 1° da Lei n° 9.637/98 que, se examinada com olhos no texto constitucional que elegeu a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental, não pode admitir outra interpretação salvo a de que a cobrança de contraprestação, por parte das organizações sociais, está vedada.

---

[12] Como salientamos no início do trabalho, não nos motiva, no presente texto, a discussão relativa às raízes do instituto.

[13] Conforme documento do Ministério da Reforma do Estado, caderno 2, 1998, p. 15 " a desvincnlação administrativa em relação ao Estado não deve ser confundida com uma privatização de entidades da administração pública. As organizações sociais não serão negócio privado, mas instituições públicas que atuam fora da Administração Pública para melhor se aproximar de suas clientelas."

Com efeito, se a organização social nasce na esperança de solucionar as mazelas no atendimento da comunidade no que se relaciona aos serviços sociais, não se poderia admitir que, diversamente do que ocorre com o Estado, quando executa tais tarefas, a "OS" fosse exigir contraprestação.

É preciso lembrar, ainda, que as organizações sociais podem ser contratadas diretamente, nos termos do art. 24, inciso XXIV da Lei n° 8.666/93 sem que se lhes exija, portanto, a participação em disputa em que concorreriam outros prestadores.

A constitucionalidade do referido art. 24, inciso XXIV está condicionada à não cobrança de contraprestação por parte das organizações sociais. A faculdade de se travar contrato com a organização social, sem que antes se implemente prévia competição entre eventuais interessados, somente se justifica se esta entidade realmente não se confundir com as demais igualmente atuantes em determinada área. Se esta não é a situação seria inadmissível conferir tratamento diferenciado à organização social.

A hipótese tratada no art. 24 inciso XXIV não é tão diversa da prevista no inciso VIII do mesmo artigo. Por óbvio que não se desconhece o fato de a OS não integrar a Administração Indireta, mas o espírito que alimenta os dispositivos é o mesmo: não faz sentido realizar licitações se há entidade auxiliar do ente político capaz de desenvolver a atividade.

Ademais, cabe ressaltar que a organização social deverá nos termos do art. 7° atuar em consonância com os princípios da impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade, entre outros.

O art. 17 da referida lei, por sua vez, fixa a necessidade de regulamento que definirá as diretrizes a serem seguidas quando as organizações sociais desejarem contratar terceiros.

Sobre elas se impõe o dever de publicar relatórios financeiros e de execução do contrato de gestão (art. 2°, I, f). O contrato de gestão, por outro lado, assinalará metas a serem cumpridas, indicará critérios para a aferição de tetos para despesas com remuneração e vantagens, nos termos do art. 16.

E mais: 20 a 40% dos membros natos do Conselho de Administração, órgão direcionador da entidade que, entre outras tarefas, aprova a alteração dos estatutos e a extinção da entidade, de acordo com o art. 4°, VII**,** serão representantes do Poder Público. Identifica-se, pois, a presença do Poder Público também na condução da entidade.

A este respeito, Maria Tereza Fonseca Dias pontua que:[14]

Apesar de ser intenção do Programa de Reforma Administrativa gerencial possibilitar uma parceria muito mais efetiva entre sociedade e Estado, a participação popular não está explícita nos instrumentos que instituíram as

[14] 14 DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito Administrativo Pós-Moderno.* Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p.- 243.

regras de criação das Oss, nem no contrato de gestão celebrado com a Associação de Comunicação Educativa Roquette Pinto- A CERP. "

As organizações sociais não podem ser tratadas simplesmente como "pessoas jurídicas de direito privado" quando o arcabouço normativo[15] que as atinge delineia de forma diversa seu substrato jurídico.

Apura-se, pois, que se a "OS" não brilha de forma isolada a luz do regime publicista, não há como desconsiderar seus reflexos.

4- A NATUREZA JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DA ORGANIZAÇÃO SOCIAL POR ATOS CAUSADOS POR SEUS AGENTES A TERCEIROS

As organizações sociais ocupam lugar peculiar que não permite defender o total repúdio ao influxo de normas publicistas.

A própria Lei n° 9.637/98, como já exposto, acaba por evidenciar tal ingerência ao mencionar a imperiosidade dos princípios que permeiam o exercício da atividade administrativa, ao exigir a criação de regulamento a direcionar as contratações, ao criar a faculdade de cessão de servidores, entre outros.

Assim, não bastassem as considerações a respeito da natureza da atividade que ali se pratica (com destaque para a saúde e a educação), a regência publicista estaria a exigir que a responsabilidade de tal entidade fosse guiada pelo disposto no art. 37 § 6° da Constituição da República.

Portanto, a conclusão a que se chega não se alicerça apenas na tese que ora se defende quanto à natureza da atividade realizada pela organização social. A análise sistemática da Lei Federal n° 9.637/98 nos leva a idêntico raciocínio.

Importa destacar que a posição que ora se defende encontra ressonância em abalizadas vozes da doutrina.

Marçal Justen Filho ensina:[16]

Suponha-se que um paciente sofra dano nas instalações de um hospital transferido a organização social através de contrato de gestão. Não é cabível negar a aplicação do regime da responsabilidade civil de direito público em favor do paciente. Em suma, as regras acerca da responsabilidade civil contidas no art. 37, § *6° da CF/88 serão aplicáveis no curso da atividade desenvolvida pela organização social.*

---

[15] O estudo foi realizado com base na Lei Federal n° 9.637/98

[16] JUSTEN FILHO, Marçal .*Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos.* Op. Cit. p. 35.

Juarez Freitas, por sua vez, assevera que a responsabilidade por danos causados pela organização social receberá o influxo de princípios publicistas.[17]

Não nos parece possível escapar desta conclusão: aplica-se o disposto no art. 37 § 6° da Constituição da República. Vale dizer: caso os agentes das organizações sociais, nessa qualidade, venham a causar danos a terceiros, caberá às entidades responder de forma objetiva.

Certamente que a criação do instituto "organização social" pretendia mitigar a influência do regime publicista.

Todavia, o desapego ao regime publicista que nutre o surgimento do instituto não autoriza defender a total ruptura com tal regência.

Referência Bibliográfica deste Trabalho (ABNT: NBR-6023/2000):

FORTINI, Cristiana. Organizações Sociais: natureza jurídica da responsabilidade civil das organizações sociais em face dos danos causados a terceiros. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, nº. 6, junho/julho/agosto, 2006. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: xx de xxxxxxxx de xxxx

Obs. Substituir x por dados da data de acesso ao site www.direitodoestado.com.br

Publicação Impressa:

Informação não disponível

[17] FREITAS, Juarez Op. Cit. p. 619.