

© 2013 by Editora Atlas S.A.

Capa: Nilton Masoni
Composição: Formato Serviços de Editoração Ltda.



Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Di Pietro, Maria Sylvia Zanella
Direito privado administrativo / Maria Sylvia Zanella Di Pietro,
organizadora. -- São Paulo: Atlas, 2013.

Vários autores.

Bibliografia.

ISBN 978-85-224-8063-0

1. Direito administrativo 2. Direito administrativo – Brasil 3. Direito
privado 4. Direito privado – Brasil I. Di Pietro, Maria Sylvia Zanella.
II. Título.

13-06161

CDU-347

Índice para catálogo sistemático:

1. Direito privado 347

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS – É proibida a reprodução total
ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio. A violação dos
direitos de autor (Lei nº 9.610/98) é crime estabelecido pelo artigo 184
do Código Penal.

Depósito legal na Biblioteca Nacional conforme Lei nº 10.994,
de 14 de dezembro de 2004.

Impresso no Brasil/Printed in Brazil



Editora Atlas S.A.
Rua Conselheiro Nébias, 1384
Campos Elísios
01203 904 São Paulo SP
011 3357 9144
atlas.com.br

- 4 O abuso de direito no ordenamento jurídico pátrio, 355
 - 5 O abuso de direito – ato lícito ou ato ilícito ou uma nova espécie?, 357
 - 6 Abuso de direito – responsabilidade objetiva ou responsabilidade subjetiva?, 358
 - 7 O abuso de direito e a responsabilidade objetiva do Estado, 360
 - 8 Conclusão, 361
-
- 22 **A Incidência do Direito Público sobre as Organizações da Sociedade Civil sem Fins Lucrativos** (*Paula Raccanello Storto*), 362
 - 1 Introdução, 362
 - 2 Dicotomia entre direito público e direito privado, 362
 - 3 A natureza jurídica de direito privado das organizações da sociedade civil, 363
 - 4 Apontamentos sobre a liberdade de associação e de auto-organização das associações como direito fundamental, 367
 - 5 Histórico recente da interação entre as organizações da sociedade civil e o Estado, 369
 - 6 O desafio de regulamentar as relações de contratualização, 371
 - 7 Considerações Finais, 374
-
- 23 **Bens Privados Afetados à Prestação de Serviços Públicos: Conceitos, Regimes, Modulações e Funções** (*Pedro do Carmo Baumgratz de Paula*), 376
 - 1 Introdução, 376
 - 2 O conceito jurídico de serviço público na atualidade – o que é e para que serve?, 377
 - 2.1 O conceito tradicional e as origens da doutrina clássica, 377
 - 2.2 As limitações do modelo clássico e a nova realidade, 380
 - 3 Bens públicos e bens privados: critérios legais de distinção, regimes jurídicos e a noção de afetação, 382
 - 3.1 Critérios legais de distinção e regimes jurídicos, 382
 - 3.2 Afetação: natureza e consequências jurídicas, 383
 - 4 Análises de casos, 385
 - 4.1 A aplicação do “regime jurídico de direito público” à ECT, 385
 - 4.2 A penhorabilidade de bens não diretamente destinados à prestação do serviço público – MetroSP, 386
 - 4.3 O compartilhamento obrigatório de redes – Lei Geral de Telecomunicações, 387
 - 4.4 Fundo garantidor e garantias públicas na lei de PPPs, 388
 - 5 Conclusões, 390
-
- 24 **O Regime da Concorrência no Serviço Público: Exceção ou Regra?** (*Rafael Dias Côrtes*), 391
 - 1 Introdução, 391

A Incidência do Direito Público sobre as Organizações da Sociedade Civil sem Fins Lucrativos

Paula Raccanello Storto¹

1 Introdução

As discussões acerca da dicotomia entre o público e o privado se renovam a cada dia, mas nos últimos anos ganharam especial destaque na área do Direito.

Neste artigo pretendemos apresentar algumas informações acerca do impacto dessas mudanças sobre as organizações da sociedade civil, a partir da análise de sua natureza jurídica de direito privado e da incidência do direito público sobre essas organizações, decorrente das diversas formas de interação entre essas entidades e o Estado. Trataremos, ainda, de estudos recentes que trazem propostas de alteração legislativa relacionadas à matéria, no sentido de demonstrar a fundamental importância do estudo da incidência do direito público na regulamentação das relações entre Estado e entidades privadas sem fins lucrativos.

2 Dicotomia entre direito público e direito privado

O sempre impreciso limite entre o público e o privado não se torna mais claro quando utilizamos a tutela do interesse em questão como critério de separação entre essas esferas. Isso porque o Estado Democrático de Direito visa proteger simultaneamente todos os direitos e interesses, fazendo com que a chamada ascendência da esfera social seja determinante para as recentes mudanças na dicotomia público-privada, na medida em que o “interesse social” representaria a junção dos interesses individuais e coletivos, construindo

¹ Advogada em São Paulo. Mestranda pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professora de Direito nos cursos de especialização em Gestão de Projetos Sociais do COGEAE-PUC/SP e do SENAC-SP. Pesquisadora do NEATS/PUC-SP – Núcleo de Estudos Avançados em Terceiro Setor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

objetivos comuns ao Estado e à sociedade, com a adoção de condutas e políticas participativas para a concretização do interesse público.

A privatização do direito público e a constitucionalização do direito privado também são fenômenos que corroboram a dificuldade da distinção entre o público e o privado e a tendência à diminuição dos limites entre esses domínios, valorizando-se a concretização de direitos garantidos em que as esferas do público e do privado sejam complementares.

Essa concepção dialoga também com a proposta de um Estado Social de Direito voltado à implementação dos direitos humanos de seus cidadãos, direitos estes indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados.

Na visão de Maria Sylvia Zanella Di Pietro,² a

Constituição Federal de 1988 adota os princípios do Estado Social de Direito, fundado na dignidade da pessoa humana e nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e confirmado no artigo 3º, que atribui à República, entre outros objetivos, o de garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação [...].

Segundo João Antunes dos Santos, ao analisar os impactos dos direitos fundamentais no direito administrativo,³ essa concepção faz nascer em cada indivíduo o direito subjetivo à satisfação de seus direitos fundamentais, bem como a obrigação do Estado de implementar políticas públicas voltadas à sua universalização, para toda a coletividade; e esse direito administrativo diretamente impactado pelos direitos fundamentais é marcado pela importância atribuída a determinados princípios, como os da boa administração e da organização, entre outros.

Essa aparente mudança de paradigma tem provocado – e vai continuar provocando – mudanças na forma como o Estado se relaciona com a sociedade civil e suas organizações, com especial destaque para o intercâmbio entre normas de direito público e de direito privado aplicáveis a essas relações.

3 A natureza jurídica de direito privado das organizações da sociedade civil

As organizações da sociedade civil costumam ser identificadas como aquelas que integram o chamado terceiro setor. Terceiro setor é uma expressão que define um setor da

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

³ SANTOS NETO, João Antunes dos. *O impacto dos direitos humanos fundamentais no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

economia a partir do resultado da interação de *agentes* em razão dos *interesses* que perseguem, normalmente caracterizado na doutrina como a *atuação de agentes privados (particulares), para alcance de finalidade pública (coletiva)*.

Assim, o conceito de terceiro setor necessariamente passa pela sua oposição com relação ao setor público (o primeiro setor, ou Estado, no qual agentes públicos atuam em prol do interesse público) e ao setor privado (segundo setor, ou *mercado*, formado por agentes privados que atuam para satisfação de interesses privados).

Para o sociólogo Rubem César Fernandes,⁴ o conceito de terceiro setor é uma das combinações resultantes da conjunção entre o universo público e o privado: “*Ou seja, o conceito denota um conjunto de organizações e iniciativas privadas que visam à produção de bens e serviços públicos [...] não geram lucros e respondem a necessidades coletivas.*”

Terceiro setor este que, na opinião de Rubens Naves,⁵ desempenha “*atividades espontâneas, não governamentais e não lucrativas, de interesse público, realizadas em benefício geral da sociedade e que se desenvolvem independentemente dos demais setores, embora deles possa (ou deva) receber colaboração*”.

Nesse ponto é importante frisar o caráter privado das entidades do terceiro setor e a sua atuação independente de qualquer colaboração do Estado, como entidades típicas de uma sociedade civil organizada que atua de forma crítica e independente, fazendo pressão pública e exercendo o controle social sobre as atividades governamentais.

Por essa razão, existe corrente que prefere utilizar a terminologia *organizações da sociedade civil*, na medida em que a expressão *terceiro setor* (embora já consolidada na área do Direito e da Administração) estaria excessivamente associada ao processo da Reforma do Estado, passando a percepção de que essas entidades necessariamente atuam como um braço do Estado, ou que tenham sido criadas para o fim de servir como instrumento de transferência, delegação ou “terceirização” de atividades da Administração Pública.

Há ainda quem entenda que a expressão *terceiro setor* abarque a ideia de que nesse segmento da economia haveria uma espécie de competência residual, segundo a qual ao terceiro setor caberia atuar nas questões sociais e nas políticas públicas, quando as empresas e o Estado não o façam (ou não se interessem em fazê-lo) de forma satisfatória.

A expressão *organizações da sociedade civil* foi adotada por um conjunto de entidades e movimentos bastante representativos do segmento, numa articulação criada no ano de 2010 em torno de um novo marco regulatório para essas entidades: a Plataforma por um Novo Marco Regulatório para as Organizações da Sociedade Civil.⁶ De igual forma, a Secretaria Geral da Presidência da República utilizou-se da expressão ao formalizar o Grupo de Trabalho instituído pelo Decreto nº 7.568/2011, formado por representantes de órgãos

⁴ FERNANDES, Rubem César. Privado, porém público: o terceiro setor na América Latina. 3. ed. CIVICUS, 2002. Versão em português S/i: Prol, 1995, p. 33.

⁵ NAVES, Rubens. Terceiro Setor e suas Perspectivas, *Cadernos de Pesquisa*, v. 7, nº 2, Universidade de Caxias do Sul, 1999.

⁶ Sobre a Plataforma há mais informações em <<http://www.plataformaosc.org.br/>>. Acesso em: 1º dez. 2012.

públicos e organizações da sociedade civil, destinado a propor alterações legislativas ao denominado “Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil”.

Assim, apesar de não ser nossa pretensão neste trabalho fixar um entendimento sobre a expressão mais adequada para se referir a essas entidades, optamos por utilizar a designação de “organizações da sociedade civil”. O fizemos em razão de sua abrangência, capaz de abarcar toda a diversidade e heterogeneidade do segmento, inclusive, aquelas entidades que não estabelecem, e nem pretendem estabelecer, qualquer tipo de relação ou atuação conjunta com o Estado.

Ao buscar delimitar o universo das organizações da sociedade civil, a FASFIL – Fundações Privadas e Associações sem Fins Lucrativos –, última grande pesquisa nacional sobre o segmento, realizada em 2005⁷ em parceria entre IBGE, IPEA, ABONG e GIFE, utilizou-se dos seguintes critérios, propostos pela COPNI – *Classification of the Purpose of Non-Profit Institutions Serving Households*, da ONU: (i) privadas; (ii) sem fins lucrativos; (iii) institucionalizadas; (iv) autoadministradas; e (v) voluntárias.

Sobre os critérios acima elencados é interessante destacar que o caráter essencialmente privado dessas entidades tem como premissa o fato de serem voluntárias e autoadministradas.

Reconhecendo a importância da livre manifestação e auto-organização da vontade dos instituidores de uma pessoa jurídica para caracterizá-la como uma organização da sociedade civil, excluímos desse conjunto quaisquer entidades criadas por lei ou controladas pelo Poder Público. Em nossa opinião, as entidades do chamado “Sistema S”, apesar de sua natureza jurídica de direito privado, não se enquadrariam como organizações da sociedade civil, já que o foram com autorização legislativa. Já a verificação da denominada autoadministração merecerá um estudo mais cuidadoso no caso concreto, pois, caso se verifique que determinada entidade foi constituída para o propósito específico de servir ao Estado, ou caso o Estado venha a assumir o controle de gestão de uma organização da sociedade civil, como mero braço governamental na execução de políticas públicas, provavelmente estaremos diante de uma situação de ilegalidade, em que agentes públicos e privados poderão ter agido com excesso e desvio de finalidade. Eis aí mais uma situação em que apenas a combinação da adequada utilização de elementos do direito público e de direito privado seria capaz de resolver.

As organizações da sociedade civil, uma vez institucionalizadas, ou seja, juridicamente constituídas por meio do registro dos respectivos atos constitutivos, são reguladas pelo Código Civil, podendo assumir a forma de associação⁸ ou fundação.⁹ Quando constituídas como associação, a Constituição Federal lhes garante a liberdade de auto-organização, vedando a interferência estatal em seu funcionamento, como veremos adiante.

⁷ Essa pesquisa está atualmente sendo reeditada e seu lançamento está anunciado para o dia 6-12-2012, pelo IPEA.

⁸ Art. 53. Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizam para fins não econômicos.

⁹ Art. 62. Para criar uma fundação, o seu instituidor fará, por escritura pública ou testamento, dotação especial de bens livres, especificando o fim a que se destina, e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la. Parágrafo único. A fundação somente poderá constituir-se para fins religiosos, morais, culturais ou de assistência.

Antes, todavia, cabem alguns esclarecimentos sobre o atributo “sem fins lucrativos” dessas organizações, a fim de evitar equívocos relativamente comuns na compreensão de seu conteúdo jurídico.

O principal aspecto que determinará a finalidade não lucrativa de uma pessoa jurídica é a obrigatoriedade de destinar seu eventual lucro ou superávit para a sua finalidade social. Assim, uma associação pode ter superávit, mas deverá invariavelmente reaplicá-lo no desenvolvimento de seus objetivos institucionais; ao contrário das empresas, cuja finalidade lucrativa autoriza a distribuição dos lucros aos sócios.

O Código Tributário Nacional (CTN) – Lei nº 5.172, de 15-10-1966, ao estabelecer os requisitos necessários para o gozo de imunidades por instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, assim dispõe:

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

I – não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título; (Redação dada pela Lcp nº 104, de 10-1-2001)

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

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

§ 1º [...].

§ 2º Os serviços a que se refere a alínea c do inciso IV do artigo 9º são exclusivamente, os diretamente relacionados com os objetivos institucionais das entidades de que trata este artigo, previstos nos respectivos estatutos ou atos constitutivos.

Além disso, o § 3º do art. 12 da Lei nº 9.532, de 10-12-1997, estabelece que “considera-se entidade sem fins lucrativos a que não apresente superávit em suas contas ou, caso o apresente em determinado exercício, destine referido resultado, integralmente, à manutenção e ao desenvolvimento dos seus objetivos sociais”.

No mesmo sentido posiciona-se a doutrina, como preleciona Hugo de Brito Machado, para quem

Instituição sem fins lucrativos é aquela que não se presta como instrumento de lucro para seus instituidores ou dirigentes. A instituição pode, e deve, lucrar. Lucrar para aumentar seu patrimônio e assim prestar serviços cada vez a maior número de pessoas, e cada vez mais de melhor qualidade. O que não pode é distribuir lucros. Tem de investir os que obtiver, na execução de seus objetivos.¹⁰

¹⁰ MACHADO, Hugo de Brito. Imunidade Tributária das Instituições de Educação e de Assistência Social e a Lei 9.532/97. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Imposto de Renda – Alterações Fundamentais*. São Paulo: Dialética, 1998. v. 2, p. 69.

O Poder Judiciário e a própria Receita Federal já reconheceram em diversas oportunidades que a não lucratividade da entidade se caracteriza unicamente pela ausência de distribuição de seus recursos financeiros e pela sua aplicação integral, inclusive, de eventual superávit, em suas atividades fins.¹¹

A despeito da aparente simplicidade do conceito, o ônus de comprovar o caráter não lucrativo de uma instituição passa por demonstrar que todas as receitas e despesas da entidade são aplicadas em conformidade com seu objetivo disposto no Estatuto Social. Assim, é obrigação indissociável ao caráter de entidade “sem fins lucrativos” o dever de comprovar a aplicação de receitas e despesas na consecução de sua finalidade social.

Nesse particular aspecto é de se ressaltar a questão da remuneração de dirigentes que, na equivocada opinião de alguns, caracterizaria uma forma de distribuição “disfarçada” de lucros.

Em que pese a existência de normas esparsas que condicionam a manutenção de determinados títulos¹² e benefícios¹³ conferidos pelo Estado à comprovação de que a entidade não remunere dirigentes, é fato que a lei não poderia criar um determinado tipo jurídico baseado na imposição obrigatória do trabalho voluntário a um grupo de pessoas. Assim, não se sustenta a afirmação de que a remuneração de dirigentes, por si, seria elemento capaz de afastar o caráter sem fins lucrativos de determinada entidade.

Nas palavras de Tomáz de Aquino Resende, especialista na matéria e Promotor de Justiça Coordenador do Centro de Apoio Operacional ao Terceiro Setor do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, “*caso existam fraudes, há formas, até mesmo previstas em Lei, capazes de coibir abusos. Só não é razoável considerar que pessoas capacitadas, profissionais muitas vezes especializados, tenham de trabalhar ‘de graça’ dada a existência da presunção de desonestidade*”.¹⁴

4 Apontamentos sobre a liberdade de associação e de auto-organização das associações como direito fundamental

Superada a caracterização das organizações da sociedade civil como pessoas jurídicas de direito privado, cumpre situar o tema na Declaração Universal dos Direitos Humanos, que estabelece, em seu art. XX, o direito *de liberdade de reunião e de associação pacíficas*.

¹¹ Recente Solução de Consulta nº 58, de 10-8-2011, da Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda reconhece que a isenção alcança o eventual ganho de capital decorrente de alienação de participação societária contabilizada em conta do ativo permanente, subgrupo investimentos, e a receita advinda de serviços prestados ao grupo a que se destina, nos termos de seu Estatuto Social.

¹² Lei nº 91/35, que cria o título de Utilidade Pública Federal.

¹³ Art. 12 da Lei nº 9.532/97.

¹⁴ RESENDE, Tomáz de Aquino. *Associações e fundações – Roteiro do Terceiro Setor*. 4. ed. Com a colaboração de Paula Raccanello Storto, Bianca Monteiro da Silva e Eduardo Marcondes Filinto da Silva. Belo Horizonte: Prax, 2012. p. 109.

No plano dos direitos individuais, elencados no art. 5º, a Constituição Federal brasileira garante a plena liberdade de associação para fins lícitos (vedada a finalidade de caráter paramilitar); a liberdade de auto-organização das associações,¹⁵ proibindo a interferência estatal em seu funcionamento; e a legitimidade das entidades associativas para representarem seus filiados judicial ou extrajudicialmente, inclusive por meio da impetração de mandado de segurança.

Os direitos de participação política, direta e indireta, estão previstos no art. 25 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (Decreto nº 592, 6-7-1992) e no art. 23 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Decreto nº 678, 6-11-1992); pela cláusula de abertura do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, são reconhecidos também como direitos fundamentais.

Vale destacar que, em setembro de 2010, foi criada uma Relatoria Especial, pelo Conselho de Direitos Humanos na ONU, para estudar e o tema das liberdades de reunião pacífica e associação.

O primeiro relatório¹⁶ foi apresentado pelo relator Sr. Maina Kiai, em 20-6-2012, durante a vigésima sessão do Conselho em Genebra, e trouxe as seguintes constatações que se relacionam com este trabalho: (a) reconhece que o direito de liberdade de associação abrange a análise do tratamento que os países conferem às organizações da sociedade civil, objeto de nosso estudo, mas também aos partidos políticos, sindicatos, entidades religiosas, entre outras organizações privadas e independentes do Estado; (b) menciona que a principal dificuldade enfrentada por essas organizações em diferentes países do mundo é o controle estatal anterior à sua criação, com a necessidade de “autorizações” públicas como condição para sua instalação e funcionamento; (c) reafirma que os direitos à liberdade de reunião pacífica e de associação desempenham um papel decisivo no surgimento e existência de eficazes sistemas democráticos, uma vez que são favoráveis ao diálogo, tolerância, pluralismo e abertura de espírito, nos quais grupos minoritários e opiniões divergentes são respeitadas; e constata também que o direito à liberdade de associação está ligado à capacidade das associações de acessarem fundos e recursos, pois, nos termos do relatório, “*sem a capacidade de acesso a financiamento, a partir de fontes locais, regionais ou internacionais, este direito torna-se nulo*”.

Também em junho de 2012, foi publicada a segunda edição do Relatório Protegendo a Sociedade Civil,¹⁷ em coautoria entre o *International Center for not-for Profit Law – INCL* e o *World Movement for Democracy Secretariat at the National Endowment for Democracy (NED)*. Nesse documento, as organizações autoras relatam que um expressivo número de governos, não exclusivamente autoritários, estão usando medidas legais e regulamentares para restringir a sociedade civil, medidas estas classificadas em seis categorias: (1) bar-

¹⁵ Tivemos a oportunidade de analisar a matéria por ocasião da edição da Lei nº 11.127, de 28-6-2005, que alterou o Código Civil. In: LOPES, Laís de Figueirêdo; STORTO, Paula Raccanello. *Alterações no Código Civil flexibilizam regras para instituições do Terceiro Setor*. Disponível em: <<http://www.gife.org.br/artigo-alteracoes-no-codigo-civil-flexibilizam-regras-para-instituicoes-do-terceiro-setor-11533.asp>>. Acesso em: 1º dez. 2012.

¹⁶ Disponível em: <<http://www.icnl.org/research/library/files/Transnational/HRC%20STATEMENT%20Maina%20Kiai%20SR%20peaceful%20assembly.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2012.

¹⁷ Disponível em: <http://www.icnl.org/research/resources/dcs/DCS_Report_Second_Edition_English.pdf>.

reiras à entrada; (2) barreiras ao funcionamento; (3) barreiras à expressão e defesa; (4) barreiras à comunicação; (5) barreiras à criação; e (6) barreiras aos recursos.

Ainda segundo o Relatório, o impacto de medidas restritivas legais ultrapassa as organizações e indivíduos imediatamente a elas sujeitos, levando a um arrefecimento da sociedade civil de forma mais ampla e mais difícil de medir.

Por fim, estabelece uma tendência prevalente nos regimes autoritários e semiautoritários a uma regulamentação mais dura e punitiva das organizações da sociedade civil, havendo, todavia, razões para preocupação nas democracias desenvolvidas ou consolidadas, como são os casos de Argentina, por exemplo, onde a lei permite dissolução de uma ONG quando “necessário” ou quando for por motivo de “relevante interesse público”, e dos Estados Unidos, onde grupos de liberdades civis têm noticiado o fechamento de instituições de caridade supostamente associadas a terroristas, bem como violação de sigilo telefônico e de correspondência.

Com relação à barreira aos recursos, o Relatório afirma que a lei pode ser usada para restringir a capacidade das ONGs de garantir os recursos necessários, consistindo em verdadeiros entraves para o financiamento e apresentando um rol ilustrativo de normas que estabelecem essas barreiras em diversos países, autoritários e democráticos, que vão desde Venezuela, Egito, Zimbábue, até Argentina e Estados Unidos.

Na última Assembleia Geral do Conselho de Direitos Humanos da ONU, de 27-9-2012,¹⁸ foi editada Resolução que reconhece a fundamental importância de uma sociedade civil global livre e auto-organizada e a liberdade de associação como elemento para sua conformação. Salaria que o respeito aos direitos à liberdade de reunião pacífica e de associação, em relação à sociedade civil, contribui para enfrentar e resolver desafios e questões que são importantes para a sociedade, tais como o ambiente, o desenvolvimento sustentável, a prevenção da criminalidade, o tráfico humano, a capacitação de mulheres, a justiça social, a defesa do consumidor, bem como para a realização de todos os direitos humanos.

Verifica-se, portanto, a existência de uma preocupação em âmbito internacional de que a regulamentação dos países sobre as organizações da sociedade civil não se constitua numa barreira ao desenvolvimento desse segmento, devendo respeitar a liberdade de atuação e auto-organização dessas entidades, inclusive como forma de garantia e preservação da democracia, num mundo cujos desafios a serem enfrentados dependem de uma melhor interação entre governo e sociedade.

5 Histórico recente da interação entre as organizações da sociedade civil e o Estado

É fato que, desde a redemocratização, o Estado brasileiro ampliou a esfera de interação com as organizações da sociedade civil, sendo possível destacar três fases evolutivas dessa crescente interface, sob o ponto de vista da criação de instrumentos jurídicos voltados à sua implementação: (i) redemocratização; (ii) participação cidadã; e (iii) contratualização.

¹⁸ Disponível em: <<http://www.icnl.org/news/2012/20-Nov-AHRC2116.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 1º dez. 2012.

A fase da **redemocratização**, ocorrida durante as décadas de 80 e 90, consistiu na efetivação da garantia dos direitos à liberdade de criação e de atuação das organizações da sociedade civil. Para assegurar a necessária liberdade de reunião pacífica e liberdade de associação, o texto da Constituição Federal de 1988 previu, em seu art. 5º, XVIII, a não interferência estatal na criação, funcionamento e auto-organização dessas entidades, verdadeiras garantias ao livre exercício de direitos civis e políticos, em que o bem jurídico tutelado é o direito público subjetivo de cada cidadão de participar de atividades lícitas, voltadas à finalidade que bem lhe entender. Trata-se da liberdade de associação, equiparável à liberdade de pensamento, de expressão e de informação.

Já a fase que denominamos de **participação cidadã** inicia-se com a previsão constitucional¹⁹ de participação e controle social de representantes de organizações da sociedade civil no processo de elaboração, implementação e avaliação de políticas públicas no ano de 1988 e tem continuidade na previsão legal de referida participação em diferentes políticas públicas regulamentadas especialmente na década de 90.²⁰ Referida participação da sociedade civil no controle social de políticas públicas está relacionada ao caráter cidadão e participativo da Constituição de 1988 e traduz-se no direito da sociedade civil de buscar efetivar essa participação e em dever do Estado em implementá-la. Essa implementação tem-se dado com a crescente presença e atuação da sociedade civil em Conselhos de Políticas Públicas e, mesmo com todos os desafios de uma efetiva participação, apresenta-se como mecanismo de grande importância no controle social das políticas de gestão pública, proporcionando a democratização do conhecimento de tais políticas e a difusão de informação pública pretendida pela Constituição Federal. Essa faceta da interação entre entidades da organização da sociedade civil diz respeito à implementação de uma garantia constitucional de direito político de liberdade de participação, traduzido no dever do Estado de implementar a criação e regulamentação desses espaços de participação.

Por seu turno, a fase da **contratualização** caracteriza-se a partir do investimento legislativo na regulamentação das relações jurídicas revestidas de forma contratual entre organizações da sociedade civil e o Estado. Tem seu termo inicial em meados da década de 90, com a Reforma do Estado²¹ que, ao estabelecer a transferência, para entidades sem fins lucrativos, de atividades não exclusivas do Estado, como saúde e educação, estimulou a “parceirização” com entidades da sociedade civil para a prestação de serviços públicos,

¹⁹ Ao dispor sobre planejamento municipal (art. 29, XII), usuários dos serviços públicos (art. 37, § 3º); seguridade social (art. 194, parágrafo único, VII); saúde (art. 198, III – CF); educação, (art. 205); proteção do patrimônio cultural brasileiro (art. 216, § 1º); e do meio ambiente (art. 225); assistência social (art. 204), criança e do adolescente (art. 227, § 7º), entre outros.

²⁰ Lei de Recursos Hídricos (Lei nº 9.433/97); telecomunicações (Lei Nacional de Telecomunicações – Lei nº 9.472/97); Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), LOAS – Lei Orgânica da Assistência Social (Lei nº 8.742/93); Lei Rouanet (Lei nº 8.313/91), para citar algumas.

²¹ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; GRAU, Nuria Cunill. *O público não estatal na reforma do Estado*. Rio de Janeiro: FGV, 1999.

ou de relevância pública.²² Nas palavras de José Eduardo Sabo Paes,²³ “[a] ampliação das funções do Estado, a complexidade, a falta de estrutura e de condições para, com eficácia, cumprir suas atribuições fizeram com que o próprio Estado estabelecesse novas formas de e meios de prestação eficiente de seus serviços e atribuições”. Nesse contexto foram editadas a Lei nº 9.637/98 (Lei das Organizações Sociais – OS) e a Lei nº 9.790/99 (Lei das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIPs), criando instrumentos jurídicos de contratualização talhados para as referidas relações de cooperação entre o Estado e as organizações da sociedade civil – o contrato de gestão e o termo de parceria, respectivamente. Essa fase da contratualização parece caracterizar-se pela preocupação em criar instrumentos para implementação de direitos econômicos, sociais e culturais pelo Estado, em conjunto com organizações da sociedade civil.

Como consequência da regulamentação dos instrumentos de contratualização, as relações de repasse de verbas e execução de políticas têm sido objeto de forte regulamentação pelo Poder Executivo nos últimos anos no Brasil, especialmente no que concerne às normas para seleção, execução financeira e prestação de contas dos valores que administram. Desde a recomendação formulada pelo Tribunal de Contas da União (Acórdão 1070/2003), e consequente alteração do art. 27 da IN 1/97 (que passou a obrigar entidades privadas a realizar licitação nos termos da Lei nº 8.666/93 para utilizar os recursos repassados por convênios), temos observado alta produção normativa no sentido de impor maior controle aos recursos públicos repassados por meio desses instrumentos. Todavia, a aparente urgência moralizadora que envolve a matéria talvez não permita o seu adequado tratamento jurídico sob a perspectiva de direito privado que envolve, gerando algumas normas e entendimentos equivocados. Exemplo desse tipo de situação é o Decreto nº 5.504, de 5-8-2005, que reafirmou a obrigatoriedade de que essas entidades privadas realizassem licitação nos termos da Lei nº 8.666/93, preferencialmente na modalidade de pregão eletrônico, estendendo a exigência também para as OSCIPs e OSs (entidade para as quais a lei prevê a utilização de regulamentos próprios de compras e contratações). Dois anos depois, o Decreto nº 6.170, de 25-7-2007, estabelece o mecanismo de cotação prévia para contratação de produtos e serviços por entidades privadas no âmbito do convênio, bem como a criação do SICONV – Sistema de Gestão de Convênios, no âmbito do MPOG – Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

6 O desafio de regulamentar as relações de contratualização

Diante da liberdade de auto-organização das associações e da obrigação do Estado de respeitar o direito ao desenvolvimento da sociedade civil, a incidência das normas de

²² Para usar terminologia utilizada no Anteprojeto da Lei Orgânica da Administração Pública proposto pela Comissão de Juristas constituída pela Portaria nº 426, de 6-12-2007, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

²³ PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações, Associações e Entidades de Interesse Social*. Aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários. 6. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2006. p. 686-687.

direito público sobre essas entidades deve ser sempre o mínimo necessário para garantir a atividade de relevância pública ou o bem público tutelado, devendo respeitar a característica privada das entidades e os princípios aplicáveis ao uso do recurso público e à boa administração.

Nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁴ sobre as parcerias com entidades do terceiro setor:

Em todas essas entidades do terceiro setor estão presentes os mesmos traços: entidades privadas, instituídas por particulares; desempenham serviços não exclusivos do Estado, porém em colaboração com ele; se recebem ajuda ou incentivo sujeitam-se a controle pela Administração Pública e pelo Tribunal de Contas. Seu regime jurídico é predominantemente de direito privado, porém parcialmente derogado por normas de direito público.

O grande desafio é, portanto, buscar esse equilíbrio entre o público e o privado nas relações de cooperação, pois, ao formalizá-las, é comum que o Estado imponha às organizações da Sociedade Civil normas e condutas típicas de entes públicos, que impõem à entidade privada o cumprimento de obrigações por vezes inexequíveis (como no caso citado, de realizar licitação nos termos da Lei nº 8.666/93), gerando equívocos, distorções e violação de direitos.

Em que pese o reconhecimento constitucional da participação das organizações da sociedade civil, inclusive com financiamento público, na implementação de determinadas políticas, existem recorrentes discussões sobre as condições e limites dessa atuação.

Na dúvida, é comum que o servidor público aplique as mesmas normas de direito público, já conhecidas na execução de políticas públicas, para os instrumentos de cooperação com entidades da sociedade civil.

No Colóquio organizado no Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da USP, em outubro de 2011, sobre “Convênios com o Terceiro Setor: Inovações do Decreto nº 7.568/2011 e Perspectivas”, o Professor Gustavo Justino de Oliveira atribuiu como causa principal das atuais dificuldades envolvendo a execução e prestação de contas de convênios o fato de esse instrumento ter sido “emprestado” das relações entre entes públicos e privados sem fins lucrativos, gerando equívocos quando da aplicação de determinadas normas às entidades privadas.

Sublinhe-se o Anteprojeto da Lei Geral da Administração Pública proposto pela Comissão de Juristas constituída pela Portaria nº 426, de 6-12-2007, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, que traz um regramento geral capaz de abarcar convênios, ajustes, contratos de gestão e termos de parceria, como espécies do chamado *contrato público de colaboração*, gênero apto a albergar as relações de contratualização. Essa proposta mostra-se alinhada à necessidade de elaboração normativa para os vínculos de con-

²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 257.

tratualização entre Estado e organizações da sociedade civil, com caráter de norma geral, de âmbito nacional, portanto.

Referido anteprojeto prevê ainda, com igual acerto, que o chamamento público seja precedido de regulamentação pelo Estado. Nesse particular aspecto, é de se destacar a relevância da proposta do anteprojeto ao priorizar a necessidade de planejamento anterior da política pública e processo de chamamento público para a seleção da entidade, sem, todavia, impor às relações de cooperação a rigidez e complexidade do processo de seleção de empresas para celebração de contratos administrativos disciplinados na lei de licitações.

Recente estudo sobre a Modernização do Sistema de Convênios da Administração Pública com a Sociedade Civil²⁵ (realizado pelo Núcleo de Estudos Avançados em Terceiro Setor da PUC-SP para o projeto *Pensando o Direito*, da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, em parceria com o PNUD) identificou a origem histórica do convênio como instrumento típico da regulamentação de acordos entre entes federativos, apontando como uma das principais causas de problemas na execução desses instrumentos a aplicação, feita inadvertidamente, de normas típicas do regime jurídico de direito público a organizações privadas sem fins lucrativos que atuam em cooperação com o Estado.

Ainda de acordo com referida pesquisa, os seguintes fatores são determinantes para a utilização de analogias indevidas, gerando insegurança jurídica e um reforço da lógica meramente procedimental na execução e prestação de contas dos convênios: ausência de regulamentação do convênio com a sociedade civil em nível legal; ocorrência de sucessivas alterações nas normas regulamentadoras; multiplicidade de objetos dos convênios; dissenso doutrinário sobre a natureza do instrumento e das normas incidentes; e planejamento público insatisfatório para celebração desses instrumentos.

Dentre as principais sugestões trazidas na pesquisa,²⁶ para a regulamentação das relações de cooperação entre Estado e organizações da sociedade civil, destaca-se que a legislação deverá assegurar a

expressa autorização de que os trabalhadores não voluntários, inclusive dirigentes, das entidades que atuem na prestação de serviços no âmbito dos Projetos com habitualidade, pessoalidade, subordinação sejam contratados no regime celetista

²⁵ Participamos do referido Projeto na condição de membro da equipe de pesquisa do grupo interdisciplinar da PUC de São Paulo – Núcleo de Estudos Avançados em Terceiro Setor da PUC-SP (NEATS/PUC-SP), formada também pelos pesquisadores Márcia Golfieri, Stella Reicher, Konstantin Gerber, José Alberto Tozzi e Áureo Gaspar, sob a coordenação dos Profs. Drs. da PUC-SP Marcelo Figueiredo e Luciano Prates Junqueira.

²⁶ O Relatório integral da pesquisa e a sua versão resumida para publicação estão disponíveis para consulta e download no site da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça: <<http://www.mj.gov.br/sal>>. O documento contém detalhada coletânea da legislação; jurisprudência do TCU sobre Convênios e parcerias; documentação e registro da metodologia e das atividades de ampliação de escuta (Oficinas, Entrevistas, Estudos de Caso e Seminário); informações adicionais sobre convênios; além de planilha com 28 propostas práticas de alterações para modernização do SICONV, organizadas a partir de suas etapas (Chamamento Público, Credenciamento, Cadastramento do proponente, Cadastramento de proposta, Abertura da Conta Bancária, Contratação de Bens e Serviços, Realização de Pagamentos e Prestação de Contas).

– desde que o Plano de Trabalho e Orçamento do Projeto contemplem recursos para o pagamento de salário, verbas rescisórias limitadas ao período e valor relativos ao período de vigência do instrumento de colaboração.

Essa proposta visa afastar a aplicação da vedação de que o instrumento de convênio seja utilizado para custear o quadro de servidores de um determinado ente público, o que absolutamente não se aplica aos empregados contratados por organizações da sociedade civil para desempenho de atividade de relevância pública previstas em instrumentos de cooperação. Essa interpretação tem causado a precarização dos direitos sociais de inúmeros trabalhadores de organizações da sociedade civil, diante da postura de determinados órgãos públicos que simplesmente vedam a realização de despesas no âmbito de convênios com a contratação de empregados no regime jurídico da CLT.

O estudo propõe também uma classificação taxonômica dos instrumentos de colaboração com a sociedade civil, que considere a existência de pelo menos três tipos específicos de relações formalizadas por esses instrumentos, distintas entre si e que merecem regramento próprio, proporcional e razoável, adequados às suas características: (i) **parceria na implementação de programa estatal**, para fins de implementação de política pública; normalmente envolve a prestação de serviços públicos, cuja classificação, método e custo são previamente conhecidos e padronizados pelos órgãos públicos responsáveis pela política pública; (ii) **participação das entidades da sociedade civil no processo de formulação e desenvolvimento de política pública**, que normalmente ocorre em caráter experimental, para fins de inovação e aquisição conjunta de conhecimento entre Estado e Sociedade, em área em que não há classificação, método ou custo previamente estabelecido; e (iii) **apoio estatal à manutenção de entidades e organizações comunitárias de interesse público**, via de regra constituídas na forma de associação e que atuam em atendimento ao objetivo constitucional de redução das desigualdades na sua região de atuação.

Considerando a extensa gama de relações jurídicas passíveis de cooperação entre as organizações da sociedade civil e o Estado, em todos os níveis federativos, parece-nos que uma proposta para a regulamentação da matéria deva prever normas gerais, com a edição de uma lei nacional que valorize a etapa de planejamento estatal da política pública, evitando o mau uso das parcerias como instrumento de sua implantação. Referida lei ajudaria muito também se enfrentasse a questão da aplicação do direito público e do direito privado sobre determinadas matérias, o que poderia ser feito pelo estabelecimento de uma classificação gradativa que orientasse a derrogação das normas de direito privado pelo direito público, a partir da característica do objeto da relação estabelecida entre ente público e a organização da sociedade civil.

7 Considerações finais

A discussão acerca da dicotomia entre direito público e direito privado ganha ainda maior impulso quando analisamos a regulamentação das organizações da sociedade ci-

vil. É certo que essas entidades possuem natureza jurídica de direito privado e que a liberdade de associação e de auto-organização das associações é reconhecida como direito fundamental no âmbito internacional e no âmbito nacional, pelo texto da Constituição Federal de 1988, e pela incorporação, pelo Brasil, de tratados internacionais que tratam da matéria. O histórico recente da interação entre as organizações da sociedade civil e o Estado, assim como a avaliação geral de estudiosos da matéria, aponta para a necessidade de aperfeiçoamento na regulamentação dessas relações de colaboração, cujo desafio passa pelo amplo rol de relações jurídicas passíveis de cooperação em todos os níveis federativos e pela necessidade de se realizar uma adequada derrogação das normas de direito privado, com respeito à liberdade de auto-organização dessas entidades. Esses elementos indicam que uma proposta para a regulamentação da matéria priorize a edição de uma lei nacional, prevendo a etapa de planejamento estatal da política pública e orientando a derrogação gradativa das normas de direito privado pelo direito público, a partir da característica do objeto da relação estabelecida entre ente público e a organização da sociedade civil. É oportuno frisar que referida lei, para além da análise dos instrumentos de colaboração, mesmo que criada como norma federal, apenas aplicável à União, certamente inspiraria a edição de regramentos específicos nos Estados e Municípios, reforçando a importância de que o tema seja tratado com caráter de norma geral.