

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) N° 1.923/DF e o papel do Estado e das Organizações Sociais na concretização dos direitos sociais

The Direct Unconstitutionality Action (ADI) N. 1.923/DF and the role of the state and Social Organizations in achieving social rights

Felipe Tadeu Ribeiro Morettini¹

Universidade de São Paulo, Brasil
felipe_morettini@hotmail.com

Adriana Schier²

Universidade Federal do Paraná, Brasil
adrianacschier@uol.com.br

Resumo

A partir da análise da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI N° 1.923/DF, interposta em face da Lei n° 9.637/98, que disciplina as chamadas Organizações Sociais (OSs), o artigo tem por objetivo refletir sobre o papel do Estado na prestação de serviços de interesse social, notadamente nas áreas ligadas à educação, saúde, meio ambiente e cultura por meio destas entidades integrantes do terceiro setor. Após a análise dos principais votos, demonstra-se que, no contexto da Constituição Federal de 1988, tais entidades poderão atuar em parceria com o Estado na concretização dos direitos sociais, sem jamais se admitir a substituição total do poder público na prestação dos serviços que garantem o pleno acesso a tais direitos. Isto porque, ao adotar os cânones do modelo de Estado Social e Democrático de Direito, a Carta Magna impõe ao Estado o dever de assegurar a prestação de tais serviços sob a designação de serviços públicos, entendidos como atividades materiais prestadas sob regime jurídico específico publicista – regime que não se aplica às Organizações Sociais. Em linhas gerais, analisa-se de forma crítica a decisão adotada pela Suprema Corte, entendendo-se que a atividade de fomento realizada pelo Estado não é suficiente para o cumprimento dos objetivos constitucionais que lhe foram impostos no

¹ Universidade de São Paulo. Largo São Francisco, 95, Centro, 01005-010, São Paulo, SP, Brasil.

² Universidade Federal do Paraná. Praça Santos Andrade, 50, Centro, 80020-300, Curitiba, PR, Brasil.

que se refere à garantia dos direitos sociais de cunho prestacional, sendo imprescindível a atuação direta do Estado para o pleno atendimento dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: organizações sociais, fomento, serviços sociais, direitos fundamentais.

Abstract

Starting from the analysis of the Federal Supreme Court's decision in ADI 1.923/DF, lodged against Law n. 9.637/98, which regulates Social Organizations (SOs), the article discusses the role of the state in the provision of services of social interest, particularly in areas related to education, health, environment and culture, through these entities of the third sector. After analyzing the main opinions, it shows that, in the context of the 1988 Federal Constitution, such entities may act in partnership with the state in the implementation of social rights, but should never fully replace government in the provision of services that ensure full access to such rights. This is so because, by adopting the canons of the welfare state and democratic rights model, the Constitution imposes on the state the duty to ensure the provision of social services in a framework of public services, understood as material activities provided under a special publicist legal regime, which does not apply to Social Organizations. The article then analyzes the decision taken by the Supreme Court on the understanding that the promotion activity carried out by the state is not enough to fulfill the constitutional objectives imposed on it with regard to the guarantee of social rights, so that a direct action of the state to accomplish the fundamental rights is imperative.

Keywords: social organizations, promotion, social services, fundamental rights.

Introdução

O presente artigo busca efetuar uma análise da decisão emanada do Supremo Tribunal Federal (STF) em 16/04/2015, publicada em 17 de dezembro de 2015, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n° 1.923/DF interposta em face da Lei n° 9.637/98, que disciplina as chamadas Organizações Sociais (OSs). Visto que a lei trata da criação de entidades que efetivamente prestarão serviços sociais essenciais para a concretização dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos, tal análise se torna relevante para o induzimento a uma maior reflexão sobre alguns fundamentos da decisão vencedora, bem como dos outros votos, os quais, em última análise, refletem uma posição da corte superior sobre o papel atribuído ao Estado no que tange à garantia destes serviços e à busca do desenvolvimento por meio deles.

Algumas importantes questões devem ser levantadas. Dentro do quadro anterior, por exemplo, é relevante a abordagem do dever de preponderância ou não do Estado na prestação dos serviços públicos ditos não exclusivos, se tal atuação é definida por meio de escolhas políticas dos cidadãos ao elegerem determinado governante ou, pura e simplesmente, de exigência constitu-

cional, tendo sido esta questão abordada como um dos fundamentos do voto vencedor. Também é importante a discussão sobre o limite de atuação do Estado, se atenderia os objetivos do texto constitucional exclusivamente através de fomento na área dos serviços sociais.

Como a lei regula a criação de novas figuras no Direito Administrativo, importa a discussão sobre a aplicação dos instrumentos tradicionalmente oferecidos por este ramo do Direito, em face de “novas formas” de atuação do Estado. Nesta perspectiva, analisa-se a legalidade ou não da submissão das Organizações Sociais ao regime de Direito Público, já que há repasse de recursos públicos a elas, apesar de tais entidades não integrem a Administração Pública.

Também serão objeto de reflexão as consequências práticas da declaração de constitucionalidade. Enfrenta-se, assim, a possibilidade de terceirização das atividades-fim da Administração. Também é objeto de apreciação o argumento de que as Organizações Sociais serviriam apenas como escoadouro de dinheiro público, sem a devida prestação do serviço adequado à população.

Pretendendo-se uma análise técnico-jurídica dos elementos trazidos pelos Ministros, busca-se elucidar como a mais alta corte do país se posiciona quando é ins-

tada a se manifestar sobre questões atreladas à atuação do Estado na concretização dos direitos sociais, especificamente mediante a atuação das Organizações Sociais.

Primeiramente, o artigo irá descrever o teor da ADI e os principais fundamentos dos dois votos, o vencedor, do Ministro Luiz Fux, e o do Relator, Ministro Ayres Britto, com alguma discussão eventual dos demais votos em pontos específicos. Pretende-se, com o levantamento dos fundamentos, tecer importantes considerações sobre a paradigmática decisão e introduzir novas ideias relevantes para a discussão, o que irá propiciar uma maior reflexão sobre os temas apontados.

A ADI N° 1.923/DF e os principais fundamentos dos votos

Na contramão de um ambiente de modificação de alguns parâmetros dos serviços públicos tradicionais, em um contexto de redefinição do papel do Estado nos anos 90, no qual se insere a promulgação da Lei n° 9.637/98, que trata da “qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais”, dois partidos políticos (Partido dos Trabalhadores – PT e Partido Democrático Trabalhista – PDT) ingressaram com ação buscando a declaração de inconstitucionalidade de tal diploma legal na íntegra. Segundo consta na exordial, a Lei ofende a Constituição Federal (CF) em face da transferência das responsabilidades do Poder Público ao setor privado por meio do regime jurídico das Organizações Sociais instituído pela lei. Elencam os seguintes tópicos: (i) a ofensa ao dever de prestação de serviços públicos elencados nos artigos 23, 196, 197, 199, parágrafo 1º, 205, 206, 208, 209, 215, 216, parágrafo 1º, 218 e 225, da CF; (ii) o descumprimento do dever de licitação estabelecido nos artigos 22, XXVII, 37, XXI, e 175 da CF e; (iii) a ofensa aos princípios da legalidade e de concurso público na gestão de pessoal (artigos 37, II e X, e 169 da CF).³

Em linhas gerais, alegam que a Constituição Federal foi violada pela nova lei, pois houve a transferência das incumbências do Poder Público ao setor privado por meio das Organizações Sociais, seara na qual o particular deveria atuar apenas de modo complementar, sendo que a criação de tais entidades serviria apenas como uma forma de se escapar do regime jurídico de direito público, já

que as prestações seriam submetidas ao regime das atividades econômicas em sentido estrito. Esta transferência estaria caracterizada pelo repasse de recursos, servidores e bens públicos em áreas como os serviços públicos de saúde e educação e as atividades de proteção do meio ambiente, patrimônio histórico e acesso à ciência (artigos 23, 196, 197, 199, parágrafo 1º, 205, 206, 208, 209, 215, 216, parágrafo 1º, 218 e 225, da CF).

O Ministro Luiz Fux, em seu voto vencedor, afirma que, inicialmente, a questão perpassa por identificar o que é constitucionalmente exigido do Estado de forma invariável e o que é deixado à escolha das maiorias políticas prevaletentes na prestação dos serviços públicos e demais atividades citadas. E, realmente, como antes foi dito, a abordagem deve ser a verificação da preponderância ou não do Estado na prestação dos serviços públicos em questão. Ou, ainda, se as atividades que se tipificam como serviço público efetivamente afastam a atuação do particular no âmbito da iniciativa privada (Schier, 2015). Indo-se além, a discussão se refere ao limite e ao papel de atuação do Estado em áreas sensíveis à concretização de direitos sociais e na busca do desenvolvimento, já que este é um objetivo fundamental da República (artigo 3º, inciso II, da CF).

A resposta dada pelo Ministro, acompanhado pela maioria, é de que não há violação da Constituição Federal na prestação de serviços sociais pelas Organizações Sociais determinados pela Lei n° 9.637/98. Segundo o voto: (i) a CF tem que ser interpretada de modo a viabilizar projetos políticos divergentes dentro de suas balizas; (ii) os serviços sociais de saúde e educação, de proteção do meio ambiente, patrimônio histórico e acesso à ciência estariam inseridos no setor dos serviços públicos sociais, tendo como regime jurídico o dos serviços públicos não exclusivos, onde a titularidade pertence tanto ao Estado quanto ao particular que os presta, sendo inaplicável o artigo 175 da CF por conta disto, já que não ocorreria delegação, tendo a lei contestada o intuito de instituir um sistema de fomento; (iii) não ocorre o abandono pelo Poder Público de seus deveres constitucionais de atuação nos citados setores, pois o Estado estaria atuando de forma indireta, por meio do fomento acompanhado de uma regulação intensa, atuação esta definida pelos agentes politicamente eleitos, que consideraram ser esta a forma mais eficaz de prestação dos serviços, sendo que a CF não exige que o Estado atue exclusivamente de forma direta, e (iv) não há violação

³ Outros argumentos tratados não serão objeto de análise no presente texto, tais como a violação da impessoalidade e interferência indevida do Estado em associações, o descumprimento de direitos previdenciários dos servidores, a insubmissão a controles externos e a restrição de atuação do Ministério Público, seja porque tratam de questões não relacionadas diretamente à prestação do serviço em si, seja porque foi afastada a constitucionalidade de qualquer interpretação contrária.

dos artigos 37, II e X, e 169 da CF, uma vez que, dada a natureza jurídica das OSs, não há necessidade de realização de concurso público para contratação de pessoal, tampouco previsão em lei para o pagamento de verbas ainda que para os servidores cedidos.

Em contraposição a alguns pontos, o voto do Ministro Ayres Britto, parcialmente vencido, declarou a inconstitucionalidade parcial da Lei nº 9.637/98, principalmente de seus artigos 14, parágrafo 1º e 2º, e 18 a 22, modulando seus efeitos. A questão por ele colocada, em linhas gerais, seria a de que o modo como são prestadas as atividades ligadas à saúde, educação, proteção do meio ambiente, patrimônio histórico e acesso à ciência por meio das Organizações Sociais violaria a Constituição Federal. Segundo o Ministro, a Lei nº 9.637/98 viola a Constituição Federal ao estabelecer um mecanismo onde o Estado pode transferir toda a prestação dos serviços públicos citados ao particular, abdicando do seu dever de prestação direta, pois os artigos 18 a 22 falam em absorção por OSs de atividades desempenhadas por entidades públicas a ser extintas. Para chegar a tal conclusão, alega que: (i) a CF determina que o papel do Estado na prestação de serviços públicos é de protagonista, seja diretamente ou por meio de concessão, permissão ou autorização, diferentemente da atividade econômica, onde atua como agente normativo e regulador (artigo 174 da CF); (ii) as atividades ligadas à saúde, educação, proteção do meio ambiente, patrimônio histórico e acesso à ciência não são exclusivamente públicas, mas mistas, podendo ser prestadas pelo particular, mas não exclusivamente, sob um regime também de natureza pública, já que o trespasse não despubliciza o serviço, onde a atuação particular é complementar, de modo que nenhuma norma pode afastar o Estado de toda e qualquer prestação direta; (iii) na verdade, não ocorre publicização, mas privatização do serviço ao se permitir a extinção de órgãos e entidades públicos e o repasse de todos os seus bens, servidores e recursos orçamentários às organizações sociais, privatização esta manifestamente inconstitucional; (iv) permitindo esta privatização e a atuação meramente indireta do Estado, haveria violação do seu dever de prestação de serviços públicos, pois ele passaria a atuar da mesma forma que na atividade econômica, o que seria um contrassenso, na medida em que a CF faz a distinção entre os modos de atuação em seus artigos 174 e 175. Além disto, o Ministro, apesar de afirmar a constitucionalidade do artigo 4º, incisos V, VII e VIII, e artigo 7º, inciso II, dada a natureza jurídica das OSs, que não exige a realização de concurso público ou remuneração fixada por lei, declarou a inconstitucionalidade do artigo 14, parágrafo 1º e 2º, que se referem aos servidores cedidos, pois estes devem ser

pagos por remuneração prevista em lei, sendo que o contrário violaria os artigos 37, inciso X, e 169, parágrafo 1º, ambos da Constituição Federal.

Análise dos principais fundamentos dos votos

Ofensa ao dever de prestação de serviços públicos pelo Estado

Observando-se os argumentos dos votos, percebe-se que a questão central gira em torno do debate acerca do dever constitucional de preponderância ou não do Estado na prestação dos serviços públicos ditos não exclusivos, o que envolveria também a dimensão de atuação do Estado em um determinado contexto político.

A Constituição Federal traz visões políticas de mundo diversas, permitindo a convivência de projetos capitalistas, calcados na defesa da liberdade e da propriedade privada, preponderantemente, com projetos de cunho social, com ênfase na garantia da igualdade e do valor social do trabalho. O texto sugere uma harmonização de ambas as visões, abrindo possibilidades para o debate político, o que abrangeria, por exemplo, a discussão ora em pauta acerca da necessidade ou não da prestação de serviços sociais diretamente pelo Estado (Folloni, 2014).

Dentro deste debate, a criação das OSs busca a atuação da sociedade civil organizada no lugar do Estado, com ou sem a intenção de substituição total, na prestação dos serviços sociais de saúde, educação, proteção do meio ambiente, patrimônio histórico e acesso à ciência. É feita uma clara opção política na qual se condena, diante do atual contexto sócio-político-econômico, a atuação exclusiva estatal. Ao que parece, o voto vencedor proferido pelo Ministro Fux não admite a substituição integral do Estado pelas OSs nos setores das atividades que integram o rol dos serviços sociais, ainda que não se tenha delineado de maneira objetiva quais seriam os deveres a serem mantidos pelo Estado. Por isso, é importante definir qual seria a área em que ocorreria a atuação da iniciativa privada, bem como qual parte da sociedade civil organizada irá receber a incumbência e será denominada de Organização Social.

A Lei nº 9.637/98, em seu artigo primeiro, define que as Organizações Sociais são pessoas jurídicas de Direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos determinados requisitos. Uma Organização Social não se

confunde com Organização da Sociedade Civil (OSC), que seria toda e qualquer entidade que desenvolva projetos sociais com finalidade pública (significa o mesmo que ONG), sendo este termo não reconhecido pela legislação brasileira, tampouco Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), regulada pela Lei nº 9.790/99, que institui uma qualificação aplicável a pessoas jurídicas de Direito privado sem fins econômicos (ou seja, associações ou fundações), exigindo uma série de disposições estatutárias e organizacionais para que uma entidade possa ser qualificada como tal e instituindo também o Termo de Parceria entre o Poder Público e as instituições da sociedade civil.

Rocha (2003, p. 13) contextualiza as OSs dentro do chamado terceiro setor, sendo o primeiro estatal e o segundo privado. Apesar de não fazerem parte do Estado e serem entidades privadas, as entidades nele inseridas desenvolvem suas atividades sem o objetivo de obter lucro. Diferentemente de outras entidades de utilidade pública, as OSs possuiriam qualificações mais restritas e maior vigilância do Estado, podendo receber maiores benesses por conta disto, o que também permitiria a realização de políticas públicas de forma mais continuada. Assim, comparado ao de outras entidades do terceiro setor, como as OSCIPs ou as entidades beneficentes de assistência social, o modelo das OSs possui caracteres peculiares que as tornam mais relevantes para a prestação de serviços sociais.

Não faltaram críticas a tal definição de terceiro setor. Para Violin (2010), o termo surgiu no Brasil por meio dos movimentos sociais e suas organizações no final da década de 1970 e na década de 1980, durante a redemocratização do espaço público. Para o autor, no entanto, a vinculação de tais entidades à prestação de serviços sociais somente ocorreu durante a década de 1990 com o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE). Segundo ele, tal termo é inadequado, ante a impossibilidade de setorialização entre Estado e sociedade civil, além de não servir para definir os atores que compõem tal setor. Também critica o fato de que não há citação de tal termo na Constituição Federal.

Em outro vértice, há uma corrente doutrinária para a qual as entidades do chamado terceiro setor, como as OSs, retratariam uma concepção de atuação do Estado orientada pelo princípio da subsidiariedade. Assim, basicamente o Poder Público atuaria de forma limitada, dando primazia à atuação de grupos sociais e ao indivíduo, minimizando-se o caráter interventor típico do Estado de Bem-Estar Social. Interessante notar que a subsidiariedade, apesar de aceita por grande parte da doutrina como fundamento para o Estado “[...] abster-se de exercer atividades que o particular tem condições

de exercer por sua própria iniciativa e com seus próprios recursos [...]” (Di Pietro, 2002, p. 26), no contexto constitucional jamais poderá ser tomada como justificativa para autorizar a retirada do Estado de seu papel intervencionista, já que a atuação estatal está dirigida ao atendimento dos próprios fins do Estado Republicano. Além disso, o artigo 173 da Constituição Federal impõe e legitima a intervenção direta independentemente da suficiência da iniciativa privada nos casos por ela elencados. Conforme tese sustentada por Gabardo (2003, p. 168), a ideia de o Estado devolver à sociedade algumas tarefas, por meio das OSs, por exemplo, advém de uma construção teórica neoliberal do princípio da subsidiariedade, que não seria necessariamente contraditória à função de um Estado social e à atividade colaboracional privada, colocando-se como ponto central, na realidade, o nível da subsidiariedade, sem refutar sua ideia central.

Violin (2010, p. 69-72) reforça, ainda sobre o princípio da subsidiariedade, que há plena possibilidade de haver sua conciliação com um Estado Social e Democrático de Direito, já que a atuação do indivíduo não exclui a atuação estatal. O Estado deverá ser prestador de serviços e interventor e, ao mesmo tempo, eficiente e democrático. Para o autor, resta claro que há um dever imposto pela Constituição Federal, que apenas possibilita ao particular atuar de forma complementar. Tal entendimento é acompanhado por Higa (2011), que afirma a possibilidade de existência do princípio da subsidiariedade em um contexto de Estado Social e Democrático de Direito, principalmente à luz da Constituição Federal. Para ele, dever-se-ia apenas delimitar o princípio para que seja adotado um modelo estatal onde a sociedade civil é privilegiada como parceira do Estado.

Com efeito, o argumento do Ministro Luiz Fux de que a CF tem que ser interpretada de modo a viabilizar projetos políticos divergentes deve levar em consideração que tais projetos não são excludentes. Pode-se introduzir a prestação de serviços pelo particular sem a exclusão do Estado. O importante é notar qual grau de atuação a CF exige como preponderante e se ela possibilita a substituição total do Estado nas áreas de atuação das OSs, discussão que também envolve a análise do regime jurídico dos serviços prestados nestas áreas.

Ambos os votos analisados partem de uma classificação de serviços públicos para, então, determinarem o seu regime jurídico. Neste sentido, pode-se estabelecer uma relação entre a transferência de atividades públicas não estatais à sociedade civil organizada, sob o modelo das OSs, e a necessidade de qualificá-las como serviço público, termo este exaustivamente analisado pela doutrina e que não encontra uma definição unívoca. Por sua vez, a diferenciação entre regime público e privado é re-

levante por definir quais são os deveres e responsabilidades do ente federativo ou do agente privado.

Nos votos apreciados, foi adotada a noção de serviço público de Bandeira de Mello (2007, p. 601). Segundo o jurista, existem os serviços públicos de prestação obrigatória e exclusiva pelo Estado, os que ele tem a obrigação de prestar e de conceder, aqueles que tem a obrigação de prestar, mas sem exclusividade, e aqueles que poderia prestar. Os serviços públicos de saúde e educação estariam enquadrados no terceiro tipo, pois a própria Constituição Federal permite que sejam executados pelo setor privado, independentemente de delegação. O autor afirma, entretanto, que essas seriam atividades nas quais o Estado tem o dever de prestar, mas em que o particular pode atuar de forma paralela. Sundfeld (2002, p. 83) corrobora tal afirmação, pontuando que a Constituição não apenas reserva a prestação dos serviços sociais ao Estado, mas obriga que ele os execute. Costuma-se inserir estas atividades escolhidas na área do “público não estatal”.

Um dos idealizadores da reforma estatal levada a cabo ao longo da década de 1990, Bresser Pereira, juntamente com Grau (1999, p. 15), coloca o que seria esta área do “público não estatal”. Diante da “crise” do Estado Social e burocrático, a “reconstrução” do Estado com viés progressista, no qual se aprofundaria o regime democrático, deve levar em conta a participação do terceiro setor em suas atividades, o que permitiria um maior controle social direto da Administração e do Estado. Nesta reforma, a Administração deveria obedecer a critérios gerenciais de eficiência para garantir os direitos sociais. Neste sentido, o terceiro setor configuraria a atuação da sociedade em uma área “não estatal” pública, ou seja, que não faz parte do Estado.

Importante notar que os autores falam em quatro formas de propriedade no capitalismo contemporâneo ao tentar estabelecer qual seria a área de atuação do “público não estatal”. Seriam elas: a propriedade pública estatal, onde o Estado ou quem lhe seja subordinado detém o poder; a pública não estatal, regida pelo Direito privado, mas voltada ao interesse público com intuito não lucrativo; a corporativa, voltada para o interesse de determinado grupo e também sem intuito lucrativo; e a privada, direcionada ao lucro. Na redefinição das funções do Estado propugnada no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE), os serviços não exclusivos seriam executados com as propriedades públicas não estatais com vistas ao alcance de uma Administração com formato gerencial (Barreto, 1999).

A discussão sobre o que seria o “público não estatal” se insere em um debate mais amplo sobre o que seria exatamente a esfera do “público”. Por meio

de uma antiquada concepção, tal noção refletiria tudo o que fosse do Estado ou tudo que não estivesse sujeito à autonomia pessoal, concepção pautada no velho embate entre Estado e mercado. Neste contexto, procuraram-se alternativas para a conciliação de ambos por meio da “sociedade civil”, a qual ainda não encontra definição certa. E, exatamente por ser um termo impreciso, um conceito político, sua utilização atende prioritariamente a proteção dos interesses privados. O Estado e a sociedade civil não esgotariam o “público” por si mesmos, mas seriam ambos sua constituição em contraposição à propriedade privada e à corporativa. Haveria, a bem da verdade e da preservação do “público”, a necessidade de se proteger os direitos sociais por meio de mudanças com vistas à ampliação da democracia participativa e na Administração para se alcançar um maior desenvolvimento por meio do aumento do controle social (Bresser Pereira e Grau, 1999).

O rompimento da díade Estado e mercado através das OSs financiadas com recursos do Estado é, portanto, de vital importância para a concretização dos direitos sociais previstos na Constituição Federal, segundo a linha traçada pela reforma estatal da década de 90. A prestação dos serviços como educação, saúde, pesquisa e cultura exclusivamente pelo segundo setor, o mercado, seria incompleta na medida em que não haveria a possibilidade de otimização de rendimentos em função de uma total universalização. A via privatista seria suficiente para a prestação de serviços ligados à infraestrutura, mas não para os serviços sociais, já que estes constituem externalidades positivas, ou seja, falhas de mercado, cuja supressão é essencial ao desenvolvimento. O Estado, por sua vez, sofrendo de uma “crise fiscal” e de “ineficiência”, estaria impossibilitado de prestar os referidos serviços com o intuito de diminuir as desigualdades sociais. Neste sentido, a publicização das atividades, rompendo o paradigma vigente e atraindo entidades privadas em uma auto-organização da sociedade, contribuiria para uma maior universalização e eficiência na prestação dos serviços (Morales, 1999).

O “público não estatal” é, assim, um fenômeno tanto econômico, voltado para a produção com maior eficiência que o primeiro e o segundo setores da sociedade, quanto político, pois permite um maior controle social das atividades. O seu fortalecimento, no contexto da citada reforma, levaria à redistribuição do poder político e social ao induzir a construção da cidadania em sua vertente material e política por permitir uma maior democracia participativa.

Bresser Pereira e Grau (1999) sugerem considerar que o controle social sobre o Estado seja exercido por associações e movimentos sociais, fortalecendo-se a esfe-

ra não estatal com o apoio financeiro do próprio Estado e com um sistema de atuação política mais plural para viabilizar uma governabilidade democrática. Com isto, haveria uma conformação da vontade política no controle do Estado e uma preocupação maior com a coisa pública, estando a sociedade também responsável pela satisfação das necessidades coletivas, já que não apenas o Estado e o mercado produziram bens públicos. Os autores, no entanto, fazem uma ressalva. O reconhecimento da importância do público não estatal na produção de bens públicos em hipótese alguma poderia negar o aporte do Estado para o seu sustento, ou seja, a transferência não pode significar que o Estado deixaria de ser o responsável pelo serviço público. Esta seria apenas uma forma do Estado manter seu caráter social e assegurar maior eficiência, pela pluralização da oferta de bens e serviços sociais, pela maior flexibilização e desburocratização e pela responsabilização dos dirigentes das Organizações Sociais. A atuação de entidades do terceiro setor teria um compromisso ideológico ao permitir o desenvolvimento de “papéis” que nem o Estado nem o mercado desempenham (Bresser Pereira e Grau, 1999, p. 34).

Uma perspectiva marcada pela compreensão de que a Carta de 88 adota, de forma inequívoca, o modelo de Estado Social levou Violin (2010, p. 185) a algumas ressalvas em relação à compreensão da esfera do “público não estatal”. Com efeito, segundo o autor, a diferenciação entre o público e o privado perdeu importância teórica, na medida em que tanto atos estatais quanto privados seriam extensão da vontade do Estado, em face do princípio da legalidade. Segundo o autor, a esfera social que emergiu deste amálgama não pode ser confundida com o espaço “público não estatal” entendido da forma como se propõe na reforma do Estado, o que configuraria apenas uma forma de privatização da execução dos serviços sociais para as entidades sem fins lucrativos.

Pode-se concluir que a nomenclatura setor público “não estatal” guarda maior natureza ideológica e política do que jurídica, seja pelo fato do termo possuir extrema ambiguidade, seja pelo fato de estar embasado em uma falsa dicotomia Estado/mercado. Em verdade, a sua utilização apenas funciona como justificativa para eventual ação no sentido de “compatibilizar” a ação de entidades privadas em substituição ao Estado em atividades com forte interesse público.

Assim, parece relevante pontuar que as atividades atribuídas às Organizações Sociais na área dos serviços sociais deverão ser prestadas segundo um regime jurídico privado, mas informado por regras de Direito público, sendo que sua atuação deverá ser complementar àquela realizada pelo Poder Público, até porque a

Reforma do Estado não alterou a garantia fundamental que caracteriza o serviço público, traduzindo-se como um dever inafastável do Estado, nos termos do art. 175 da Constituição Federal. E, acompanhando a posição do Ministro Carlos Ayres Brito, entende-se que, em decorrência do regime adotado pela Carta Magna, é o Estado o sujeito que deve deter preponderância na prestação de tais serviços, de forma a assegurar a concretização dos direitos fundamentais por eles assegurados, traduzindo-se como condição para o desenvolvimento conforme por ela propugnado (Schier, 2011).

Corroborando em parte tal ideia, Barreto (1999), ao tratar das Organizações Sociais na reforma do Estado brasileiro, entende que o problema de utilização das OSs para a prestação dos serviços sociais não teria natureza jurídica, mas política, uma vez que o diploma legal apenas promove a retirada parcial do Estado destas atividades. Para a autora, as políticas sociais são de responsabilidade do Estado, mas não existe mais base de sustentação política ante a falência do modelo atual de prestação direta. Haveria uma defasagem legítima entre Estado e sociedade. Assim, imperativa a necessidade de se reconhecer esta falência e ampliar a participação democrática pela sociedade. Pontua, entretanto, que as OSs, apenas, não trazem resposta a esta defasagem, ante sua vulnerabilidade a grupos de interesse e a possibilidade de seu uso político. A solução seria a ampliação do controle social. Contudo, apenas o Estado pode planejar as políticas públicas setoriais a longo prazo, sendo que as OSs fragmentariam a sua continuidade. Conclui, portanto, que, para a viabilidade das OSs na prestação dos serviços sociais, deve-se atentar para a dimensão política do problema, garantindo-se um fluxo constante de recursos oriundos do Estado e uma maior participação da sociedade no seu controle, bem como para a sua dimensão gerencial, fiscalizando-se os resultados esperados.

Aprofundando a crítica sobre o papel das OSs nos serviços sociais, Violin (2010, p. 29) assevera que não apenas elas, mas a maioria das chamadas parcerias entre o Estado e o particular têm como objetivo real a fuga do regime jurídico-administrativo, sendo que a reforma do Estado serviria apenas para ampliar a acumulação capitalista. Para ele, a crise do Estado que originou a necessidade de sua reforma deveria ser enfrentada pelo aumento da participação democrática, já que, em sua opinião, o problema reside, ainda, na presença maciça da oligarquia na seara nacional.

Com relação ao modelo de Administração Pública gerencial, cuja implantação constituía um dos objetivos da reforma, o mesmo autor argumenta que, ao invés de promover a eficiência, este sistema tende a aumentar o

patrimônio de indivíduos ou de alguns grupos em detrimento da sociedade. A transição da Administração Pública patrimonialista para a burocrática weberiana não teria se completado no Brasil, de forma que a resposta gerencialista às falhas estatais não possuiria um parâmetro efetivo de mudança. A partir de tais premissas, Violin (2010, p. 54) assevera, ainda, que a correta interpretação da Constituição Federal leva à exigência de manutenção do modelo burocrático, mas com maior democracia (participação popular), voltado à consagração do princípio da dignidade humana. Para o autor, a desburocratização significaria um retrocesso para práticas patrimonialistas. Além do mais, segundo ele, não existe qualquer comprovação prática de que a redefinição do papel do Estado configuraria o melhor atendimento das demandas sociais (Violin, 2010, p. 75). Indo além, Montaña (2002, p. 56) critica o gerencialismo afirmando que ele acaba por levar ao uso político e econômico do aparelho estatal em favor do capital. Os serviços sociais teriam finalidades que não se podem mensurar financeiramente, sendo inviável o atendimento de metas.

Quanto ao tema do desenvolvimento, a Constituição exige a prestação direta dos serviços sociais pelo Estado, o que deslegitima sua exclusão por qualquer diploma legal, como aquele em comento. Como assevera Hachem (2013), o desenvolvimento não pode ser compreendido apenas sob o viés econômico, mas sua definição deve se revestir de maior amplitude, vinculando-se essencialmente ao valor da igualdade. A busca pela isonomia material de condições existenciais, segundo o autor, seria instrumentalizada por meio da efetivação dos direitos fundamentais econômicos e sociais, como os resultantes dos serviços sociais, os quais só poderiam ser garantidos através de um Estado intervencionista. Este modelo de atuação exige do agente estatal uma postura ativa e inclusiva, com o planejamento e a implementação de prestações dirigidas à satisfação destes direitos, reduzindo-se, ao final, as desigualdades que marcam a história brasileira.

Para Folloni (2014), a Constituição Federal pretende a transformação da realidade social e impõem compromissos neste sentido, fazendo claramente juízos de valor. E tais compromissos seriam tanto com o desenvolvimento econômico, com o aumento da riqueza material e sua distribuição, quanto com o desenvolvimento social por meio do crescimento de toda a sociedade em vez do indivíduo e da universalização dos direitos sociais. Para o autor, seria impossível o alcance da universalização de tais direitos sem políticas públicas

executadas diretamente pelo Estado, único sujeito capaz de fazer investimentos a longo prazo e suportar prejuízos financeiros em um mercado cativo.

Portanto, pode-se concluir que a Constituição Federal exige a prestação direta pelo Estado de atividades que, apesar de não serem exclusivas dele, estão ligadas à concretização dos direitos sociais, qualificando a prestação de serviços públicos como uma condição ao desenvolvimento. Daí conclui-se não ser possível a exclusão total do Estado em áreas como saúde, educação, proteção do meio ambiente, patrimônio histórico e acesso à ciência.

Assim, estes são os pressupostos teórico-constitucionais que autorizam a crítica aos argumentos do voto vencedor do Ministro Luiz Fux, na ADI aqui analisada. É certo que, conforme acentuou o Ministro, a CF poderá ser interpretada de modo a viabilizar projetos políticos divergentes dentro de suas balizas, mas estas estabelecem que os serviços públicos de saúde e educação e as atividades de interesse social de proteção do meio ambiente, do patrimônio histórico, bem como o acesso à ciência, demandam regime jurídico de Direito público, ainda que se admita a sua convivência com a prestação privada, por serem atividades não exclusivas do Estado. Daí porque não se admite apenas a atuação indireta pelo Poder Público, em face de seus deveres constitucionais.

Com base em tais premissas, constata-se que o voto proferido pelo Ministro Ayres Britto realmente faz a melhor leitura da matéria ao estabelecer que a CF determina que o papel do Estado na prestação de serviços públicos é de protagonista, seja diretamente ou por meio de concessão, permissão ou autorização, diferentemente da atividade econômica, onde atuaria como agente normativo e regulador (artigo 174 da CF). Além disto, o Ministro conclui com razão que as atividades ligadas à saúde, educação, proteção do meio ambiente, patrimônio histórico e acesso à ciência, apesar de não serem exclusivamente públicas, não podem ser exclusivamente prestadas por particulares.

Tal conclusão, no entanto, não impede que os serviços sociais sejam prestados pelas OSs como atividades privadas, fortemente reguladas e com incidência de princípios do regime de Direito público. Poderiam ser classificadas, assim, como serviços públicos virtuais, categoria difundida por Cassagne (1998, p. 423) para identificar as atividades privadas que, por ostentarem interesse geral, impõem ao poder público o exercício de intenso controle e a exigência de que sejam prestadas sob regime jurídico especial.⁴

⁴ Na doutrina nacional, veja-se, por exemplo, o tratamento do serviço público virtual no trabalho de Grotti (2006, p. 116).

Pode-se concluir, assim, que, ao contrário do que decidiu o STF, a lei deveria ter sido declarada inconstitucional, por admitir transferir as responsabilidades do Poder Público ao setor privado, por meio do regime jurídico das Organizações Sociais, ofendendo, com isso, o dever de prestação de serviços públicos elencados nos artigos 23, 196, 197, 199, parágrafo 1º, 205, 206, 208, 209, 215, 216, parágrafo 1º, 218 e 225, da CF.

Da atividade de fomento e a atuação das Organizações Sociais

Segundo o Ministro Luiz Fux, a Lei n° 9.637/98 não eximiu o Estado de sua responsabilidade em relação aos serviços sociais ali elencados, mas apenas teria instituído um sistema de fomento no qual haveria sua atuação indireta, afastando-se, nestes casos, a incidência do artigo 175 da CF. Contudo, tal argumento padece dos problemas que já foram tratados, girando em torno da necessidade ou não da atuação direta do Estado neste campo. Não se está a olvidar que o Estado possa desenvolver atividades indiretamente por meio do fomento na prestação dos serviços sociais não exclusivos, porém tal incentivo não poderá significar a exclusão de sua atuação direta, restringindo-se a uma atuação periférica.

Oliveira (2008, p. 17), acompanhando o entendimento do Ministro Luiz Fux, lembra que as OSs surgiram em um contexto de reforma do Estado brasileiro para atender ao Programa Nacional de Publicização (PNP), onde sua concepção legitimaria a extinção de órgãos públicos atuantes nas atividades elencadas na própria lei e sua substituição pelas OSs, bem como o fomento da atividade associativa com a sociedade civil. A atividade de fomento também estaria intrinsecamente ligada ao ideal proposto na reforma propugnada. Daí porque seria esta a função do Estado que mais se adequa ao princípio da subsidiariedade, permitindo que ele satisfaça as necessidades sociais de forma indireta, estimulando, de forma não compulsória, a atividade dos setores organizados da sociedade (Rocha, 2003, p. 16).

Todavia, como já afirmado, esta ideia está ligada a uma construção teórica neoliberal do princípio da subsidiariedade, que leva à falsa noção de que a atividade estatal direta e a atividade colaboracional privada são excludentes. Com base nos marcos teóricos adotados no presente estudo, parece mais correto estabelecer a colaboração entre uma e outra. Ao que parece, uma interpretação conforme a Constituição impede a extinção de órgãos públicos atuantes nas atividades elencadas na própria lei e sua substituição pelas OSs.

Destarte, a prestação de serviços sociais e a atividade administrativa de fomento, onde se insere a atuação das OSs, devem ser realizadas, por óbvio, de acordo com a Constituição Federal. Esta, por sua vez, delimita o campo de incidência reservado ao terceiro setor. Principalmente analisando os serviços sociais de saúde, educação, proteção do meio ambiente, patrimônio histórico e acesso à ciência (artigos 23, 196, 197, 199, parágrafo 1º, 205, 206, 208, 209, 215, 216, parágrafo 1º, 218 e 225, da CF), depreende-se que a atividade de fomento realizada pelo Estado é mandamental, principalmente pelo estabelecido no artigo 174, que determina o incentivo pelo Estado de tais atividades.

Preocupado com a utilização do termo “Administração Fomentadora”, que pode impropriamente ser utilizado para legitimar a transferência de bens e serviços de titularidade do Estado a organizações privadas por meio da já citada “publicização”, Rocha (2003, p. 35) distingue diversos instrumentos jurídicos pelos quais o Estado desempenha a atividade de fomento: subvenções e auxílios, contrato de gestão, convênio, parcerias, entre outros. Nos primeiros, a regra é a atuação direta do Estado quando se tratar de subvenção nas áreas sociais, onde são prestados serviços como educação e saúde. Isto quer dizer que, além do dever de prestação direta, o Estado, quando instado a atuar nas áreas citadas indiretamente por meio de fomento, deve conceder subvenções e auxílios. Esta noção é aceita nos dois votos aqui analisados, que não excluem a possibilidade de transferência de recursos públicos às OSs, mas não impõem a obrigatoriedade.

Assim, o fomento deve buscar satisfazer ao interesse público presente nas necessidades coletivas atreladas à finalidade de atuação do Estado, como os serviços sociais. Não o fazendo, a atividade de fomento deixa de ter legitimidade. Este interesse, por sua vez, é satisfeito de modo indireto e mediato, já que os particulares o executam com incentivo estatal.

Outro aspecto a ser observado é que, assim como o serviço público prestado pelo Estado, a atividade de fomento aos serviços sociais efetivada por ele estará submetida ao regime jurídico-administrativo de Direito público. Por este motivo, também haverá incidência de alguns dos princípios de Direito público sobre a atividade fomentada, apesar de esta ser desenvolvida pelos particulares, sob caráter de atividade privada (Rocha, 2003, p. 27).

Esta tendência, aparentemente, foi observada em ambos os votos, ainda que o voto vencedor tenha afirmado a aplicação do regime constitucional imposto à Administração, ao mesmo tempo em que ignorou o princípio

deduzível de necessidade de atuação direta estatal nos serviços sociais para o alcance do desenvolvimento.

Pode-se concluir, assim, que a decisão proferida pelo Ministro Luiz Fux não é de todo correta. A Lei n° 9.637/98 eximiu, sim, o Estado de sua responsabilidade em relação aos serviços sociais ali dispostos ao instituir um sistema de fomento no qual haveria sua atuação indireta, afastando-o de seu dever constitucional de prestação das atividades e colocando-o como ator secundário no sistema. Por outro lado, realmente não se pode aplicar o artigo 175 da CF, já que se trata de atividades não exclusivas do Estado, não sendo delegadas por este quando exercidas pelo particular.

Dentro do exposto, melhores fundamentos foram trazidos pelo Ministro Ayres Britto, que concluiu por haver privatização do serviço, e não “publicização”, permitindo-se a transferência de recursos ao particular e a atuação meramente indireta do Estado, motivo pelo qual estaria violado o dever de prestação de serviços públicos.

Ao que parece, a interpretação mais adequada é aquela que admite que tais atividades sejam prestadas pelas OSs, mas não como mecanismo que autorize o Estado a retirar-se destes campos. Por certo, as atividades particulares fomentadas pelo Poder Público não poderão jamais substituir o dever prestacional do Estado no campo dos direitos sociais, sob pena de negação da dimensão subjetiva de tais direitos fundamentais.

Dos contratos de gestão

A Lei n° 9.637/98 introduziu novos termos ao Direito Administrativo, como os contratos de gestão. Parte-se da ideia de que os institutos clássicos não seriam apropriados para aperfeiçoar o novo modelo de atuação do terceiro setor (Oliveira, 2008, p. 22).

As novas entidades estariam inseridas em um tipo de colaboração público-privada como mais uma das opções de o Estado se desincumbir de suas responsabilidades perante o cidadão de forma mais eficiente, alcançando melhores resultados. Assim, objetivando diminuir o tamanho do Estado com a redução dos volumes de recursos empregados nas atividades sociais, foram criados os contratos de gestão, que devem ser celebrados pelas OSs com o poder público.

A vertente crítica, no entanto, indica que tais contratos seriam apenas instrumentos antigos com nova roupagem, podendo indicar uma fuga do regime jurídico administrativo. No caso, isto não significa necessariamente inconstitucionalidade, uma vez que tais “contratos” serão empregados em atividades não exclusivas do Estado (Ferrari e Ferrari, 2007, p. 54). Segundo

o artigo 5° da Lei n° 9.637/98, contrato de gestão é o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas relacionadas no art. 1°. Como se pode observar, tais “contratos” nada têm de novo, pois a Administração já dispõe há tempo de instrumentos para atrair a colaboração do setor privado, como os convênios, por exemplo.

Neste ponto, cabe salientar que, de acordo com os votos analisados, os contratos de gestão seriam, na realidade, convênios. A importância de tal classificação reside no fato de não se aplicarem a eles dispositivos específicos dos contratos administrativos, como a necessidade de processo licitatório da Lei n° 8.666/93 para sua celebração (o que não afasta o dever de abertura de procedimento administrativo objetivo).

Um ponto de atrito reside na verificação de que os contratos de gestão devem possuir mecanismos de desempenho para permitir que as OSs ultrapassem a mera verificação de eficiência na prestação de suas atividades. Ou seja, tais instrumentos deverão trazer meios para que haja uma contabilidade transparente e a adaptação da legislação para uma maior flexibilidade de atuação, tudo com vistas a permitir o maior controle do financiamento e ao melhor desempenho da entidade (Bresser Pereira e Grau, 1999, p. 41). Infelizmente, a lei trata superficialmente este ponto.

O contrato de gestão, além de transferir recursos públicos, é colocado como meio de controle da atividade exercida pelo particular, já que não se pode falar em controle hierárquico ou supervisão ministerial, uma vez que as OSs não integram a Administração Pública. Apenas para ressaltar, em relação ao controle das atividades, diga-se, as OSs estão submetidas ao controle externo realizado pelo Tribunal de Contas da União, ao controle interno, ao controle de resultado devido ao princípio da eficiência e ao controle social direto ou indireto por meio do Ministério Público. Apesar disto, ainda não há dados suficientes para que se possa verificar a eficiência do controle que vem efetivamente sendo exercido sobre tais entidades, como ressaltam Ferrari e Ferrari (2007, p. 135).

Quanto à discricionariedade para a escolha das entidades privadas com as quais será celebrado o contrato de gestão, houve quem levantasse críticas em relação à previsão legal, pois poderia implicar quebra do princípio da isonomia (Figueiredo, 2001, p. 148). Na mesma linha, não apenas a escolha, como a qualificação da entidade por meio do critério de conveniência e oportunidade, mesmo que respeitados certos requisitos da Lei

n° 9.637/98, violaria o princípio da isonomia. Não existe qualquer motivo para que seja negada a qualificação se a entidade privada preencher os requisitos estabelecidos em lei. O processo de qualificação é, na verdade, espécie necessária de habilitação dos interessados em contratar com o Poder Público, ou seja, é procedimento técnico, que não pode possuir critérios discricionários muito abertos, conforme bem observou o então Procurador-Geral da República Antônio Fernando Barros e Silva e Souza. Apenas por conta disto, o artigo 2°, II, da Lei n° 9.637/98 carece de constitucionalidade (Rocha, 2003, p. 116). Ademais, deve-se demonstrar, objetivamente, para se prescindir de processo licitatório, que o regime da parceria com a iniciativa privada possui qualidade superior frente à atuação estatal direta, uma vez que os serviços sociais são de sua responsabilidade. A licitação, aqui, cede espaço à consecução de outras finalidades, vinculadas ao atendimento do interesse social.

Em relação ao controle de resultado, que deve fazer parte do contrato de gestão, deve-se obedecer ao mandamento constitucional do princípio da eficiência, correlacionando-se as metas traçadas no contrato de gestão e os resultados alcançados, empregando-se os meios mais adequados para alcançar os fins pretendidos, lembrando sempre que não se trata de uma mera transposição de parâmetros privados para o exercício das atividades sociais, principalmente quando configurarem violação de outros princípios constitucionais, como o da igualdade (Gabardo, 2003 p. 147).

Privatização e terceirização

Por fim, questão que ainda merece análise refere-se à possível privatização das atividades a cargo do Estado ou, ainda, à sua terceirização por meio da Lei n° 9.637/98.

Como já afirmado, o Ministro Luiz Fux, em seu voto vencedor, afirma que não ocorre o abandono pelo Poder Público de seus deveres constitucionais de atuação nos serviços sociais objetos da Lei em comento, pois o Estado estaria atuando de forma indireta por meio do fomento, ou seja, não ocorreria privatização dos serviços, tampouco terceirização das atividades-fim do Estado.

Acompanhando este entendimento, há quem afirme que, com as OSs, a Administração estaria fortalecendo a negociação com outros agentes dentro de um contexto de novos paradigmas no desempenho de suas funções. Estes estariam voltados mais à figura de um Estado contratual e financiador em contrataste com o clássico Estado burocrata, onde as colaborações pú-

blico-privadas seriam fomentadas por meio de diversas técnicas não coativas, dentre elas a transferência de recursos. E uma destas formas de colaboração seria exatamente a figura das OSs, que prestariam serviços sociais, deixando os serviços públicos para as concessões e as Parcerias Público-Privadas (Oliveira, 2008, p. 26).

Outros autores, entretanto, afirmam que estaria realmente ocorrendo uma privatização das funções estatais, o que é vedado pela Constituição (Violin, 2010; Montaña, 2002). Ainda nesta perspectiva, Queiroz (2011, p. 996), ao tratar dos aspectos jurídicos da privatização ocorrida em meados da década de 90, classifica os contratos de gestão como espécie de privatização, ao lado da concessão e da terceirização. E, realmente, caso se extingam órgãos públicos e se repassem todos os seus bens à gestão de entidades privadas, como as Organizações Sociais, estar-se-ia diante de clara privatização do serviço prestado. Nas razões de seu voto, o Ministro Ayres Britto conclui exatamente desta forma, afirmando também que esta privatização é manifestamente inconstitucional, bem como qualquer tipo de terceirização das atividades-fim do Estado, como a prestação dos serviços sociais.

Reforçando esta inconstitucionalidade, o modelo de “Estado contratual e financiador” ligado à visão de subsidiariedade leva à concepção de um Direito Administrativo neoliberal, chocando-se com o artigo 3°, III, da Constituição Federal, o qual propugna apenas a obrigação de se garantir a igualdade de oportunidades, inviabilizando a consecução de direitos fundamentais, dentre eles os sociais, que, em última análise, necessitam de uma Administração inclusiva por meio de uma ideia de Direito Administrativo Social com vistas à elaboração de políticas públicas universalistas (Hachem, 2013). O governo de momento eleito democraticamente não pode significar uma opção política por um Estado que se exima das obrigações constitucionais a ele impostas, abstenendo-se de exercer atividades de relevante interesse público, como saúde, educação e segurança (Rothenburg, 2007). Este é o limite da opção feita por meio do voto popular à terceirização ou à privatização destas atividades. Com efeito, a Administração Pública somente poderia terceirizar suas atividades-meio, o que lhe proibiria também o repasse de recursos e pessoal no caso de terceirização das atividades-fim.

Por isso, a utilização das OSs e dos contratos de gestão a elas ligados parece encobrir o que realmente se pretende: a substituição da atuação estatal pelo particular nas atividades que lhe são constitucionalmente mandamentais. Neste sentido, cabe ressaltar que a linguagem jurídica, aqui expressa em termos como “contratos de

gestão”, tem por base lógicas econômicas e políticas, que muitas vezes não dependem dela, mas fazem uso de sua linguagem. Esta, por sua vez, para acomodar os modelos institucionais impostos por uma determinada classe dominante, assume um papel polissêmico que disfarça o conflito entre tais modelos e o ordenamento jurídico nacional (Massonetto, 2009, p. 115).

A decisão do STF, portanto, acaba por abrir um perigoso precedente à possibilidade de privatização ou terceirização das atividades-fim do Estado, principalmente em áreas sensíveis à concretização dos direitos sociais.

Conclusão

A decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a lei que disciplina as Organizações Sociais tem forte impacto não apenas sobre tais entidades, mas sobretudo sobre o modo como a Administração Pública se relaciona com qualquer pessoa jurídica de Direito privado sem fins lucrativos que venha a desempenhar atividades que lhe são permitidas e fomentadas pelo Estado. No caso específico das OSs, a Lei nº 9.637/98 estabelece seu campo de atuação nas áreas de saúde, educação, proteção do meio ambiente, patrimônio histórico e acesso à ciência, as quais estão fortemente atreladas à concretização dos direitos sociais estabelecidos pela Constituição Federal.

Neste sentido, a decisão da ADI nº 1.923/DF acaba por criar uma referência relevante na mais alta corte do país, que poderá ser utilizada como parâmetro não apenas de futuras decisões concernentes aos direitos sociais, mas também de novas legislações que busquem garanti-los.

Entende-se, como afirmou o Ministro Luiz Fux, que a atuação do Estado poderá ser direcionada à atividade administrativa de fomento, através das OSs. Porém, com base nos pressupostos elencados no presente estudo, não se admite a exclusão do papel protagonista do Estado na prestação direta dos serviços sociais. Outra conclusão negaria os princípios concernentes ao modelo de Estado Social e Democrático de Direito consagrado pela Carta Constitucional, distanciando-se dos objetivos de desenvolvimento consagrados em seu art. 3º.

Por tais razões, teria sido melhor se o voto do ministro relator, Carlos Ayres Britto, houvesse sido vencedor, já que em suas razões de inconstitucionalidade reconhece e reafirma o papel de protagonista do Estado na prestação dos serviços sociais, como forma de assegurar a garantia de tais direitos fundamentais.

Referências

- BANDEIRA DE MELLO, C.A. 2007. *Curso de Direito Administrativo*. 22ª ed., São Paulo, Malheiros, 1.053 p.
- BARRETO, M.I. 1999. As organizações sociais na reforma do Estado brasileiro. In: L.C. BRESSER PEREIRA; N.C. GRAU (orgs.), *O público não-estatal na reforma do Estado*. Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, p. 107-150.
- BRESSER PEREIRA, L.C.B.; GRAU, N.C. 1999. Entre o Estado e o Mercado: o público não-estatal. In: L.C. BRESSER PEREIRA; N.C. GRAU (orgs.), *O público não-estatal na reforma do Estado*. Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, p. 15-50.
- CASSAGNE, J.C. 1998. *Derecho Administrativo*. 6ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, tomo 2, 1332 p.
- DI PIETRO, M.S.Z. 2002. *Parcerias na Administração Pública – Concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 4ª ed., São Paulo, Atlas, 395 p.
- FERRARI, P.N.; FERRARI, R.M.M.N. 2007. *Controle das Organizações Sociais*. Belo Horizonte, Fórum, 170 p.
- FIGUEIREDO, L.V. 2001. *Curso de Direito Administrativo*. 5ª ed., São Paulo, Malheiros, 633 p.
- FOLLONI, A.P. 2014. A complexidade ideológica, jurídica e política do desenvolvimento sustentável e a necessidade de compreensão interdisciplinar do problema. *Revista Direitos Humanos Fundamentais*, 14(1):63-91.
- GABARDO, E. 2003. *Eficiência e legitimidade do Estado*. Barueri, Manole, 207 p.
- GROTTI, D.A.M. 2006. Teoria dos serviços públicos e sua transformação. In: C.A. SUNDFELD (coord.), *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo, Malheiros, p. 39-71.
- HACHEM, D.W. 2013. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. A & C – *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, 13(53):153-168. <https://doi.org/10.21056/aec.v13i53.126>
- HIGA, A.S. 2011. Notas sobre as organizações sociais na ADI nº 1.923-DF. *Fórum Administrativo – FA*, 11(127):15-28.
- MASSONETTO, L.F. 2009. (Des)Regulação: em busca do senso perdido. In: M.S.Z. DI PIETRO (org.), *Direito Regulatório: temas polêmicos*. 2ª ed., Belo Horizonte, Fórum, p. 125-136.
- MONTAÑO, C. 2002. *Terceiro Setor e a questão social: crítica ao padrão emergente de intervenção social*. São Paulo, Cortez, 288 p.
- MORALES, C.A. 1999. Provisão de serviços sociais através de organizações públicas não-estatais. In: L.C. BRESSER PEREIRA; N.C. GRAU (orgs.), *O público não-estatal na reforma do Estado*. Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, p. 49-106.
- OLIVEIRA, G.J. de. 2008. As organizações sociais e o Supremo Tribunal Federal: comentários à Medida Cautelar da ADIn nº 1.923-DF. In: G.J. de OLIVEIRA (coord.), *Direito do Terceiro Setor*. Belo Horizonte, Fórum, p. 197-218.
- QUEIROZ, J.E.L. 2011. Principais aspectos jurídicos da privatização. In: J.E.M. CARDOZO (org.), *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo, Atlas, p. 970-1.012.
- ROCHA, S.L.F. da. 2003. *Terceiro Setor*. São Paulo, Malheiros, 174 p.
- ROTHENBURG, W.C. 2007. Algumas considerações sobre a incidência de direitos fundamentais nas relações do Estado com empresas e Organizações Sociais. In: G.J. de OLIVEIRA (coord.), *Terceiro Setor, Empresas e Estado: novas fronteiras entre o público e o privado*. Belo Horizonte, Fórum, p. 87-109.
- SCHIER, A.C.R. 2011. Serviço Público como direito fundamental: mecanismo de desenvolvimento social. In: R.F. BACELLAR FILHO; D.W. HACHEM (org.), *Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental: Anais do I Congresso da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo*. Belo Horizonte, Editora Fórum, vol. 1, p. 286-296.

SCHIER, A. da C.R. 2015. Serviço público: ensaio sobre a exclusividade do Estado na sua prestação. In: E. GABARDO; W. PONTES FILHO (coord.), *Problemas emergentes da administração pública*. Belo Horizonte, Fórum, p. 25-46.

SUNDFELD, C.A. 2002. *Fundamentos de Direito Público*. 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 189 p.

VIOLIN, T.C. 2010. *Terceiro Setor e as parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica*. 2ª ed., Belo Horizonte, Fórum, 312 p.

Submetido: 01/06/2016
Aceito: 24/10/2016