AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS E AS ORGANIZAÇÕES DA
SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO:
CONSIDERAÇÕES SOBRE SEU REGIME JURÍDICO

SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA*

1. Embora com algumas diferenças, mas como evolução de projeto inicial do então MINISTÉRIO DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL E DA REFORMA DO ESTADO, foi editada a *Lei nº 9.637, de 15.05.98*, antecedida pela *Medida Provisória nº 1.591, de 09.10.97*, várias vezes reeditada, e que dispôs sobre a *qualificação* de entidades como *organizações sociais*, dentro do *Programa Nacional de Publicização*, instituído por esses atos normativos.

2. O *status de organização social* é produto de uma *qualificação jurídica*, atribuída, a *pessoa jurídica de direito privado*, pelo Poder Executivo, uma vez atendidos, por aquela, determinados requisitos e pressupostos, dos quais destacamos (arts. 1º, 2º e 3º):

a) ser entidade sem fins lucrativos, e com a obrigação de realizar investimentos de seus excedentes financeiros no desenvolvimento de suas atividades, proibida a distribuição de bens ou de parcelas do patrimônio líquido;

b) dedicar-se, com caráter altruístico, a atividades sociais, dentre as quais o ensino, a pesquisa, o desenvolvimento tecnológico e a saúde;

c) ser seu órgão de deliberação superior — a que a lei se refere como *Conselho de Administração* — integrado de representantes do Poder Público, em percentual de vinte a quarenta por cento; de vinte a trinta por cento de representantes da sociedade civil, sendo que os Conselheiros de ambas as categorias são tidos como “natos”, e devendo seu conjunto corresponder a mais de cinquenta por cento do colegiado.

* Professor Titular e Advogado no Rio de Janeiro. Desembargador Federal, aposentado. Ex-Membro do Ministério Público Estadual. Da Academia Brasileira de Letras Jurídicas e do Instituto dos Advogados Brasileiros.

2.1. A outorga da qualificação é *discricionária*, eis que resultante de juízo de “*conveniência e oportunidade*” do Ministro ou titular do órgão supervisor ou regulador da correspondente área de atividade, e do então Ministro de Estado da Administração Federal e Reforma do Estado (art. 2º, II).

2.2. A ligação da OS com o *Poder Público* se dá através da celebração de *contrato de gestão* entre eles, “com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução” das atividades relativas às áreas enumeradas no art. 1º da Lei (art. 5º).

2.2.1. Este *contrato*, “elaborado de comum acordo entre o órgão ou entidade supervisora e a organização social”, e aprovado pelo Conselho de Administração dessa e pelo Governo (art. 6º, parágrafo único), “discriminará as atribuições, responsabilidades e obrigações do Poder Público e da organização social” (art. 6º, *caput*).

2.2.2. Submetido à *principiologia público-social* (princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e economicidade), o contrato, como é próprio da espécie, estabelecerá programas de trabalho, metas e prazos de seu atingimento, índices de avaliação de desempenho, limites de despesas, assim como outras cláusulas, sendo sua execução fiscalizada pela Administração Pública (arts. 8º a 10).

2.2.3. O *descumprimento contratual*, pela OS, poderá levar à *desqualificação* dessa, pelo Poder Executivo (art. 16, e §§).

2.3. A OS pode, por outro lado, ser *destinatária de recursos orçamentários e de bens públicos* necessários à execução do *contrato de gestão* (art. 12).

Ainda mais: o Executivo poderá *ceder*, às *organizações sociais*, *servidores públicos*, “com ônus para a origem” (art. 14), sendo permitido o pagamento, pela OS, de vantagens pecuniárias adicionais (§ 1º).

2.4. As *organizações sociais* são, *ipso iure*, “declaradas como entidades de interesse social e utilidade pública, para todos os efeitos legais” (art. 11).

É, por seu turno, dispensada a *licitação* para a outorga de *permissão de uso de bens públicos* às OS (art. 12, § 3º), assim como para a celebração de *contratos de prestação de serviços* por elas à AP Federal direta, autárquica e fundacional, “para atividades contempladas no objeto do contrato de gestão”: art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666, de 21.06.93, com a redação da Lei nº 9.648, de 27.05.98 (v. item 12, adiante).

2.5. A Lei nº 9.637/98 é explícita quanto à *absorção*, pela OS, de *atividades e serviços públicos extintos*, inclusive na área da saúde e no âmbito radiofônico e de televisão educativa (arts. 18, 19 e 22).

Desde logo, extinguiu o *Laboratório Nacional de Luz Sincrotron*, órgão integrante da estrutura do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico — CNPq; e a *Fundação Roquette Pinto*, entidade vinculada à Presidência da República. Ao mesmo tempo, ficou o Poder Executivo autorizado (art. 21, § 3º) a qualificar como *organizações sociais*, e *absorver* as atividades desempenhadas pelas citadas entidades extintas, as pessoas jurídicas de direito privado indicadas no Anexo I da Lei: a *Associação Brasileira de Tecnologia de Luz Sincrotron — ABTLUS* e a *Associação de Comunicação Educativa Roquette Pinto — ACERP*.

3. Em entrevista ao JORNAL DO BRASIL (23.11.97), o então Ministro BRESSER PEREIRA declarou:

“Quando se trata de serviços sociais, serviços científicos como hospitais, universidades, escolas, museus, jardins zoológicos, orquestras sinfônicas — áreas muito importantes que o Estado tem obrigação de financiar, mas nenhuma razão para dirigir diretamente — criam-se as entidades públicas não-estatais. Aqui no Brasil estamos chamando de Organizações Sociais. Na Inglaterra foram chamadas de ‘Quango’ (‘Quasi non Governmental Organizations’), que é uma organização quase não-governamental. Ela é uma organização híbrida entre a organização estatal e a organização privada de interesse público.”

3.1. Consideremos que — peculiaridades do Direito Anglo-saxão à parte — não se reveste, *permissa maxima venia*, de cientificidade (seja pelo ângulo da Ciência do Direito, seja pelo da Ciência da Administração) uma classificação que tem por objeto uma espécie de ente que, “quase não sendo governamental”, “quase, *tam-pouco*, é governamental”.

A exatidão científica exclui, pelo *princípio da não-contradição* (nada pode ser e deixar de ser ao mesmo tempo), as categorizações *híbridas*.

3.2. Destarte, na caracterização da natureza das *instituições sociais*, essas, ou são *governamentais*, ou integram os entes da *sociedade civil*: ou são do conjunto dos *governantes* ou dos *governados*.

4. Pela sistemática constitucional, são *governamentais* os *Poderes Públicos*, incluídos o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, assim como as *instituições de provedoria de justiça*, dentre as quais o Ministério Público.

4.1. São também *Governo*, nos termos do disposto no art. 37 da Constituição Federal, as respectivas *Administrações Públicas*, que se compõem dos órgãos da *Administração Direta*, despersonalizada; das *pessoas jurídicas* da *Administração Indireta*: *autarquias*, de direito público; e *empresas públicas* e *mistas*, assim como *fundações públicas*, de direito privado.

4.2. Integram, ainda, o *setor governamental* as *entidades paradministrativas* ou de *cooperação*, sob *controle* da União, consoante o estatuído pelo inciso XX, 1ª parte, do art. 37 da CF. Podem ser de *direito público*, como as universidades públicas; ou de *direito privado*, como as empresas paradministrativas.

5. Todas as demais *instituições* são *governadas*, pertencem ao *setor privado*, mesmo que tenham, em seu capital ou administração, a *participação do Poder Público*, conforme previsto na 2ª parte do inciso XX do art. 37 da CF.

5.1. São, igualmente, *particulares* as entidades do seio da *sociedade civil* e do *setor privado* da *economia*, que *colaboram* com o Poder Público, isto é, aquelas que, por *delegação*, por *autorização* ou *permissão*; ou, ainda, por *aproveitamento oficial* da respectiva atividade, participam da execução da *atividade pública*.

Neste conjunto estão, dentre outros, os concessionários e permissionários de serviços públicos; os contratados em geral da Administração Pública; as entidades de previdência privada complementar.

6. As recém-criadas *organizações sociais* não são *governamentais*: identificam-se como entes do *setor privado*, *pessoas jurídicas particulares*, as quais, uma vez que recebam o selo da qualificação como OS, se fazem *entidades de colaboração do Poder Público*.

Pela *descentralização por colaboração*, conforme salientado, a *pessoa política delega a terceiros* (particulares, pessoas físicas ou jurídicas, ou pessoas de outras administrações ou paradministrações públicas) ou lhes *permite* o exercício de encargo público, ou *aproveita* a atividade dos mesmos como auxiliares da atuação da administração pública.

Os *terceiros* a que se refere este item passam a *colaboradores da administração pública*.

A *descentralização por colaboração* é de índole objetiva, funcional, eis que descentralizada é somente a atividade, que passa a terceiros.

6.1. A primeira característica, na fixação da *identidade* das OS, é que, como assinalado, o *status* de *organização social* advém de uma *qualificação*, de uma forma, portanto, de *habilitação*, que pode ser *cassada* (arts. 1º e 16, e §§), sem que a pessoa jurídica deixe de existir, podendo vir a desenvolver atividades outras.

Com efeito, na entrevista anteriormente citada, explicita o Ministro:

“Organização social não é, na verdade, um tipo de entidade pública não-estatal, mas uma qualidade dessas entidades, declarada pelo Estado.”

6.2. Ademais, inexistente *vinculação administrativa legal* entre a OS e o *Poder Público*.

Com efeito, o *inter-relacionamento* entre os dois se dá, como assinalado, através da celebração do *contrato de gestão*, cujo objeto é, exatamente, “a formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas relacionadas no art. 1º” da Lei nº 9.637/98.

É esta UMA manifestação da chamada *contratualização do Direito Administrativo*, com a identificação da *administração concertada*, em lugar de meramente *imperativa*.

6.3. A presença do *Poder Público* na *administração* da entidade; a possibilidade de *cessão de servidores*; de *permissão de uso de bens públicos* e de *destinação de recursos orçamentários* não subvertem a índole *particular* da instituição; não a faz *governamental*.

Assim, concessionários sempre puderam utilizar bens do domínio público.

É certo, porém, que a possibilidade de cessão de servidores, com ônus para o Poder Público cedente, em favor de instituições particulares, é novidade, podendo, aliás, vir a ser questionada a validade desse permissivo.

6.4. Outrossim, a própria atribuição automática dos títulos de *interesse social* e de *utilidade pública* mostra que não são as OS entes *governamentais*, a cuja própria natureza são ínsitas tais titulações.

7. Ponto fundamental a ser considerado é que a finalidade central da criação da figura das *organizações sociais* é a *transplantação, para o setor privado*, da execução de *serviços sociais*, nas áreas indicadas pela Lei: são elas instrumentos da *privatização do social*.

Como assinalou o Ministro BRESSER PEREIRA, na entrevista já referida,

“uma vez definidas as políticas, as funções exclusivas de Estado, que envolvem o poder do Estado, se criam as agências executivas — mais autônomas, mais descentralizadas, mas ainda com servidores públicos estatutários ocupando os cargos de comando.

Quando se trata de serviços sociais, serviços científicos, como hospitais, universidades, escolas, museus, jardins zoológicos, orquestras sinfônicas — áreas muito importantes que o Estado tem obrigação de financiar, mas nenhuma razão para dirigir diretamente — criam-se as entidades públicas não-estatais.”

E, conforme citado, assim concluiu quanto à OS:

“Ela é uma organização híbrida entre a organização estatal e a organização privada de interesse público.”

7.1. É, em verdade, estranho que se sustente que universidades, museus, não devem ser geridas pelo Poder Público, o que denuncia o antes assinalado objetivo de privatizar o social, e, mais ainda, financiada pelo Poder Público.

7.2. Ademais, conforme também sublinhado, não se trata, tão-somente, de transferência de administração, mas de extinção do órgão, ou entidade governamental, com entrega da atividade e cessão de bens e de servidores, onerando o Estado.

8. Mais uma vez, surge a caracterização, pouco científica, da OS como instituição “híbrida”, entre o estatal e o privado.

8.1. Nesta linha, rotulam-se as mesmas como “entidades públicas não-estatais”. Também aqui, há uma ‘*contradictio in terminis*’.

Com efeito, público significa estatal, como, de há muito, nos ensina FRANCESCO FERRARA (“Pubblico vuol dire statale”, *Le Persone Giuridiche*, Turim, 1938, p. 115; *Teoria delle Persone Giuridiche*, Turim, 2ª ed., 1923, p. 750), eis que pessoas públicas são aquelas que detêm uma parcela de *ius imperii*, tendo os caracteres e prerrogativas exclusivos e essenciais do Estado.

8.2. Este tópico é de decisiva relevância na compreensão da figura das OS.

Em exposição sob o título *Uma Reforma Gerencial da Administração Pública no Brasil* (fevereiro de 1997), o mesmo Ministro BRESSER PEREIRA expôs (p. 20/21):

“Já a modernização ou o aumento da eficiência da administração pública será o resultado a médio prazo de um complexo projeto de reforma, através do qual se buscará a um só tempo fortalecer a administração pública direta ou o ‘núcleo estratégico do Estado’, e descentralizar a administração pública através da implantação de ‘agências executivas’ e de ‘organizações sociais’ controladas por contratos de gestão.”

Para os serviços não-exclusivos (escolas, hospitais, centros de pesquisa, museus), aponta, como fenômeno descentralizador, o da publicização, cuja institucio-

nalização se dá, através das *organizações sociais*, como forma de administração gerencial e de propriedade pública não-estatal.

8.3. Em verdade, a concepção toma o vocábulo público no sentido de social: aquilo que, embora privado, é de relevância coletiva, ou, como se diz também, de relevância pública (cf. art. 197 da CF).

Nesta linha, não se menciona o *Direito Social* — a grande contribuição da moderna Ciência do Direito —, certamente por posicionamento ideológico. E conclui o Ministro (p. 24):

“Estou reconhecendo este fato, ao considerar a propriedade pública não-estatal como regida pelo Direito Privado; ela é pública do ponto de vista dos seus objetivos, mas privada sob o ângulo jurídico.”

8.3.1. Como vemos, não se rotula este subconjunto como social — termo que não pôde ser afastado, porém, da designação *organizações sociais* —, mantendo-se a tricotomia híbrida, *público estatal*, *público não-estatal* e *privado*. Expõe o Ministro (p. 28):

“Em outras palavras, a proposta não é a de continuar no processo cíclico que caracterizou a administração pública brasileira, alternando períodos de centralização e de descentralização, mas a de, ao mesmo tempo, fortalecer a competência administrativa do centro e a autonomia das agências executivas e das organizações sociais. O elo de ligação entre os dois sistemas será o contrato de gestão, que o núcleo estratégico deverá aprender a definir e controlar, e as agências e organizações sociais, a executar.

A proposta de reforma do aparelho do Estado parte da existência de quatro setores dentro do Estado: (1) o núcleo estratégico do Estado, (2) as atividades exclusivas de Estado, (3) os serviços não-exclusivos ou competitivos, e (4) a produção de bens e serviços para o mercado.

No núcleo estratégico são definidas as leis e políticas públicas. É um setor relativamente pequeno, formado no Brasil, em nível federal, pelo Presidente da República, pelos ministros de Estado e a cúpula dos ministérios, responsáveis pela definição das políticas públicas, pelos tribunais federais encabeçados pelo Supremo Tribunal Federal; e pelo Ministério Público. Em nível estadual e municipal existem correspondentes núcleos estratégicos. As atividades exclusivas de Estado são aquelas em que o ‘poder de Estado’, ou seja, o poder de legislar e tributar, é exercido. Inclui a polícia, as forças armadas, os órgãos de fiscalização e de regulamentação, e os órgãos responsáveis pelas transferências de recursos, como o Sistema Unificado de Saúde, o sistema de auxílio-desemprego etc.

Os serviços não-exclusivos ou competitivos do Estado são aqueles que, embora não envolvendo poder de Estado, o Estado realiza e/ou subsidia porque os considera de alta relevância para os direitos humanos, ou porque envolvem economias externas, não podendo ser adequadamente recompensados no mercado através da cobrança dos serviços.

Finalmente, a produção de bens e serviços para o mercado é realizada pelo Estado através das empresas de economia mista, que operam em setores de serviços públicos e/ou em setores considerados estratégicos.”

8.3.2. Pormenoriza, em outro trecho, BRESSER PEREIRA (p. 26), com os tradicionais *hibridismos*:

“Na União, os serviços não-exclusivos de Estado mais relevantes são as universidades, as escolas técnicas, os centros de pesquisa, os hospitais e os museus. A reforma proposta é a de transformá-los em um tipo especial de entidade não-estatal, as organizações sociais. A idéia é transformá-los, voluntariamente, em ‘organizações sociais’, ou seja, em entidades que celebrem um contrato de gestão com o Poder Executivo e contém com autorização do Parlamento para participar do orçamento público. Organização social não é, na verdade, um tipo de entidade pública não-estatal, mas uma qualidade dessas entidades, declarada pelo Estado.

O aumento da esfera pública não-estatal aqui proposto não significa em absoluto a privatização de atividades do Estado. Ao contrário, trata-se de ampliar o caráter democrático e participativo da esfera pública, subordinada a um Direito Público renovado e ampliado.

.....
A transformação dos serviços não-exclusivos de Estado em propriedade pública não-estatal e sua declaração como organização social se fará através de um ‘programa de publicização’, que não deve ser confundido com o ‘programa de privatização’, na medida que as novas entidades conservarão seu caráter público e seu financiamento pelo Estado. O processo de publicização deverá assegurar o caráter público mas de direito privado da nova entidade, assegurando-lhes, assim, uma autonomia administrativa e financeira maior. Para isto será necessário extinguir as atuais entidades e substituí-las por fundações públicas de direito privado, criadas por pessoas físicas. Desta forma se evitará que as organizações sociais sejam consideradas entidades estatais, como aconteceu com as fundações de direito privado instituídas pelo Estado, e assim submetidas a todas as restrições da administração estatal. As novas entidades receberão por cessão precária os bens da entidade extinta. Os atuais servidores da entidade transformar-se-ão em uma categoria em extinção e ficarão à disposição da nova entidade. O orçamento da organização social será global; a contratação de novos empregados será pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho; as compras deverão estar subordinadas aos princípios da licitação pública, mas poderão ter regime próprio. O controle dos recursos estatais postos à disposição da organização social será feito através de contrato de gestão, além de estar submetido à supervisão do órgão de controle interno e do Tribunal de Contas.”

8.4. PAULO EDUARDO GARRIDO MODESTO, na qualidade de Assessor Especial do MARE, em texto apresentado ao II Congresso Interamericano sobre a

Reforma do Estado e da Administração Pública (Venezuela, outubro de 1997), sob o título *Reforma Administrativa e Marco Legal das Organizações Sociais no Brasil* (“As Dúvidas dos Juristas sobre o Modelo das Organizações Sociais”), divulgado pela Editora NDJ no 5º Seminário Nacional de Direito Administrativo (Recife, 15.10.97), indica os pontos sobre os quais tem havido discussão em torno das OS: (a) possibilidade e natureza jurídica das mesmas; (b) se prestariam *serviços públicos* ou *atividades privadas*; (c) se constituiriam formas de *privatização de entes públicos*; (d) se a *cessão de bens e recursos públicos* exigiriam *prévia licitação*; (e) qual o *regime jurídico de apoio* que lhes emprestará o Poder Público; e (f) e quais as diferenças das tradicionais *entidades privadas de utilidade pública* e dos *particulares que prestam serviços à Administração Pública* mediante *contrato*, em regime de *terceirização*.

8.4.1. Reconhecendo a ausência de definição legal de OS (p. 05), oferece uma de caráter “operacional”:

“As organizações sociais são pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, voltadas para atividades de relevante valor social, que independem de concessão ou permissão do Poder Público, criadas por iniciativa de particulares segundo modelo previsto em lei, reconhecidas, fiscalizadas e fomentadas pelo Estado.”

Desde logo, devemos observar que, como indicado, a *Fundação Roquette Pinto*, sucedida pela ACERP, na qualidade de OS, desenvolvia atividades no setor de rádio e televisão, e, portanto, objeto de concessões e permissões.

8.4.2. Prossegue PAULO MODESTO, sempre na linha híbrida:

“Em sentido abrangente, as organizações sociais representam uma forma de parceria do Estado com as instituições privadas de fins públicos (perspectiva ex parte princeps) ou, sob outro ângulo, uma forma de participação popular na gestão administrativa (perspectiva ex parte populi).”

8.4.3. Sublinha, no mesmo sentido já apontado, que não se trata de “um novo tipo de pessoa privada”, mas *fundações* ou *associações* particulares, possuidoras de um *título jurídico especial*, uma *qualidade jurídica*.

8.4.4. Classifica-as como *instituições do Terceiro Setor*, pessoas jurídicas *particulares, auxiliares do Estado* na persecução de atividades de relevante interesse coletivo, não sendo entidades “criadas por lei e encartadas na estrutura da administração pública”.

Enquadra-as como entidades que “podem ser descritas como entes privados que *colaboram com a Administração*, mas que com ela não se identificam”. E, para honra nossa, cita terminologia que adotamos em tese de 1972, “*descentralização por colaboração*”; bem como a de DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, “*descentralização social da administração*”.

8.4.5. Acaba, no entanto, por modificar esse entendimento, afastando, já agora, a noção de *descentralização*, eis que, segundo o Assessor, não há *delegação de atividades reservadas ou exclusivas do Poder Público* (art. 175 da CF), mas “*ação autônoma e em nome próprio dos particulares (ensino, saúde, pesquisa, desporto etc.)*”, incorrendo “*transferência de execução de atividade*”, de “*funções*”. Não estariam em jogo *serviços públicos*, embora se trate de atividades que afetam *relevantes interesses coletivos* (lembramos, uma vez mais, a situação da TVE).

8.4.6. Sustenta, porém, que não há *privatização*, porque inexistente *transferência de domínio*, mas, apenas, *permissão de uso de bens públicos*.

Destaca, com efeito, que as OS “*poderão utilizar bens materiais e recursos humanos de entidades extintas do Estado*”; e que têm legitimidade para “*absorver atividades e contratos de entidades extintas*”.

Reconhece, todavia, na linha já gizada, que há *absorção*, pelas entidades qualificadas, de *atividades e recursos de entes estatais extintos por lei, ex vi* do art. 37, XIX, da Constituição Federal e do princípio da “*paridade das formas*”: se, para criar entidades administrativas, é necessária lei específica, segundo o dispositivo constitucional referido, também o é a respectiva extinção.

8.4.7. Salienta, ademais, que, embora espécie do mesmo gênero das *entidades de utilidade pública*, com as quais têm, juridicamente, expressivas semelhanças e traços comuns (e.g., iniciativa privada voluntária na sua criação; a afetação a uma finalidade de interesse público), as OS dessas diferem: de um lado, pelas *maiores restrições e vigilância estatal*, com a participação necessária do Estado em sua organização, e, de outro, pelos *maiores benefícios e vantagens*, embora não tenham *prerrogativas de direito público*.

9. Os dados históricos apresentados e as manifestações do próprio Governo evidenciam que o objetivo central das OS é sucederem entidades ou órgãos administrativos, a serem extintos, para ensinar a absorção, pelos mesmos (art. 22) de suas atividades e serviços por aquelas.

9.1. É de tomar-se, portanto, “*cum grano salis*”, como já reiterado, a noção de *publicização*, que dá nome ao próprio *Programa* e ao *processo* de que são instrumentos as *organizações sociais*.

9.2. É que se insiste em que a fenomenologia ligada às OS é de *publicização*, e não de *privatização*.

9.2.1. Na referida publicação oficial do extinto MARE, sob o título *Publicização & Organizações Sociais* (“Foco no Cidadão — Ênfase em Resultados — Controle Social — Flexibilidade”), lê-se (p. 03):

“O PROCESSO DE PUBLICIZAÇÃO

‘Publicização’ refere-se à produção não-estatal de bens públicos, por entidades situadas no âmbito do denominado terceiro setor (setor de serviços não orientado para o lucro). O projeto OS baseia-se na publicização de atividades relacionadas à produção de bens públicos realizadas por entidades estatais, ou seja, permitir sua absorção por entidades não-estatais orientadas para certas políticas públicas.

A implementação de Organizações Sociais implica em duas ações complementares: a publicização de determinadas atividades executadas por entidades estatais (que serão extintas); e a absorção destas atividades por entidades privadas qualificadas como OS, mediante contrato de gestão. Portanto, é imprópria a idéia segundo a qual organizações estatais seriam convertidas ou transformadas em OS. Atividades (não exclusivas de estado), não entidades, são publicizadas. Entidades estatais são extintas, após a publicização de suas atividades; não convertidas em OS.”

9.2.2. Há, com efeito, conforme já adiantado, forte preocupação governamental em divulgar “informações corretas contra a desinformação” (trabalho cit., p. 04), dentre as quais a de que “publicizar não é modalidade de privatização. A privatização implica na venda de patrimônio público, sobre o qual o adquirente terá absoluta autonomia para definir a finalidade que bem quiser. Publicizar implica em permissão de uso, não venda, do patrimônio público, que continua a ser público mesmo em caso de desqualificação da OS. Além do mais, a OS não terá autonomia para utilizar o patrimônio público conforme quiser, mas terá de utilizá-lo e mantê-lo para a consecução de determinados objetivos de política social definidos em contrato de gestão.”

9.2.3. Ora, a *alienação de bens públicos* é, tão-somente, uma das formas do que, genericamente, se rotula de *privatização* ou de *desestatização*.

Não se poderá, porém, dizer que extinguir *órgãos e entidades governamentais* e entregar suas *funções a instituições do setor privado*, não seja *privatizar*.

9.2.4. Aliás, a referência expressa do documento ao *Terceiro Setor* é decisiva: ele é, exatamente, uma porção do *setor privado*, por oposição ao *setor governamental*.

O *setor privado* ficaria, na classificação, dividido em duas partes: o da *atividade lucrativa*, o do *mercado*; e o *não-lucrativo*, ou *social “stricto sensu”*, o “*terceiro setor*”.

Aliás, este é caracterizado como a *área social* da realização da “*filantropia empresarial*” (cf. JOAQUIM DE ARRUDA FALCÃO, *O Empresário e o Terceiro Setor, em Cidadania Participativa — Responsabilidade Social e Cultural num Brasil Democrático*, Texto é Arte, 1995, p. 75), a que se somam os segmentos das *Organizações Não-Governamentais*, das *associações civis*, todos de caráter *particular*.

10. O processo, que identificamos, na espécie, da “*privatização do social*” fica patente, quando o art. 20 da Lei nº 9.637/98 contempla a criação, por decreto do Executivo, do *Programa Nacional de Publicização — PNP*,

“com o objetivo de estabelecer diretrizes e critérios para a qualificação de organizações sociais, a fim de assegurar a absorção de atividades desenvolvidas por entidades ou órgãos públicos da União, que atuem nas atividades referidas no art. 1º por organizações sociais”.

10.1. Desde logo, foram extintos pela Lei, como salientado, o *Laboratório Nacional de Luz Sincroton*, da estrutura do CNPq — este, *fundação pública* — e a *Fundação Roquette Pinto* — também *fundação pública* (art. 22).

As pessoas jurídicas absorventes foram a *Associação Brasileira de Tecnologia de Luz Sincroton* — *ABTLus* e a *Associação de Comunicação Educativa Roquette Pinto* — *ACERP*, as quais — o que não deixa de ser surpreendente — foram constituídas (há indicação dos respectivos registros cartorários, no *Anexo I à Lei*) antes de ter sido criada a figura das *OS*, embora, por sua própria designação, se verifique, com facilidade, que se destinam elas à absorção das atividades ainda, à época, governamentais.

10.2. Temos em mãos exemplar da Ata de Constituição e do Estatuto da citada *ACERP*.

Com efeito, essa constituição teve lugar em 11.08.97 (a edição da primeira MP é de 09.10.97), na própria sede da Fundação Roquette Pinto, na Rua Gomes Freire, 474, Lapa, no Rio de Janeiro, onde, aliás, a novel Associação tem também seu “domicílio e sede” (art. 3º do Estatuto; não obstante a minuta de estatuto-padrão proposto pelo MARE, no trabalho antes citado, indique, expressamente, que a sede da entidade a ser qualificada como *OS* deverá ser “local diferente da sede do órgão estatal a ser extinto”).

Foram *associados fundadores* o Presidente da Fundação Roquette Pinto; a Diretora de Administração e Finanças dessa fundação pública; seu Diretor Executivo; a Diretora de Tecnologia Educacional da Fundação; e o Diretor de Engenharia.

Acrescente-se que também figura na relação constante dos autos do processo de registro o nome da Coordenadora-Geral da Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República.

É objeto da *ACERP* a “operação dos canais da radiodifusão de sons e imagens”.

É curioso observar-se que o Estatuto da *ACERP* já nasceu afeiçoado ao conteúdo da futura legislação.

Destaca-se, por exemplo, a previsão como primeira fonte de recursos financeiros necessários à sua manutenção aqueles “obtidos por Contrato de Gestão firmado com a UNIÃO por meio da Secretaria de Comunicação Social e da Secretaria Geral da Presidência da República (art. 8º, I); e “por subvenções sociais que lhe forem transferidas pelo Poder Público” (inciso VII).

Outrossim, o Conselho de Administração conta com 12 (doze) representantes da Administração Pública Federal; 4 (quatro) representantes da sociedade civil; e 4 (quatro) eleitos pelos membros natos do próprio Conselho, num total de 21 (vinte e um) membros, o que veio a atender às exigências do art. 3º, I, a *a d* das MP's e da Lei.

O art. 48 do Estatuto, muito antes da existência dessas, já previa a “desqualificação” da *ACERP* como *organização social*, que já se considerava como tal, pois que estabelecia que, em caso de sua extinção, o patrimônio associativo seria incorporado ao “de *outra* Organização Social qualificada no âmbito da União”.

11. É interessante anotar que não há regulação quanto ao destino da *titularidade da função*, na hipótese de *desqualificação* da OS, mas apenas no tocante à *reversão* dos bens cujo uso foi permitido à entidade.

11.1. Grife-se, aliás, que a única hipótese de *cessação do exercício da atividade* pela OS é a sua *desqualificação*, pela *decadência* ou *caducidade*, isto é, pela perda do seu *status* jurídico, inexistindo previsão de *resgate* por *encampação*, em razão de *interesse público relevante e comprovado*.

Inexiste, tampouco, previsão de *vinculação de bens à atividade*, e, portanto, de *reversão* de bens privados, na hipótese de *desqualificação*.

11.2. Essas especulações sobre o destino da *atividade pós-desqualificação* se tornam ainda mais necessárias, na medida em que, na visão neoliberal, essas atividades não são tidas como *essenciais*, e nem mesmo próprias para serem *exercidas* pelo Estado, conforme explicitado nas manifestações governamentais citadas.

É justificável, portanto, a preocupação com que as próprias *atividades* possam vir a ser *extintas*, com a “castração do social”.

12. Gize-se que o PT e o PDT ajuizaram *ação direta de inconstitucionalidade* contra a Lei nº 9.637/98 e contra o inciso XXIV do art. 24 da Lei nº 8.666/93, com a redação dada pelo art. 1º da Lei nº 9.648/98, que autoriza a celebração de contratos de prestação de serviços com organizações sociais, mediante dispensa de licitação (v. subitem 2.4, anterior).

Foi iniciado, em 05.08.99, o julgamento da medida cautelar (ADInMC 1.923-DF) tendo o Relator, Ministro Ilmar Galvão, proferido voto no sentido de indeferir o pedido cautelar, por entender, à primeira vista, inexistir incompatibilidade da norma impugnada com CF. Após, o julgamento foi adiado em virtude do pedido de vista do Min. Nelson Jobim.

13. A *legislação*, em nível *local*, tem disposto sobre a *qualificação* de entidades como OS, do que é exemplo a Lei nº 2.177, de 30.12.98, do Distrito Federal (cf. art. 15 da Lei nº 9.637/98).

14. As *Organizações Sociais* diferem das *Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público*, figura criada pela Lei nº 9.790, de 23.03.99, regulamentada pelo Decreto nº 3.100, de 30.06.99, e objeto da Portaria nº 361, de 27.07.99, do Ministro da Justiça.

14.1. Trata-se de *qualificação* atribuível ao que a Lei rotula como “*pessoas jurídicas de direito privado*” — art. 1º —, cuidando-se, efetivamente, porém, de *pessoas do setor privado*, que, *sem fins lucrativos* — art. 1º, § 1º —, e com os *objetivos sociais* enumerados no art. 3º, não se enquadrem no elenco excludente do art. 2º, que impede a concessão do *status* a pessoas privadas integrantes da Administração Pública, como as fundações públicas (nº XI do art. 2º) e as empresas públicas e mistas (nºs. I e XIII). Até mesmo entidades paradministrativas, ou ainda particulares, criadas por órgão ou ente público, estão afastadas (nº XII).

14.2. As *qualidades de organização social* (Lei 9.637/98) e de *OSCIP* não são *cumuláveis* (art. 2º, XIII, da Lei 9.790). É que, embora ambas sejam *entes de colaboração do Poder Público*, pelo aproveitamento governamental da atividade

particular, as primeiras estão inseridas, de modo radical, no fenômeno da “privatização do social”, com extinção de unidades estatais, que substituem, participando o Governo de seus órgãos institucionais.

14.3. O título de OSCIP exige, para a plenitude da respectiva situação, a celebração e a vigência de *termos de parceria* (art. 9º da Lei 9.790) com um ou vários órgãos estatais: a titulação visa, em verdade, a ensejar essa celebração. Nos termos de parceria, discriminam-se direitos, responsabilidades e obrigações, e se estabelecem parâmetros para a fiscalização de sua execução.

Verifica-se, pois, que a qualificação é pressuposto genérico e permanente, enquanto o termo de parceria funciona para cada relacionamento com o Poder Público, tendo determinado objeto e prazo certo: art. 13, e §§, do Decreto 3.100.

14.4. A qualificação em tela é compatível, apenas por um biênio, com as de *utilidade pública* e de *finalidade filantrópica*: findo este prazo, deverá haver *opção*, pela entidade (art. 18, e §§, da Lei 9.790), o que poderá causar transtornos, sabendo-se do rigor com que o Governo tem tratado as entidades sociais. Com efeito: (a) a legislação não prevê, especificamente, qualquer vantagem no campo, sempre incerto, dos tributos e das contribuições sociais; (b) as demais qualificações, que serão excluídas, são requisito da isenção contributiva (art. 206, I e III, do Decreto 3.048/99); (c) a Lei 9.790 (art. 4º, VI) admite a remuneração de dirigentes, o que conflita com essa isenção (art. 206, VI, do Decreto 3.048/99) e com a imunidade do IR, que, aliás, é pressuposto da qualificação (art. 5º, VI, da Lei 9.790; e 170, § 3º, I, do Decreto 3.000/99). Acentue-se que a Lei 9.790 impõe o atendimento permanente, pela OSCIP, do ‘princípio da universalização dos serviços’, requisito cujo conteúdo tem de ser adequadamente configurado, para se evitarem os questionamentos que, na área fiscal, as entidades têm enfrentado, inclusive judicialmente, em face da exigência da ‘generalidade’ quanto aos destinatários de suas atividades. Questão análoga decorre da caracterização da ‘promoção gratuita da educação e da saúde’ (arts. 3º, III e IV, da Lei; 6º, II e §§ 1º e 2º do Decreto 3.100).

14.5. Não se contempla, outrossim, dispensa específica de licitação na contratação da OSCIP (cf. art. 24, XXIV, da Lei 8.666/93, para as OS; e art. 1º da Lei 8.958/94, para as fundações de apoio). O Decreto 3.100, mero diploma regulamentar, prevê (art. 23), porém, *concurso público* para a escolha de OSCIP, objetivando a celebração de termo de parceria, na busca de entidade fornecedora de bens e serviços e “para a realização de atividades, eventos, consultorias, cooperação técnica e assessoria”.

14.6. Os pontos exemplificativamente assinalados evidenciam que a disciplina jurídica da situação de OSCIP necessita de aperfeiçoamento, quanto a aspectos fundamentais, a fim de que seja formatado por completo o respectivo regime, e se dêem, à qualificação, efetiva segurança e real valia.

15. A OSCIP tem sido identificada como a “institucionalização do Terceiro Setor” (v. JOSÉ EDUARDO SABO PAES, *Fundações e Entidades de Interesse Social*, Brasília Jurídica, 1999, p. 66/67; *Cidadania Participativa: Sociedade Democrática e o Papel do Terceiro Setor*, Seminário Internacional, Rio, Texto e Arte,

1995; *Terceiro Setor: Uma agenda da Reforma do Marco Legal*, ANNA CYNTHIA OLIVEIRA, Comunidade Solidária, 1997).

Registramos nossas cautelas com a rígida tripartição da sociedade entre Governo, mercado e Terceiro Setor, e que entrega o *social* (o decantado 'público não-estatal'), em grande parte, à "filantropia empresarial", retirando da área o *Poder Público*, como *sujeito ativo*, eis que o *estatal* fica em contraste com o *público* e o *privado*.

Mas este é outro debate, a ser tratado em futuro estudo. Por enquanto, reportamo-nos a nosso *Direito Fundacional e o Terceiro Setor*, palestra no IV Seminário Estadual de Fundações de Direito Privado e de Direito Público, e reproduzida em *Fundações*, revista da Promotoria Especializada de Fundações de Belo Horizonte (nº 04, junho de 1997).