

JORNADAS DE ESTUDOS NDJ

**DIREITO  
ADMINISTRATIVO**

Organizadas por:

**Cerdônio Quadros***Editor e Coordenador Técnico e***Marcello Rodrigues Palmieri***Gerente da Consultoria NDJ*

## Tema em Destaque

**Organizações Sociais (Lei nº 9.637/98) e  
OSCIPs – Organizações da Sociedade Civil de  
Interesse Público (Lei nº 9.790/99)\***

Palestra proferida por:

**Paulo Modesto**

Professor de Direito da Universidade Federal da Bahia

Boa tarde a todos. É com grande satisfação que compareço à NDJ, na boa companhia do Dr. Cerdônio e do Dr. Marcello, para um contato com vocês sobre o tema Terceiro Setor, Organizações Sociais e outros subtópicos. Esses temas têm despertado o meu interesse há bastante tempo; eu tive a oportunidade de atuar como consultor jurídico do Ministério da Administração e, depois, como assessor jurídico especial para a Reforma do Estado, em Brasília. Nesta época, uma das discussões fundamentais envolvia a participação de setores da sociedade civil em tarefas sociais. Essa discussão, entretanto, tem um componente de enquadramento conceitual que é necessário, sob pena de ficarmos numa discussão limitada do ponto de vista organizacional.

A questão preliminar ao tema “Organizações Sociais” é o próprio conceito da atividade que essas entidades desempenham. Sem entendermos isso não conseguiremos saber se, de fato, as entidades têm uma compostura constitucional ou inconstitucional no Direito brasileiro. É preciso, portanto, tratar do enquadramento jurídico das atividades desempenhadas pelas organizações sociais.

Nos livros de Direito Administrativo, curiosamente, o enquadramento tem sido conceitual, mas um conceitual extrajurídico, o que não deixa de causar surpresa. É comum a nomenclatura “Terceiro Setor”, como se as entidades de que nós vamos tratar aqui, organizações sociais e organização da sociedade civil de interesse público, fossem o Terceiro Setor. É um equívoco. O conceito de Terceiro Setor não é um conceito jurídico, não se limita às organizações sociais, nem às organizações da sociedade civil de interesse público; o conceito de Terceiro Setor é heterogêneo e envolve um número expressivo de entidades com diferentes regimes jurídicos; o conceito jurídico que, na verdade, interessa aprofundar aqui, ainda não é tratado nos livros de Direito Administrativo nacionais. Nós já temos, há bastante tempo, essas entidades previstas, temos toda uma discussão sobre a constitucionalidade e inconstitucionalidade, porém o ponto inicial é o questionamento sobre as atividades desempenhadas por essas entidades, se é possível que desempenhem essas atividades, e isso não consta nos nossos livros.

\* Painel de Debates nas Jornadas de Estudos NDJ de Direito Administrativo, realizado no dia 17 de outubro de 2005, em São Paulo – SP.

Na CF/88, de forma expressa e, em pelo menos dois momentos, há o conceito jurídico de serviços de relevância pública – que não tem ainda despertado o interesse da doutrina. A Constituição, em dois momentos, tanto ao tratar das competências do Ministério Público quanto dos serviços de saúde, expressamente nomina certas atividades como serviços de relevância pública, ao lado dos conceitos de serviços públicos e de exploração econômica.

No Brasil, para o bem ou para o mal, talvez num momento de consolidação do nosso Direito Administrativo, nós temos um enorme apego a conceitos binários; quase tudo no Direito Administrativo brasileiro é conceito binário: cargo efetivo e cargo de confiança, serviço público e serviço de exploração econômica. Eu poderia continuar aqui dando um enorme leque de conceitos que são sempre casados, são binários, são auto-excludentes, que estão previstos no nosso Direito, mas em muitos momentos isto fica insustentável. Na atividade de que nós estamos tratando, nos serviços sociais, isto é insustentável, porque nestes serviços não se cumpre o figurino dos serviços públicos nem dos serviços de exploração econômica.

Esses serviços sociais têm hoje um regime jurídico na Constituição brasileira; esse regime jurídico permite que sejam incentivadas as organizações, como as organizações da sociedade civil, as organizações sociais; permite que o apoio a essas entidades tenha a conformação que a lei prevê, e isto é a base de partida para qualquer discussão sobre a legalidade ou a constitucionalidade dessas entidades. Se nós ficarmos apenas discutindo como se compõem, como se estruturam, estaremos numa discussão pobre; poderemos voltar a isso, e voltaremos a esses aspectos organizacionais, mas eu quero partir do ponto inicial, que é o ponto da atividade material.

Eu vou utilizar a metáfora de um professor português, Vital Moreira, que, na sua tese de doutorado, sugeriu que nós deveríamos romper – e ele já sugeria isso havia anos – com o que ele chamava de “metáfora de soma zero”. A metáfora de soma zero significa que a atividade ou é pública ou é privada; a atividade é serviço público, e é própria do Estado, ou é própria do particular, e é uma atividade econômica.

Aparentemente, a Constituição brasileira autoriza isso e tentou fazer uma divisão. No art. 175, *caput*: “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”. No art. 173, *caput*, diz: “Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”. Ora, o que aparenta esta divisão é que a atuação do Estado nos serviços públicos é uma atividade ordinária, uma atividade rotineira, que lhe é própria. A atividade do particular nos serviços públicos é uma atividade excepcional; somente por delegação ele pode atuar. E quando o Estado atua no setor de exploração econômica, é predominantemente em regime privado, através de suas empresas, sem prerrogativas especiais próprias do Poder Público. Muito bem, só que a doutrina tenta fazer essa divisão como auto-excludente, isto é, o que não é uma coisa, é outra; o que não for serviço público é atividade de exploração econômica; o que não é atividade de exploração econômica é serviço público. Se o serviço público está reservado ao Estado, o particular só pode exercer por delegação; e se, ao contrário, o Estado excepcionalmente atua, e o particular atua sem necessidade de qualquer delegação do Estado, é serviço de exploração econômica. O equívoco está em dar caráter exaustivo a essa classificação, porque existe no Brasil um setor de serviços sociais; neste setor o Estado atua de forma obrigatória, mas o particular não precisa de delegação do Estado para atuar – não é feita licitação para essa atuação dos particulares, é necessário apenas cumprir requisitos de polícia ou, como qualquer atividade privada, alguns requisitos econômicos. O Estado não pode se exonerar dessa atividade e deve fiscalizá-la, estimulá-la, fomentá-la. Como enquadrar? No regime do serviço público ou no regime das atividades de exploração econômica? De forma artificial a doutrina tentou enquadrar essas atividades sociais no conceito de serviço público, dizendo de forma, a meu juízo, ambígua, que quando essas atividades forem desempenhadas pelo Estado são serviços públicos e quando forem desempenhadas por particulares são atividades econômicas. Ou seja, enquanto todas