

**FUNDAÇÃO MINEIRA DE CULTURA / UNIVERSIDADE FUMEC
FACULDADE DE CIENCIAS HUMANAS, SOCIAIS E DA SAÚDE**

Juliana de Souza Bechara Braga

**A SANTA CASA DE MISERICÓRDIA DE BELO HORIZONTE E O TERCEIRO
SETOR: análise do título de utilidade pública e da parceria com o Município**

Belo Horizonte

2015

**FUNDAÇÃO MINEIRA DE CULTURA / UNIVERSIDADE FUMEC
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS, SOCIAIS E DA SAÚDE**

Juliana de Souza Bechara Braga

**A SANTA CASA DE MISERICÓRDIA DE BELO HORIZONTE E O TERCEIRO
SETOR: análise do título de utilidade pública e da parceria com o Município**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, da Universidade FUMEC, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Área de concentração: Instituições Sociais, Direitos e Democracia.

Linha de pesquisa: Esfera pública, legitimidade e controle.

Orientadora: Profa. Dra. Maria Tereza Fonseca Dias

Belo Horizonte

2015

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

B813s Braga, Juliana de Souza Bechara, 1979-
A Santa Casa de Misericórdia de Belo Horizonte e o
terceiro setor: análise do título de utilidade pública e da
parceria com o município / Juliana de Souza Bechara
Braga. – Belo Horizonte, 2015.
152 f. ; 29,5 cm

Orientadora: Maria Tereza Fonseca Dias
Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade
FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da
Saúde, Belo Horizonte, 2015.

1. Santa Casa de Misericórdia de Belo Horizonte. 2.
Associações sem fins lucrativos - Brasil. 3. Serviços de
utilidade pública - Brasil. I. Título. II. Dias, Maria Tereza
Fonseca. III. Universidade FUMEC, Faculdade de
Ciências Humanas, Sociais e da Saúde.

CDU: 35.078.6



UNIVERSIDADE
FUMEC/FCH

FACULDADE DE CIÊNCIAS

PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO EM INSTITUIÇÕES SOCIAIS, DIREITO E DEMOCRACIA

NOTA FINAL DA DEFESA DE DISSERTAÇÃO DE
MESTRADO

BANCA EXAMINADORA:

ASSINATURAS:

Profa. Dra. Maria Tereza Fonseca Dias M.T.Fonseca

Prof. Dr. Carlos Victor Muzzi Filho CV Muzzi

Profa. Dra. Cristiana Maria Fortini Pinto e Silva Cristiana

MESTRANDA: JULIANA DE SOUZA BECHARA BRAGA

TÍTULO DA DISSERTAÇÃO:

**“A SANTA CASA DE MISERICÓRDIA DE BELO HORIZONTE E O
TERCEIRO SETOR: análise do título de utilidade pública e da
parceria com o Município.”**

NOTA: (85) oitenta e cinco

ASSINATURA ORIENTADOR: M.T.Fonseca

DATA DA DEFESA: 08/07/2015

APRESENTAÇÃO

A presente dissertação é fruto da inquietação de uma jovem advogada que, no início de 2004, foi trabalhar em uma das maiores entidades sem finalidade lucrativa do País, a Santa Casa de Misericórdia de Belo Horizonte. Essa instituição é a grande parceria do Município de Belo Horizonte no tocante à execução das políticas públicas de saúde pública, no Estado Minas Gerais. Nos últimos dois anos, as Santas Casas foram destaque nos noticiários do País em virtude da hipossuficiência econômico-financeira que assola os hospitais sem finalidade lucrativa de todo o País. Diante disso, o presente trabalho procura contribuir para ampliar o conhecimento e as informações sobre essas entidades.

AGRADECIMENTOS

A formulação do presente agradecimento me fez reviver grandes momentos, eternizados pelas boas lembranças, recheados de determinação, alegrias, amizades, lealdade, cumplicidade e amor.

A base de todo o sentimento é a fé, e a fé é repassada pela família. A partir disso, lembrei-me do meu avô Michel e minha avó Elza, matriarca de “peso”, falecida recentemente.

O meu agradecimento iniciará estendendo-se a um àqueles sem cujo apoio eu nada seria: meu pai, Raimundo, e minha mãe, Sonia. Exemplo de casal, de amor incondicional, de muitos ensinamentos que busco reproduzir ao longo de minha vida. Pai Raimundo, grande mestre e professor, que sempre, direta e indiretamente, incentivou meus estudos, exemplo a ser seguido, sempre conciliando vida familiar e profissional, sem deixar de estar presente na vida das filhas, incentivando-nos a ser pessoas melhores e profissionais dedicadas. Mãe Sonia, mulher de fibra e grande conselheira, sempre serena e apaziguadora, transmitindo os melhores sentimentos do ser humano: o amor e a sapiência.

Laura e Cris, irmãs, amigas, as preciosidades do mundo. Cada uma de vocês tem lugar especial na minha vida, sempre conselheiras e bússolas no momento de desvirtuamento de caminho. Não poderia deixar de lembrar aqui dos meus cunhados-irmãos: Renato e Kiko.

Aos meus sobrinhos, Miguel e Rafael, arcanjos em todos os sentidos, os primeiros a me mostrar a face mais pura do amor, do sentimento de cuidar e de responsabilidade.

Agradeço àquele que me atura todos os dias, amigo, amante, companheiro. A minha vida, André, sem você não faz mais sentido. Ao meu filho Joaquim, que tornou minha vida mais completa, e me ensinou a amar incondicionalmente.

Aos meus pais e irmãos de Belo Horizonte: Tio Sérgio, Tia Virgínia, Gui, Dani e Carol, pela calorosa acolhida e apoio nas horas mais difíceis.

Agradeço a todos os colegas da Assessoria Jurídica e de Auditoria Interna da Santa Casa de Belo Horizonte, que de forma direta e indireta me auxiliaram nesta pesquisa. Em especial, ao Dr. João Costa Aguiar Filho, incentivador constante na busca de respostas às minhas inquietações.

À Carla, grande amiga e leal dupla de trabalho, por escutar meus devaneios e apresentar sua visão sempre de forma serena, e à Kéuria, sempre pronta a ajudar e ávida pelo conhecimento.

À provedoria da Santa Casa de Misericórdia de Belo Horizonte, na pessoa do Carlos Renato, que sempre buscou me auxiliar a conhecer mais essa instituição. À Lourdes, da

Federassantas, muito atenciosa e disponível às minhas consultas. À Santa Casa, na pessoa da gerente de faturamento, Ana Paula De Felippo, por disponibilizar todos os documentos solicitados para a pesquisa.

A minhas amigas, por suportar minha ausência neste período de busca pelo conhecimento.

Aos professores e colegas da pós-graduação *stricto sensu* da FUMEC agradeço pelo conhecimento transmitido e pelas ricas discussões.

Em especial à minha orientadora, Professora Dra. Maria Tereza Fonseca Dias que, além de grande pesquisadora, generosa em compartilhar o conhecimento, tem uma serenidade ímpar e um coração enorme.

À Victoria, por sempre estar nos bastidores, auxiliando os alunos confusos e inquietos.

RESUMO

As Santas Casas de Misericórdia, como entidades sem finalidade lucrativa, prestam serviços médico-hospitalares e de assistência social desde a época do Brasil Império. A parceria firmada entre o Estado e essas entidades tem como base o título de utilidade pública, regido pela Lei nº 91/1935. Por ser legislação federal, o Estado e o Município de Belo Horizonte publicaram leis respectivas sobre a matéria: o Estado publicou a Lei 12.972/98, e o Município de Belo Horizonte publicou a Lei nº 6.648/94. O tema foi desenvolvido a partir da noção da subsidiariedade apresentado por Sílvia Faber Torres, pois esta, no sentido horizontal, justifica a relação jurídica estabelecida entre as entidades sem finalidade lucrativa e o Estado, na medida em que significa a descentralização do poder com a atuação da sociedade civil na execução das atividades de interesse coletivo. Esse marco teórico foi eleito haja vista ter sua origem nas encíclicas papais, nas quais a liberdade e a justiça são elementos precípuos, e o bem comum princípio fundante. Dessa forma, o objetivo geral da pesquisa foi compreender a Santa Casa de Misericórdia de Belo Horizonte e sua inserção no denominado “terceiro setor”, bem como a finalidade do título de utilidade pública para o estabelecimento das parcerias com a municipalidade. Foram abordados o problema conceitual do “terceiro setor”, bem como as outras denominações, o fomento público e os instrumentos jurídicos existentes e a forma de escolha das entidades. Para além dessas questões teóricas e conceituais, o presente trabalho promoveu o estudo de caso da Santa Casa de Misericórdia de Belo Horizonte e das parcerias firmadas com o Município de Belo Horizonte. Por essa razão, foram analisados os instrumentos jurídicos que formalizaram essa parceria, a fim de testar a hipótese de que essa entidade faz parte do “terceiro setor” e que o título de utilidade pública produz efeitos tão somente honoríficos. Os procedimentos de pesquisa restaram pautados no levantamento bibliográfico, análise da legislação vigente, dados coletados em sítios oficiais e documentos da própria instituição. O resultado do estudo confirma a hipótese levantada e revela não só que o título de utilidade pública, por si só, não garante qualquer benefício ou vantagem à Santa Casa de Misericórdia de Belo Horizonte, mas também que o estabelecimento da relação jurídica dessa entidade com o setor público está pautado no dispositivo constitucional que prevê a atuação das entidades privadas de forma complementar.

Palavras chaves: Santas Casas de Misericórdia; Santa Casa de Misericórdia de Belo Horizonte; subsidiariedade; terceiro setor; parcerias; qualificações; título de utilidade pública.

ABSTRACT

The Irmandades da Misericórdia were among the first to establish Brazilian hospitals, hostels and asylums known as *Santas Casas*, with working in collaboration with governments. This partnership is based in a law published in 1935, number 91, like this civil societies, associations, foundations, and NGOs may qualify for the status of "public utility". But this is a federal's Law, in this way the state and the municipality of Belo Horizonte, published its laws on the matter: the state enacted Law 12,972 / 98; the Municipality of Belo Horizonte published the Municipal Law No. 6,648 / 94. The research was developed from the notion of subsidiarity presented by Sylvia Faber Torres. In that it means the decentralization of power with acting civil society in the implementation of collective interest activities. This theoretical framework was elected considering having their origin in papal encyclicals, in which freedom and justice elements, and the common good foundational principle. The third sector universe in Brazil is as diverse as the religious, social, and political forces that led to its formation, thus, the overall objective of the research was to understand the *Santa Casa de Misericórdia de Belo Horizonte* and their inclusion in the third sector as well as the purpose of the public utility title to the establishment of partnerships with the municipality. It was discussed the conceptual problem of third sector as well as other denominations, public promotion and the existing legal instruments and how to choose the entities. In addition to these theoretical and conceptual issues, this study is a case studies of the *Santa Casa de Misericórdia* and partnerships with the Municipality of Belo Horizonte. For this reason, the legal instruments formalized this partnership were analyzed for testing the hypothesis that this organization is part of the third sector and the public utility title effect as only honorary. Search procedures remained guided by the literature, analysis of existing legislation, data collected from official sites and documents of the institution. The result of the study confirms the hypothesis raised and shows the title of public utility by itself, does not guarantee any benefit or advantage to the *Santa Casa de Belo Horizonte*, as well as the establishment of the legal relationship of this entity with the public sector It is guided on the constitutional provision providing for the role of private entities in a complementary way.

Keywords: third sector, state, "public utility", civil society, partnership, subsidiarity.

Lista de Abreviaturas e Siglas

ABONG- Associação Brasileira de Organizações Não-Governamentais
ADI- Ação direta de inconstitucionalidade
AGU- Advocacia geral da União
ART.- Artigo
CAE- Comissão de assuntos econômicos
CCJ- Comissão de Constituição e justiça
CFT- Comissão de finanças e tributação
CEBAS- Certificado de entidade beneficente e assistência social
CEM- Centro de Especialidades Médicas
CF- Constituição Federal
CMA- Comissão de meio ambiente, defesa do consumidor e fiscalização e controle
CMAS- Conselho municipal de assistência social
CMB- Confederação das Santas Casas de Misericórdia, Hospitais e Entidades Filantrópicas
CNAS- Conselho nacional de assistência social
CNES- Cadastro nacional de entidade de utilidade pública
CPI- Comissão Parlamentar de Inquérito
CSSF- Comissão de seguridade social e família
CTASP- Comissão de trabalho, de administração e serviço público
DOM- Diário oficial do Município de Belo Horizonte
FEDERASSANTAS- Federação das Santas Casas e Hospitais Filantrópicos de Minas Gerais
IBGE- Instituto brasileiro de geografia e estatística
IGAP- Instituto Geriátrico Afonso Pena
INAMPS- Instituto nacional de assistência médica e previdência social
INSS- Instituto nacional de serviço social
LDO- Lei de diretrizes orçamentárias
LOAS- Lei orgânica da assistência social
MROSC - Marco regulatório das organizações da sociedade civil
MJ- Ministério da justiça
MP- Ministério do planejamento, orçamento e gestão
NOB- SUS- Norma operacional básica do sistema único de saúde- SUS
ONG- Organizações não governamentais
ONU- Organizações das Nações Unidas

OSC- Organizações da sociedade civil

OSCIP- Organizações da sociedade civil de interesse público

OS- Organizações sociais

PDT- Partido Democrático Trabalhista

PLS- Projeto de lei do senado

POA- Plano operacional anual

POA- Plano operacional anual

PROSUS- Programa de fortalecimento e recuperação das entidades sem finalidade lucrativa que prestam serviço de forma complementar ao SUS

PT- Partido dos Trabalhadores

UPF- Utilidade pública federal

STF- Supremo Tribunal Federal

SINCONV- Sistema de gestão de convênios e contratos de repasse

SUDS- Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde

SUS- Sistema único de saúde

SCMBH- Santa Casa de Misericórdia de Belo Horizonte

Lista de quadros

Quadro 1- Formas Históricas de Estado e Sociedade no Brasil.....	19
Quadro 2- Nomenclatura das entidades sem finalidade lucrativa e as épocas em que se apresentaram.....	47
Quadro 3- Comparativo das entidades sem finalidades lucrativas previstas no Código Civil..	54
Quadro 4- Instrumentos de fomento direito e as entidade do “terceiro setor”	71
Quadro 5- Previsão das subvenções sociais, contribuições e auxílios.....	72
Quadro 6- Comparativo dos sistemas de saúde.....	107
Quadro 7- Comparativo das exigências para qualificação dos títulos de utilidade pública da União, Estado de Minas Gerais e Município de Belo Horizonte.....	128

Lista de tabelas

Tabela 1 – Produção de serviços realizados nos estabelecimentos hospitalares em 2011.....119

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO TEÓRICO-METODOLÓGICA	15
1.1 TEMA PROBLEMA.....	18
1.2 HIPÓTESES.....	24
1.3 OBJETIVOS.....	25
1.4 METODOLOGIA.....	26
2 ANÁLISE HISTÓRICA E CONCEITUAL DO “TERCEIRO SETOR”	30
2.1 ANÁLISE HISTÓRICA DO “TERCEIRO SETOR”.....	31
2.2 O PROBLEMA CONCEITUAL DO “TERCEIRO SETOR”.....	34
2.2.1 Filantropia, Organizações Não-Governamentais (ONG’s) e Organizações da sociedade civil (OSC’s) ?	40
2.2.2 A Lei nº 13.019 de 31 de julho de 2014: Organizações da Sociedade Civil (OSC)	47
2.3 NATUREZA JURÍDICA DAS ATIVIDADES DESENVOLVIDAS.....	49
2.4 FORMAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO DAS ENTIDADES SEM FINALIDADE LUCRATIVA.....	53
2.4.1 Associações privadas	54
2.4.2 Fundações	58
3 PARCERIAS ENTRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O “TERCEIRO SETOR”	60
3.1 SUBSIDIARIEDADE COMO BASE DAS PARCERIAS ENTRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O “TERCEIRO SETOR”	61
3.2 INSTRUMENTOS JURÍDICOS DA ATIVIDADE DE FOMENTO	67
3.2.1 Mecanismos de fomento direto	70
3.2.1.1 <i>Subvenções, auxílios e contribuições</i>	72
3.2.1.2 <i>Instrumentos de parceria</i>	73
3.2.1.2.1 <u>Covênio</u>	75
3.2.2.2 <u>Termos de colaboração e fomento</u>	78
3.2.2 Mecanismos de fomento indireto	82
3.3 PROCEDIMENTO DE SELEÇÃO PÚBLICA DAS ENTIDADES PARCEIRAS	87

3.4 AS QUALIFICAÇÕES EXISTENTES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	89
3.4.1 Título de Utilidade Pública.....	91
3.4.2 Organizações Sociais.....	93
3.4.3 Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público.....	95
3.4.4 Certificado de Entidade Beneficente e de Assistência Social.....	96
4 AS PARCERIAS FIRMADAS NO ÂMBITO DA SAÚDE E O PAPEL DAS SANTAS CASAS DE MISERICÓRDIA.....	99
4.1 CONTEXTO HISTÓRICO: AS PARCERIAS FIRMADAS NO ÂMBITO DA SAÚDE.....	100
4.2 SISTEMAS DE SAÚDE.....	101
4.3 O DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	103
4.4 ORIGEM E DESENVOLVIMENTO DAS SANTAS CASAS DE MISERICÓRDIA...107	
4.4.1 Contexto histórico.....	107
4.4.2 As Santas Casas de Misericórdia no Brasil.....	112
4.4.3 A Santa Casa de Misericórdia de Belo Horizonte.....	117
<i>4.4.3.1 Abrangência e atividades.....</i>	<i>118</i>
<i>4.4.3.2 Fomento.....</i>	<i>120</i>
<i>4.4.3.3 Situação econômico-financeira.....</i>	<i>121</i>
4.5 A SANTA CASA DE MISERICÓRDIA E A PARCERIA COM O MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE.....	125
4.5.1 A declaração de utilidade pública e a Santa Casa de Misericórdia de Belo Horizonte.....	125
4.5.2 A parceria com o Município de Belo Horizonte.....	129
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	132
REFERÊNCIAS.....	136
ANEXOS	
ANEXO A- Quadro composto pela legislação federal sobre as entidades sem finalidade lucrativa.....	148
ANEXO B- Comparativo da legislação federal no que tange às qualificações.....	152

1 INTRODUÇÃO TEÓRICO-METODOLÓGICA

Embora, nos últimos anos, tenham aumentado significativamente os estudos acerca do tema “terceiro setor”, em consequência da ampliação das entidades, algumas questões ainda não foram abordadas ou receberam abordagem de forma superficial. Importante notar que, a partir da reforma gerencial, apesar da expansão dos estudos sobre as Organizações Sociais de Interesse Público e as Organizações Sociais, estes focaram, de certo modo, a reforma gerencial, não considerando as antigas entidades sem finalidade lucrativa e o título de utilidade pública. Nesse vértice, não se veem na doutrina estudos jurídicos acerca das Santas Casas, motivo pelo qual a presente investigação pretende agregar valor à comunidade científica.

Entidades sem finalidade lucrativa que privilegiam o atendimento à população carente, nas áreas assistenciais e de saúde, as Santas Casas¹, ao longo dos anos, foram evoluindo a forma de atendimento e profissionalizando-se². Para tanto, o estudo se propõe a averiguar a atuação das entidades sem finalidade lucrativa e sua relação com a assistência social e a filantropia³, a partir da ideia da subsidiariedade.

Ademais, nos últimos dois anos, a mídia tem noticiado um problema antigo que acompanha a maioria das Santas Casas do nosso país: a crise financeira. Esse contexto leva a refletir sobre o real papel dessas entidades para a saúde pública do nosso país. A Câmara dos Deputados⁴ criou uma subcomissão especial (na Comissão de Seguridade Social e Família) para averiguar a situação das Santas Casas e tratar a respectiva crise financeira.

¹ Maria Luiza Mestriner, ao fazer apanhado histórico das entidades sem finalidade lucrativa no Brasil, expõe que: “[...] o quadro de organizações sociais em nosso país vem se formando há mais de quatrocentos anos. A primeira e duradoura instituição criada em vários pontos do país, transplantada de Lisboa e pautada no modelo da esmola foi a Irmandade de Misericórdia, que inicialmente dava dotes aos órfãos e caixão para enterros dos pobres” (MESTRINER, Maria Luiza. *O Estado entre a filantropia e a assistência social*. São Paulo: Cortez, 2013, p. 40).

² SANTOS, Manoel Hygino dos. *Santa Casa de Belo Horizonte: uma historia de amor à vida*. Belo Horizonte: 2010, p. 81 a 83.

³ Não serão objeto deste estudo os motivos que levaram à existência das entidades sem finalidade lucrativa, uma vez que já existem importantes estudos acerca desse tema: DIAS, Maria Tereza Fonseca (*Terceiro Setor e Estado: Legitimidade e Regulação – Por um novo marco jurídico*. Belo Horizonte, Fórum: 2008); FALCAO, Joaquim (*Democracia Direito e Terceiro setor*, 2ª ed., Rio de Janeiro, 2000); SZAZI, Eduardo (*Terceiro Setor: regulação no Brasil*. São Paulo: Petrópolis, 2000); TEIXEIRA, Josenir (*O terceiro setor em perspectiva: da estrutura a função social*. Belo Horizonte: Fórum, 2011); VIOLIN, Tarso Cabral (*Terceiro setor e as parcerias com a administração pública: uma análise crítica*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010). O presente trabalho abordará os fatores de recrudescimento do terceiro setor somente como forma de demonstrar a existência das Santas Casas ao longo dos tempos e a forma da evolução da legislação.

⁴ No ano de 2012, por iniciativa do Deputado Antônio Brito (PTB-BA), da Frente Parlamentar de apoio às Santas Casas, hospitais e entidades filantrópicas, na área da saúde.

Ao analisar o histórico das entidades, a subcomissão⁵ concluiu que a crise financeira advém dos baixos repasses de recursos públicos para o desempenho de suas atividades, de modo que, em julho do mesmo ano, foi publicado um relatório como importante instrumento na instituição do programa de fortalecimento das entidades e, em 24 de outubro de 2013, foi publicada a Lei nº 12.873, que instituiu o programa de fortalecimento das entidades privadas filantrópicas e das entidades sem fins lucrativos que atuam na área da saúde e participam de forma complementar do Sistema Único de Saúde – PROSUS. Dos artigos 23 ao 44, a lei tratou da concessão de moratória e remissão dos débitos das entidades sem finalidade lucrativa que atuam na saúde, mediante o pagamento dos valores relativos à retenção de tributos de terceiros.

A Santa Casa de Misericórdia de Belo Horizonte, uma das maiores entidades sem finalidade lucrativa no país, emprega, na atualidade, mais de 4 mil funcionários e dispõe de 1093 leitos voltados ao Sistema Único de Saúde⁶. A partir desses dados, a intenção deste trabalho é fazer um estudo de caso que sirva à comunidade acadêmica como forma de conhecer as especificidades das Santas Casas e a sua relação com o “terceiro setor”.

Tendo como objeto investigado a relação jurídica estabelecida entre a Santa Casa e o Município de Belo Horizonte, o presente estudo alinha-se à área de concentração do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Fumec – “Instituições sociais, direito e democracia” – e à linha de pesquisa “Esfera pública, legitimidade e controle”.

No paradigma do Estado Democrático de Direito e de democracia substantiva, a legitimidade está pautada na atuação do Estado de forma eficiente e econômica, buscando melhor atuação com menor custo. Para tanto, a administração pública vale-se do diálogo, dos instrumentos consensuais, da cooperação e da colaboração da sociedade civil, como afirma Diogo de Figueiredo:

Essa nova percepção da democracia se manifesta na multiplicação de institutos consensuais no Brasil, tais como os contratos administrativo de parceria e os acordos administrativo de coordenação, ambas destacadas modalidades de execução associada do interesse público, por sua notável característica sinérgico-sociopolítica potencializar a capacidade de ação do Estado pela composição e pela soma de esforços,

⁵ Para maiores informações sobre o diagnóstico da situação financeira das Santas Casas, acessar o relatório da subcomissão, disponível em:

<<http://www.camara.leg.br/internet/SitaqWeb/TextoHTquML.asp?etapa=5&nuSessao=199.2.54.O&nuQuarto=57&nuOrador=1&nuInsercao=19&dtHorarioQuarto=16:24&sgFaseSessao=OD&Data=11/07/2012&txApelido=RUBENS%20BUENO,%20PPS-PR#>> Acesso em: jun. de 2015. Outro importante trabalho foi desenvolvido por Lêda Maria Ramos Parreira, disponível em: file:///C:/Users/User/Downloads/frentes_parlamentares_parreira.pdf.> Acesso em: jun. de 2015.

⁶ Informações retiradas do Balanço Social do grupo, disponível em Santa Casa de Misericórdia de Belo Horizonte. Disponível em: < http://www.santacasabh.org.br/files/downloads/relatorio_gestao_2014.pdf > Acesso em: jun. de 2015.

sobrevindo em acréscimo às modalidades de execução tradicionais, a direta e indireta, antes praticada de modo que a gestão dos interesses públicos a cargo do Estado pode diretamente – pelos órgãos executivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; – indiretamente – pelos entes públicos por eles criados, como autarquias, paraestatais (integrantes da administração indireta); e de modo inovativo, associadamente – através de pessoas jurídicas de direito privado que aliam ao Estado sob um vínculo de colaboração de direito público⁷.

A despeito de o objeto de investigação ter origem no período monárquico, anterior, portanto, ao paradigma do Estado Democrático de Direito, como será tratado adiante, e a despeito do fato de a noção de subsidiariedade ser tão antiga quanto imbuída dos ideais cristãos, essa teoria voltou a ser idealizada, de maneira atemporal, a partir da análise das atividades ofertadas por entidades sem finalidade lucrativa no momento contemporâneo.

As transformações das esferas públicas, notadamente a relação entre o Estado e as entidades de “terceiro setor”, transformam-no em agente fundamental para o cumprimento dos direitos sociais, previstos na Constituição Federal, formatada pela égide do paradigma do Estado Democrático de Direito, segundo o qual a pessoa humana é o centro ético do direito e do Estado. Desse modo, a participação da sociedade civil é uma das formas de materialização da democracia substantiva, em que o direito público tem evoluído a partir desses mecanismos de composição e da soma de esforços entre os setores públicos e privados⁸.

No momento contemporâneo, em que se transformam as esferas públicas e privadas, é necessário repensar um dos mais antigos títulos atribuídos pelo poder público às entidades sem finalidade lucrativa, a fim de verificar sua obrigatoriedade para que o particular possa firmar parceria com a administração pública. Dessa forma, esperam-se contribuições da presente pesquisa nos seguintes aspectos: evolução teórica do direito do “terceiro setor”; divulgação das particularidades das Santas Casas; estudos acerca da declaração de utilidade pública; aprimoramento dos mecanismos de fomento; identificação do princípio da subsidiariedade.

As entidades sem finalidade lucrativa, sobre cuja existência e atuação muito se especula, são pessoas jurídicas voltadas ao atendimento dos direitos sociais em geral e atuam de forma expressiva no Brasil desde o Império. No livro *O Estado entre a Filantropia e a Assistência Social* (2011), Maria Luíza Mestriner, numa importante análise do histórico das entidades sem finalidade lucrativa no Brasil, na área da assistência social, demonstra que o país tem tradição na área da filantropia, que se iniciou com as Irmandades de Misericórdia⁹.

⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 74.

⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 78.

⁹ MESTRINER, Maria Luíza. *O Estado entre a filantropia e a assistências social*. 4 ed. São Paulo: Cortez, 2011.p.40 e 41.

Também conhecidas atualmente como “terceiro setor”, essas entidades sem finalidade lucrativa¹⁰ foram passando, em cada momento histórico, por variadas nomenclaturas, como filantrópicas, ONG’s e, mais recentemente, organizações da sociedade civil. A partir dessas considerações, iniciou-se esse histórico com as entidades filantrópicas, que serão abordadas e melhor detalhadas no item 2.2.1.

1.1 TEMA-PROBLEMA

Como já se afirmou, desde a colonização, as Santas Casas auxiliam o Estado no cumprimento dos objetivos sociais e das atividades interesse público. Contemporaneamente, muitos fatores contribuíram para o recrudescimento das entidades sem fins lucrativos: transformações das esferas públicas e da relação entre Estado e sociedade civil; promulgação da Constituição de 1988; redescoberta do princípio da subsidiariedade, assaz importante para a redefinição do papel do Estado; procedimentalidade do direito administrativo¹¹.

As entidades de “terceiro setor” têm natureza jurídica¹² e qualificações¹³ distintas, de modo que a interseção entre essas entidades se pauta no fomento do Estado para o exercício das atividades e as formas de administração. Tal situação torna o tema amplo e complexo, o que gera um convite à comunidade acadêmica para discutir o assunto. Nesse sentido, em uma mesa intitulada “Caminhos da institucionalização: Estado e Filantropia”, Maria Filomena Gregori ressaltou a ausência de demarcação do que vem a ser “terceiro setor”¹⁴.

Além de haver naturezas jurídicas e qualificações distintas, o tema abarca uma rede de complexidade¹⁵, que se estende desde a dificuldade conceitual até a falta de

¹⁰ O termo “terceiro setor” será apresentado entre aspas, devido a variedade de nomenclatura a que se refere. Assim, da mesma forma que terá “terceiro setor” poderá ser visto entidades sem finalidade lucrativa, filantrópicas, Organizações Não Governamentais- ONG’s, e mais recentemente, com a publicação da Lei 13.019- denominada marco regulatório, criou uma nova nomenclatura, Organizações da Sociedade Civil- OSC.

¹¹ DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Terceiro Setor e Estado: legitimidade e regulação* – Por um novo marco, jurídico. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 129.

¹² Elas podem se constituir na forma de associação ou fundação, nos termos dos artigos 44 e seguintes do Código Civil, conforme desenvolvido no item 2.4 deste trabalho.

¹³ Podem ser qualificadas com o Título de Utilidade Pública (UPF), Organizações Sociais (OS), Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), Certificado de Entidade Beneficente e Assistência Social (CEBAS).

¹⁴ GREGORI, Maria Filomena. Caminhos da institucionalização, cooperação internacional, Estado e filantropia. In: NOVAS FACES DA CIDADANIA II. 1997. *Cadernos de pesquisa nº 6*. Disponível em: <http://www.cebrap.org.br/v2/files/upload/biblioteca_virtual/caminhos_da_institucionalizacao.pdf>. Acesso em: jan. de 2015, p. 3.

¹⁵ Durante muito tempo, foi estudado por outras ciências, como sociologia, administração e contabilidade.

sistematização da legislação¹⁶. Rita Tourinho tece duras críticas às parcerias estabelecidas entre a administração pública e as entidades sem finalidade lucrativa, tais como a ausência de controle no que tange à conferência de títulos, à ausência de qualificação técnica e de patrimônio mínimo para o estabelecimento das parcerias¹⁷.

Soma-se a isso o fato de a delegação de serviços públicos sociais¹⁸ a entidades sem fins lucrativos ser permeada por favorecimentos pessoais, próprios do Estado Patrimonialista¹⁹, uma das razões pelas quais essas parcerias passam a ser vistas com preconceito pelos estudiosos. Partindo da concepção de que o Estado Patrimonialista é marcado por indefinições nos limites entre o público e o privado, de forma que prevalecem as preferências particulares em detrimento do âmbito público, não há que se falar em impessoalidade, ao contrário, a pessoalidade tem sido a marca constante das parcerias²⁰, conforme afirma Maria Tereza Fonseca Dias:

¹⁶ ANDRADE, Érico. Os entes sem escopo de lucro no direito italiano e no direito brasileiro. In: BERTI, Silma Mendes (org.). *Direito privado sem fronteiras*. Belo Horizonte: Imprensa Universitária da UFMG, 2009.

¹⁷ Na mesma linha de pensamento, em relação às parcerias estabelecidas entre a administração pública e as entidades sem finalidade lucrativa, pode-se citar: MAGALHAES, Gustavo Alexandre. *Convênios administrativos: uma proposta de releitura do seu regime jurídico à luz de sua natureza contratual*. Tese de Doutorado em Direito Administrativo, da Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, 2011. Disponível em: http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS8G2QLZ/tese_07.04.2011____texto_principal.pdf?sequence=1>. Acesso em dez. de 2013.

¹⁸ DI PIETRO, apud DIAS (DIAS, Maria Tereza Fonseca. *terceiro setor e estado: legitimidade e regulação- por um novo marco jurídico*. Belo Horizonte: Fórum: 2008, p. 275): “[...]é o que atende a necessidades coletivas em que a atuação do estado é essencial, mas que convivem com a iniciativa privada, tal como ocorre com os serviços de saúde, educação, previdência, cultura, meio ambiente; que são tratados na Constituição no capítulo da ordem social”.

¹⁹ O Estado Patrimonialista é caracterizado pelos favorecimentos pessoais, pela confusão entre o público e o privado. Nesse cenário não se observa o princípio da impessoalidade, já que a preferência particular acaba sendo empregada no âmbito público. Sobre o tema ver: Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro (FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro* 5 ed, São Paulo: Globo, 2012), Casa Grande Senzala (FREYRE, Gilberto, *Casa Grande Senzala*. São Paulo: Global Editora, 2006), Raízes do Brasil (HOLANDA, Sérgio Buarque de. *1902-1982. Raízes do Brasil*. 26 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995), e Formação do Brasil Contemporâneo (PRADO JÚNIOR, Caio. *Formação do Brasil Contemporâneo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011)..

Bresser Pereira, ao demonstrar a evolução do Estado e suas fases, apresenta o seguinte quadro acerca de suas características:

Quadro 1- Formas Históricas de Estado e Sociedade no Brasil

	1821- 1930	1930...	Início?
Sociedade	Mercantil- senhorial	Capitalista-industrial	Pós-industrial (?)
Estado (política)	Oligárquico	Autoritário	Democrático (1985)
Estado (administração)	Patrimonialista	Burocrática	Gerencial (1995)

Fonte: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Do Estado Patrimonial ao Gerencial*. In PINHEIRO, Wilhelm e Sachs (orgs.). *Brasil: um Século de Transformações*. São Paulo: Cia. das Letras, 2001: 222-259.

²⁰ Sérgio Buarque de Holanda assim se manifesta sobre o patrimonialismo: “[...] eles se caracterizam justamente pelo que separa o funcionário ‘patrimonial’ do puro burocrata conforme a definição de Max Weber. Para o funcionário ‘patrimonial’, a própria gestão política apresenta-se como assunto de seu interesse particular; as funções, os empregos e os benefícios que deles auferem relacionam-se a direitos pessoais do funcionário e não a interesses objetivos [...]” (HOLANDA, Sérgio Buarque de. *1902-1982- raízes do Brasil*. 26ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995).

Os resquícios patrimonialista e autoritários no processo de qualificação das entidades privadas sem fins lucrativos revelam-se intimamente ligados aos mecanismos de fomento que lhe são outorgados, pois boa parte dessas titulações são pré-requisitos meramente formais para obtenção de financiamento público dessas entidades, além de ensejarem o acesso a imunidades e isenções de natureza tributária²¹.

Muitas dessas críticas se devem aos inúmeros escândalos envolvendo o “terceiro setor”²², bem como aos altos repasses realizados pela administração pública a algumas entidades²³ e à ausência de licitação para a escolha das parcerias²⁴. Somam-se a isso os “privilégios” que cercam o setor e a precariedade dos instrumentos envolvidos, como apurado pela Comissão Parlamentar de Inquérito, a partir do requerimento nº 201/2007-SF, quando instaurada a CPI das ONGs, que teve o relatório final firmado em outubro de 2010²⁵.

Em contrapartida, há muito se nota, por parte de todos os atores envolvidos, a tentativa de aprimorar as parcerias com maior transparência e melhoria no que tange ao controle e à prestação de contas. Como exemplo pode ser citado o grupo interministerial, que foi instituído pelo Decreto nº 7.568 de 16 de setembro de 2011, denominado Marco Regulatório das Organizações da Sociedade civil, que promoveu estudos em parceria com algumas entidades de representatividade nacional²⁶.

As diversas propostas legislativas que visavam ao aperfeiçoamento das parcerias

²¹ DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Terceiro Setor e Estado: legitimidade e regulação* – Por um novo marco jurídico. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 438.

²² Em setembro de 2013, foi noticiado em diversos jornais o envolvimento de uma OSCIP (Organização da Sociedade Civil de Interesse Público) num esquema de corrupção que envolveu empresas, pessoas físicas e servidores públicos de alto escalão do governo federal, além de agentes políticos, que fraudavam processos licitatórios, direcionando as contratações de atividades diversas à OSCIP, junto a Prefeituras Municipais, a Governos Estaduais e a Ministérios do Governo Federal. O Ministério Público Federal já está atuando no sentido de devolver os valores aos cofres públicos federal. Disponível em: <<http://www.prmg.mpf.mp.br/imprensa/noticias/improbidade/mpf-obtem-bloqueio-de-r-2-8-milhoes-por-desvio-de-verba-do-projovem-trabalhador>>. Acesso em: maio de 2015.

Desde 2013, as Santas Casas também têm sido notícia dos principais jornais do país quanto à sua situação econômico-financeira. A Santa Casa de Misericórdia de São Paulo, qualificada como Organização Social, maior complexo hospitalar da América Latina, acumulou ao longo de sua história uma dívida de cerca de R\$800 milhões (MARQUES, Jairo. Santa Casa precisa enxugar e mudar de perfil contra a crise. *In: Folha de São Paulo*. São Paulo, 14 de maio de 2015).

²³ TOURINHO, Rita. Terceiro Setor no ordenamento jurídico brasileiro: constatações e expectativas. In: MODESTO, Paulo (coord.). *Nova organização administrativa brasileira*. 2ª ed. Rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 333 e 334.

²⁴ DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Terceiro Setor e Estado: legitimidade e regulação* – Por um novo marco jurídico. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 129.

²⁵ O Presidente foi o Senador Heráclito Fortes (DEM-PI), e o relator Senador Inácio Arruda (PCdoB-CE).

²⁶ Associação Brasileira de Organizações Não-Governamentais (ABONG), Grupo de Institutos Fundações e Empresas (GIFE), Conselho Latino Americano de Igrejas (CLAI Brasil), Confederação Brasileira de Fundações (CEBRAFE), Fundação Grupo Esquel Brasil, União Nacional de Cooperativas da Agricultura Familiar e Economia Solidária (UNICAFES/Pastorais Sociais), Confederação das Cooperativas de Reforma Agrária do Brasil (CONCRAB), Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social, Associação de Proteção ao Meio Ambiente (APEMA), Cáritas Brasileira Visão Mundial, Instituto de Estudos Socioeconômicos (INESC), Instituto Socioambiental (ISA), Federação Nacional das Apaes (FENAPAE).

entre o Estado e o setor sem fins lucrativos que tramitavam na Câmara dos Deputados²⁷ foram apensadas ao PLS nº 649/2011 que, apreciado nas duas casas legislativas, foi remetido à sanção da Presidente da República, em 17/07/2014, e, no dia 31 de julho de 2014, foi publicada a Lei nº 13.019, que entra em vigor em janeiro de 2016, conforme medida provisória 684²⁸, publicada em 22 de julho de 2015.

Apesar da importância das reflexões sobre os problemas existentes, do fortalecimento dos fatores, nas últimas décadas, e do estudo das entidades de “terceiro setor”, os mesmos serão apontados, nesta dissertação, apenas como pano de fundo e como linha de raciocínio para algumas conclusões.

Tendo natureza jurídica de direito privado, as entidades de “terceiro setor” não têm como objetivo o lucro, ou seja, o eventual superávit obtido em suas atividades não será distribuído entre os interessados. Dessa forma, elas, além de necessariamente assumirem a forma jurídica de associação e fundação, previstas no Código Civil, podem qualificar-se para receber recursos públicos, firmar contrato administrativo e receber incentivos fiscais.

Cumpra nesse sentido salientar que a primeira e mais antiga qualificação existente foi instituída em 28 de agosto de 1935, pela Lei nº 91, sendo regulamentada somente em 2 de maio de 1961, pelo Decreto nº 50.517, que trata do título de utilidade pública. A atribuição da qualidade de utilidade pública contempla pessoas jurídicas que buscam realizar o bem comum. Deve-se ressaltar que, antes da regulamentação do título, ele já era utilizado para entidades educacionais, sendo considerado, portanto, a primeira forma de colaboração entre o Estado e a sociedade civil, de modo que, com a regulamentação, foi considerado mera honoraria, conforme se pode ver do art. 3º da citada Lei²⁹.

Embora não haja muitos estudos acerca do título de utilidade pública, os existentes apontam de maneira crítica a ausência de critério e de vontade política para entidades receberem tal título³⁰, evidenciando a herança do Estado Patrimonialista, na medida em que a maioria era concedida a determinadas entidades por favorecimentos pessoais.

²⁷ Na Câmara dos Deputados tramitavam os seguintes Projetos de Lei que foram apensados ao PL nº 7.168/2014, oriundo do Senado: PLS nº 3.877/2004, 1.880/07, 2.118/07, 2.312/03, 2.764/11, 2.864/11, 3.841/04, 3.982/04, 4.259/04, 4.366/08, 385/11, 4.507/08, 4.574/04, 4.913/12, 5.093/13, 6.881/13, 5.070/09, 5.950/09, 611/07, 644/07, 2.730/11, 3.328/12, 3.583/12, 6.578/13 e 7.229/14.

²⁸ Disponível em: <http://www.secretariageral.gov.br/noticias/2015/julho/22-07-2015-mrosc-tem-nova-data-para-entrar-em-vigor>. Acesso em: agosto.2015

²⁹ AZEVEDO, Damião Alves de. Público não estatal? A cooperação entre o Estado e a Sociedade Civil em busca da legitimidade. In: PEREIRA, Claudia Fernanda de Oliveira (Coord.). *O Novo direito administrativo brasileiro: o público e o privado em debate*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, vol2, p. 293.

³⁰ “Grande problema que se vislumbra na concessão de títulos ao Terceiro Setor é o excesso de requisitos formais para o beneficiamento e a escassez de exigências materiais” (TOURINHO, Rita. Terceiro Setor no

A partir dessas considerações, pretende-se, nesta pesquisa, analisar uma das mais antigas instituições que compõem o “terceiro setor”, buscando separá-las, com intuito de encontrar-lhes uma identidade, apesar de todos os problemas que lhe são próprios. Trata-se das Santas Casas, que subsistem, desde o período colonial até os dias de hoje, à custa de doações e repasses do Estado, além dos incentivos fiscais para sua atuação.

Patente é a relevância das Santas Casas para a história da assistência social e a prática da medicina no Brasil. Pode-se afirmar que essas entidades anteciparam as atividades de assistência social e da saúde, sendo, em alguns casos, as responsáveis pela criação dos cursos de medicina, enfermagem³¹, conforme descreve Esther Caldas Bertoletti. Nota-se nesses tipos de entidades sem fins lucrativos grande preocupação com o desenvolvimento social e a consolidação de valores democráticos, pluralistas comprometidos com a solidariedade humana e com o sentido de comunidade.

As Santas Casas de Misericórdia são heranças da coroa portuguesa. Segundo Manoel Hygino dos Santos, a primeira Santa Casa do mundo foi criada em Lisboa³², no século XV, e a primeira Santa Casa de Misericórdia no Brasil foi fundada em Olinda, no ano de 1539. Carregando uma herança católica, elas constituem a expressão mais nítida do princípio da solidariedade, haja vista sua originária preocupação com os enjeitados e marginalizados³³.

Atualmente, a despeito de a tradição ser a mesma, as Santas Casas de Misericórdias brasileiras e as de Portugal apresentam significativa diferença. Enquanto a atividade preponderante das brasileiras é a prestação de serviços na área da saúde, por meio de hospitais, faculdades, escolas técnicas, inclusive, plano de saúde, além de funerária e administração de cemitérios, as portuguesas são voltadas para a área assistencial. Desde a década de 1970, com a nacionalização dos hospitais portugueses, elas deixaram de prestar serviços de saúde à população portuguesa³⁴.

ordenamento jurídico brasileiro: constatações e expectativas. In: MODESTO, Paulo (coord.). *Nova organização administrativa brasileira*. 2ª ed. Rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 233).

³¹ KHOURY, Yara Aun. *Guia dos arquivos das Santas Casas de Misericórdia do Brasil*: (fundadas entre 1500 e 1900). São Paulo: Imprensa Oficial: PUC-SP/CEDIC: FAPESP, 2004.

³² Ivo Arzua Pereira diz que as primeiras Santas Casas foram idealizadas na Itália. (PEREIRA, Ivo Arzua. *A epopeia das misericórdias*. 3ª edição. Curitiba: 2000). No entanto, a versão que será utilizada para o presente estudo será a descrita por Manoel Hygino dos Santos.

³³ SANTOS, Manoel Hygino dos. *Santa Casa e Misericórdia de Belo Horizonte*: uma história de amor à vida. 2ª ed., Belo Horizonte, 2006, p. 7.

³⁴ Segundo Domingos Farinho, na década de 1970, ocorreu a nacionalização dos hospitais, ficando as Santas Casas apenas com a parte da assistência social. Encontro Luso-Brasileiro de Direito, nº II, 2013, Belo Horizonte, Tensões entre o Público e o Privado. Importante, outrossim, a obra deste autor FARINHO, Domingos Miguel Soares. *Direito Administrativo Fundacional*: enquadramento Dogmático: contributo para o estudo da influência do conceito normativo de interesse público sobre o espectro de administratividade do direito fundacional

Partindo desses dados históricos, o presente estudo considerará a parceria entre as Santas Casas de Misericórdia, que têm o título de utilidade pública, e a Administração pública Municipal, em interface com as demais entidades de “terceiro setor”. Pretende-se, com isso, discutir os problemas conceituais de “terceiro setor”, as parcerias com as Santas Casas, bem como a importância (ou não) do título de utilidade pública na administração destas entidades.

No Brasil, o direito à saúde, além do tratamento extensivo que lhe é dado pelos artigos 196 a 200, do Texto Constitucional, encontra-se disciplinado por lei, em especial pela Lei nº 8.080 – Lei Orgânica da Saúde –, de 19 de setembro de 1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde e a organização e funcionamento dos serviços respectivos. Além disso, o art. 199³⁵ da Constituição Federal prevê expressamente no seu §1º a preferência para o estabelecimento de parcerias com as entidades filantrópicas e as sem finalidade lucrativa³⁶. Cumpre ressaltar que não há qualquer referência nesse dispositivo obrigando às entidades alguma qualificação especial.

O tema proposto para a pesquisa, qual seja, a inserção das Santas Casas no denominado “terceiro setor”, e a obrigatoriedade da manutenção desse título para o estabelecimento da parceria dessas entidades com a administração pública municipal busca sintetizar indagações que serão respondidas pelo instrumental recolhido e estudado no decorrer da análise.

Objetivamente, o estudo projeta a seguinte questão: quais os reflexos da declaração de utilidade pública para o estabelecimento da parceria entre as Santas Casas e a Municipalidade?

Para a correta delimitação do estudo e como forma sistematizada, será analisada a abrangência bem como as atividades dessas instituições.

português. Tese (Doutoramento em Direito – Ramo de Ciências Jurídico-Políticas – Especialidade em Direito Administrativo) – Universidade de Lisboa, Lisboa, 2012.

³⁵Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

§ 2º - É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.

§ 3º - É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei.

§ 4º - A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

³⁶ “Entidades filantrópicas” será tratada em tópico próprio, mais especificamente no item 2.3.1, no entanto, *a priori*, frise-se, esta denominação não é uma qualificação, é uma nomenclatura utilizada para designar entidades sem finalidade lucrativa de modo genérico.

1.2 HIPÓTESES

Ao prever a participação das entidades privadas, em caráter complementar, ao Sistema Único de Saúde, a Constituição Federal dispõe que a relação jurídica poderá ser na forma de contrato de direito público ou de convênio³⁷, havendo, entre ambos, abissal diferença: enquanto o convênio administrativo – que é uma forma de ajuste entre Administração pública e entidades públicas ou privadas para a realização de parcerias que visam ao interesse público – tem sua natureza de colaboração mútua, em que os interesses dos partícipes são comuns, no contrato, legalmente precedido de licitação, ocorre outra lógica: além de os interesses serem díspares, com contraprestações recíprocas, o elemento fundamental é a obtenção de lucro por parte do particular, sendo os contratos administrativos pautados por uma série de vantagens da administração pública.

A Lei nº 13.019/2014³⁸ é norma geral que estabelece regras sobre as parcerias firmadas entre as organizações da sociedade civil (denominação prevista na lei para entidades sem finalidade lucrativa) e o poder público. Essa lei criou dois instrumentos jurídicos: o termo de colaboração e o termo de fomento. Além disso deixou claro a inaplicabilidade dos convênios para entidades sem finalidade lucrativa e a administração pública³⁹, e a forma de escolha das entidades se dará por chamamento público. Por outro lado, como será discutido, por força da ADI nº 1923, julgada no STF, independentemente da denominação, esses instrumentos serão vistos como mútua cooperação.

A primeira hipótese que se ventila para o presente estudo está pautada na real inserção da Santa Casa de Misericórdia de Belo Horizonte nas entidades que fazem parte do chamado “terceiro setor”. Dessa forma, fazer parte do denominado “terceiro setor” pressupõe ser uma entidade sem finalidade lucrativa, que presta relevante serviço social à coletividade.

³⁷A Portaria Interministerial 127/2008 em seu artigo 1º, parágrafo 1º, inciso VI, define que convênio é acordo ou ajuste que discipline a transferência de recursos financeiros de dotações consignadas nos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União e tenha como partícipe, de um lado, órgão ou entidade da administração pública federal, direta ou indireta, e, de outro lado, órgão ou entidade da administração pública estadual, distrital ou municipal, direta ou indireta, ou ainda, entidades privadas sem fins lucrativos, visando a execução de programa do governo, envolvendo a realização de projeto, atividade, serviço, aquisição de bens ou evento de interesse recíproco, em regime de mútua cooperação.

³⁸ Esta lei será detalhada no item 2.2.2.

³⁹ Art. 84. Salvo nos casos expressamente previstos, não se aplica às relações de fomento e de colaboração regidas por esta Lei o disposto na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e na legislação referente a convênios, que ficarão restritos a parcerias firmadas entre os entes federados.

Parágrafo único. Os convênios e acordos congêneres vigentes entre as organizações da sociedade civil e a administração pública na data de entrada em vigor desta Lei serão executados até o término de seu prazo de vigência, observado o disposto no art. 83.

No que tange ao título de utilidade pública, nos termos da Lei nº 91/1935, supõe-se que essa qualificação irá funcionar apenas como homenagem e honraria à instituição. Com efeito, durante muito tempo, esse título produziu efeitos jurídicos para subsidiar incentivos fiscais. A outra hipótese que se ventila para a presente questão é que o título de utilidade pública não prevê o efeito jurídico esperado, qual seja a condição *sine qua non* para tais entidades firmarem parcerias com a administração pública, como ocorre nas OSCIP'S (Lei nº 9.790 de 23 de março de 1999) e nas OS's (Lei nº 9.637 de 15 de maio de 1998), que necessariamente precisam do título para firmar o termo de parceria e o contrato de gestão, respectivamente.

1.3 OBJETIVOS

O trabalho proposto tem como objetivo geral analisar a inserção da Santa Casa de Misericórdia de Belo Horizonte no contexto das entidades de “terceiro setor” bem como os efeitos jurídicos do título de utilidade pública para as parcerias com a Administração pública Municipal.

A fim de que a temática seja estudada de forma sistematizada para a resposta adequada ao problema de pesquisa, como objetivos específicos propõe-se, primeiramente, abordar a questão conceitual do “terceiro setor”, verificando sua limitação; propõe-se, em segundo lugar, entender se a Santa Casa faz parte das entidades que compõem esse setor.

Outro objetivo específico é entender as Santas Casas como prestadoras de serviços de saúde, demonstrando a sua natureza jurídica de direito privado, entidade sem finalidade lucrativa que, desde sua criação, atua em parceria com o Estado. Dado relevante para a promoção do presente estudo é a atuação da Santa Casa na área não somente da saúde, mas também da assistência social⁴⁰.

Como não há na doutrina vasto material acerca da mais antiga qualificação existente, a presente dissertação tem ainda como objetivo específico compreender as funções e os efeitos do título de utilidade pública, a partir do entendimento do princípio da subsidiariedade como elemento legitimador da participação da sociedade civil nas atividades administrativas.

Nas últimas décadas, com as transformações do direito administrativo e com a constitucionalização do direito, a partir da noção democrática material, o estabelecimento de

⁴⁰ Segundo o art. 5º do Estatuto Social da Santa Casa de Misericórdia de Belo Horizonte, o Instituto de Geriatria Afonso Pena e a Funerária Santa Casa fazem parte do complexo Hospitalar José Maria Alckimim.

procedimento e consensualidade tornou-se importante para entender a nova postura da administração pública, restando traduzido no estabelecimento das parcerias com a iniciativa privada.

A fim de que seja feita a análise completa da temática, será apontada e contextualizada a legislação vigente, concernente às entidades sem finalidade lucrativa, haja vista a legislação é esparsa e há críticas nesse sentido. Nesse sentido, será apresentada a Lei nº 13.019/2014, denominada como marco regulatório das organizações da sociedade civil, Lei Federal de norma geral, que tem como escopo a regulamentação das parcerias bem como a introdução da forma de escolha e a prestação de contas baseada nos resultados.

1.4 METODOLOGIA

O marco teórico da pesquisa torna-se imprescindível na medida em que cria as premissas das quais partirá o pesquisador, permitindo que o leitor conheça as pré-compreensões daquele⁴¹. Trata-se, conforme o entendimento de Miracy Gustin e Maria Tereza Fonseca Dias, da base conceitual, da qual partirá o investigador, e das formas de o “nosso olhar” teórico compreender o mundo, enfim, “ponto de partida de uma investigação”⁴².

Como marco teórico será tomado um antigo princípio, que tem suas bases no direito canônico. A escolha do princípio da subsidiariedade se deu na medida em que, independentemente dos fatores de crescimento da legislação de parcerias na década de 1990, as parcerias do poder público com entidades sem finalidade lucrativas, tais como as Santas Casas, ocorreram desde a época do Brasil Império. A prestação de serviço social, portanto, foi relegada à sociedade civil organizada, cuja justificativa deveu-se ao sentimento característico do cristianismo: a solidariedade.

Desse modo, tendo o princípio da subsidiariedade como base teórica, a justificativa das parcerias das entidades sem finalidade lucrativa, desde a formação do Estado Brasileiro, prescinde da discussão acerca dos fatores de recrudescimento do “terceiro setor”⁴³. O princípio da subsidiariedade foi adotado como marco teórico porque, a despeito de ser um dos fatores de recrudescimento do terceiro setor, está relacionado tanto ao exercício de

⁴¹ FRATTARI, Rafael. *Decadência e prescrição no direito tributário*: em defesa da norma geral no direito brasileiro. Belo Horizonte, Arraes Editores, 2009, p. 16.

⁴² GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 4ª ed. Belo Horizonte, Del Rey, 2013, p. 35 e 37.

⁴³ Expressão utilizada por Maria Tereza Fonseca Dias, em *Terceiro Setor e Estado*: legitimidade e regulação – Por um novo marco jurídico, para explicar a retomada da discussão sobre o tema e a ampliação do número de entidades após a redemocratização.

atividades por parte da comunidade local e quanto à complementariedade das ações entre o público e o privado⁴⁴. A intervenção do Estado se dá conforme sua estrita necessidade e utilidade e reclama os esforços de discrição dos poderes públicos, pela prevalência das iniciativas da sociedade⁴⁵, como pontuou José Alfredo de Oliveira Baracho:

A subsidiariedade não é apenas um simples princípio de repartição de competências entre órgãos ou coletividades estatais. Ela fixa o próprio princípio de competências, daí decorre que a subsidiariedade possa ser um princípio de Direito Constitucional. A busca do princípio da subsidiariedade, como princípio de Direito Constitucional, aparece na organização administrativo do Estado, sendo que o debate não é apenas o da descentralização, mas da desconcentração⁴⁶.

Assentada na concepção de uma sociedade plural, dotada de sentido mais amplo, já que visa à capacidade de atuação com efetivação dos fins individuais e sociais, a aplicação da subsidiariedade leva à conciliação entre as diversidades mais variadas, sem negar a solidariedade do Estado. Enquanto a sociedade se auto-organiza e assume funções, o Estado só será instado a manifestar naquilo que a sociedade não conseguir, complementando, portanto, a sociedade. Nesse sentido, Baracho entende que “[...] a tarefa organizadora do direito importa em sua função reguladora”⁴⁷.

Com essas visões, foi necessário repensar a função da administração pública juntamente com o modelo de democracia. O direito administrativo vem sofrendo algumas transformações, entre as quais a reforma da administração pública. O Estado subsidiário incentiva e fomenta atividades que o particular tem condições de exercer, como afirma Silva Faber Torres: “[...] O Estado, neste sentido, se justifica como ente subsidiário na medida em que o homem goza de poderes inerentes ao desenvolvimento de sua personalidade e liberdade, delegando às autoridades os poderes que excedem sua capacidade”⁴⁸.

⁴⁴ BARACHO, José Alfredo. *O Princípio da subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, 2003, p. 24.

⁴⁵ Ana Carolina Lara de Siqueira, em sua dissertação de mestrado, aborda a temática no seguinte sentido: “Apesar da ideia de subsidiariedade trabalhar com a questão institucional tradicional, na qual o Estado é autoridade investida de soberania, que está em um plano maior, englobando todas as atividades, sua autoridade é apenas superlativa em relação às outras. Haverá sempre uma autoridade exercida, por menor que seja o grupo que necessitará de ajuda para a realização de atividades subsidiária. O Estado atua no sentido de complementar essas atividades” (LARA, Ana Carolina Siqueira. *A organização do terceiro setor e a renovação da relação do estado com a sociedade civil*. Dissertação de Mestrado em Direito Público, na Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_LaraAC_1.pdf> Acesso em: agosto/2013, p. 68).

⁴⁶ BARACHO, José Alfredo. *O Princípio da subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, 2003, p. 94.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 29.

⁴⁸ TORRES, Sílvia Fazer. *O Princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 66.

Para tanto, percebe-se o crescimento de iniciativas de participação voltadas para o desenvolvimento social e para a recriação de antigos institutos herdados do catolicismo português, como num retorno à utilização das formas do direito privado, no qual a sociedade civil assume certas funções⁴⁹.

Essa breve exposição acerca do princípio da subsidiariedade teve como escopo uma leitura do “terceiro setor”, a fim de justificar a atuação desse tipo de entidade desde o império. Com essas transformações, o Estado, a que podemos chamar de Estado pluriclasse, usando a expressão consagrada por Giannini⁵⁰, tem como pressuposto a participação do administrado. No entanto, não se trata de um princípio novo, e sim de princípio que foi fortalecido com esse novo prisma do Estado.

A pesquisa sobre o tema foi desenvolvida com base na dogmática do direito constitucional e administrativo, considerando as transformações vivenciadas pelo Estado e a evolução do pensamento e da abrangência do conceito de “terceiro setor”. O problema repercute de maneira abrangente em todo o país, haja vista o aspecto social e jurídico envolvido, notadamente diante da quantidade significativa de entidades sem finalidade lucrativa que firmam parceiras com a administração pública para prestação de serviço de saúde.

Para a formulação da resposta ao problema, foi feito um levantamento bibliográfico para empreender uma investigação jurídico-exploratória. Devido à narrativa sobre os tópicos elencados no plano de trabalho, analisando-se de forma crítica as jurisprudências e as bibliografias levantadas, foi utilizada a técnica jurídico-descritiva. A pesquisa jurisprudencial destinou-se a enriquecer o trabalho e contextualizar o tema nos tribunais superiores.

Os dados coletados compreendem fontes primárias (as coletadas diretamente, como legislação e jurisprudência) e as secundárias (artigos, dissertações, teses e relatórios de pesquisas). O trabalho foi desenvolvido a partir de revisão bibliográfica (dados secundários) e levantamento documental (dados primários), com a análise de conteúdo do material coletado⁵¹.

Entre seus propósitos de pesquisa, o estudo de caso procura identificar fenômenos

⁴⁹ ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da atividade de direito privado da administração pública*. Coimbra: Almedina, 1996, p. 172.

⁵⁰ GIANNINI, Massimo Severo. *Trattato di Diritto Amministrativo*. Pádua: Ed. Cedam, 1998.

⁵¹ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 21.

poucos conhecidos⁵² – o que será feito no presente trabalho. Como estudo de caso, foi selecionada a análise do título de utilidade pública, além das atividades desenvolvidas e o regime jurídico das parcerias da Santa Casa de Misericórdia de Belo Horizonte. Embora o estudo de caso permita que certa organização seja estudada com profundidade, implicando baixo grau de generalização dos seus resultados, ele permite que sejam analisadas as múltiplas dimensões da Santa de Misericórdia de Belo Horizonte, bem como o tipo de parceria estabelecida com a Municipalidade. Desse modo, o presente trabalho é teórico e empírico, cujo desenvolvimento compõe-se de 5 capítulos, com esta introdução.

O segundo capítulo abordará o conceito de “terceiro setor” e as consequências advindas da pluralidade de denominações, a qual evidencia o problema da univocidade conceitual do “terceiro setor”, notadamente quando contrastado com os também plurissignificativos conceitos de sociedade civil, associativismo e movimento social. Nesse capítulo, com base no quadro jurídico-dogmático do direito brasileiro e das espécies de entidades sem fins lucrativos consideradas entidades do terceiro setor, serão discutidas as dificuldades e as possibilidades da configuração de um conceito transnacional e universal ao fenômeno. Tendo em vista a relevância das atividades exercidas pelas entidades que integram a sociedade civil organizada no Brasil e as parcerias que firmam com a Administração pública, observaram-se inúmeras mudanças no direito administrativo no tocante a essas parcerias, revelando as interfaces entre transnacionalidade e governança.

O terceiro capítulo, com abordagem sobre as parcerias entre as entidades sem finalidade lucrativa e a Administração pública, analisará o princípio da subsidiariedade e apresentará as qualificações existentes no ordenamento jurídico vigente.

O quarto capítulo apresentará o contexto histórico das parcerias da saúde no Brasil, além de verificar o papel das Santas Casas de Misericórdia na promoção do direito fundamental à saúde, como a mais antiga entidade integrante do “terceiro setor”. Para tanto, a partir do contexto histórico das parcerias firmadas no âmbito da saúde, será abordada a história dos hospitais, da medicina, das políticas de saúde e das Santas Casas.

O quinto capítulo consiste nas considerações finais e na confirmação das hipóteses levantadas.

⁵² GIL, Antônio Carlos. *Estudo de caso: fundamentação científica subsídios para coleta e análise de dados como redigir o relatório*. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 30.

2 ANÁLISE HISTÓRICA E CONCEITUAL DO “TERCEIRO SETOR”⁵³

Nos últimos anos, o direito administrativo sofreu significativa mudança, as quais foram influenciadas pela democratização e pelos processos de participação e consensualidade⁵⁴. Embora, em virtude dessas mudanças, muito se fale em crise do Estado, não se trata de uma crise, mas de mudança de eixo⁵⁵: o ato administrativo, concebido no Estado Liberal, por uma administração agressiva, autoritária, no Estado pós-moderno deixa de ser o centro e passa a ser estudado como mais uma das formas de atuação administrativa⁵⁶.

Essa mudança de eixo foi responsável por inúmeras implicações na atuação da administração pública que, de autoritária, adotou postura consensual, já que o Estado não atua separadamente da sociedade, ao contrário, ambos devem atuar em conjunto, de forma negociada, e não impositiva⁵⁷. E a sociedade civil, por sua vez, buscou atuar de forma efetiva para a realização do interesse público, uma vez que este deixou de ser monopólio daquela⁵⁸.

No atual paradigma do Estado Democrático de Direito, centrado na lógica procedimental, espera-se atuação efetiva da sociedade civil na realização da coisa pública⁵⁹, sendo essa participação das mais variadas formas, desde orçamento participativo e audiências públicas a parcerias com as entidades do “terceiro setor”⁶⁰.

Este capítulo tem como objetivo analisar o conceito de “terceiro setor” e as consequências advindas da pluralidade de denominações que enseja. Essa diversidade evidencia o problema da univocidade conceitual do “terceiro setor”, notadamente quando

⁵³ O tema “terceiro setor” foi desenvolvido para uma comunicação no I CONGRESSO DA LUFOSONIA, 22 de fevereiro de 2014, em Braga, Portugal. *Parcerias da administração pública com as entidades privadas sem fins lucrativos e a questão da univocidade conceitual do “terceiro setor”*. Braga: Faculdade do Minho, 2014.

⁵⁴ “[...] passa-se a falar uma administração pública ‘consensual’, que substitui o uso de ordens cogentes pela *soft law*, preferindo, em regra, induzir o administrado à adoção dos comportamentos desejados através de negociações, incentivos, etc., do que obrigá-lo verticalmente a agir desta ou daquela maneira” (SARMENTO, Daniel. *Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria da Filosofia Constitucional*. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus interesse privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 42).

⁵⁵ A respeito deste assunto, ver: SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 1996.

⁵⁶ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 1996, p. 453.

⁵⁷ ANDRADE, Érico. ANDRADE, Érico. *O mandado de segurança: a busca da verdadeira especialidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 177.

⁵⁸ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo em Evolução*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003, p. 191.

⁵⁹ DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito administrativo pós-moderno: novos paradigmas do Direito Administrativo no estudo da relação entre o Estado e a Sociedade*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 151.

⁶⁰ Segundo Odete Medauar, “[...] a participação liga-se à identificação do interesse público de modo compartilhado com a população; associa-se ao decréscimo da discricionariedade; propicia-se atenuação da unilateralidade na formação dos atos administrativos; liga-se também às práticas contratuais baseadas no consenso, na negociação, na conciliação de interesses” (MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo em Evolução*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003, p. 230).

contrastado com os também plurissignificativos conceitos de sociedade civil, associativismo e de movimento social.

Com base no quadro jurídico-dogmático do direito brasileiro e as espécies de entidades sem fins lucrativos, que são consideradas entidades do “terceiro setor”, neste capítulo serão discutidas as dificuldades e as possibilidades da configuração de um conceito transnacional e universal para fenômeno. Tendo em vista a importância dessas entidades para o desenvolvimento dos direitos sociais, bem como os inúmeros problemas que as rodeiam, serão levantadas na literatura algumas justificativas para a univocidade conceitual do “terceiro setor”: construção de um mesmo objeto de conhecimento; aproximação de comunidades científicas; a criação de políticas públicas comuns. Essas justificativas serão contrastadas com as possíveis colaborações que o sistema jurídico pode oferecer para a discussão.

Neste mesmo capítulo será abordada a nova denominação trazida pela Lei nº 13.019/2014, denominada Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil, cujo intento foi renovar a imagem das entidades sem finalidade lucrativa e as parcerias estabelecidas com a administração pública.

2.1 ANÁLISE HISTÓRICA DO “TERCEIRO SETOR”

A forma de organização da sociedade civil é antiga e muitas vezes baseada em valores religiosos, como a solidariedade. A noção de dar e servir, baseando-se em tradições religiosas, manifesta-se em antigas instituições cuja finalidade precípua é o auxílio ao mais necessitado e a ajuda ao próximo. As raízes dessas instituições podem ser encontradas nas Santas Casas, que a Igreja Católica implantou no Brasil, a partir do Século XVI, conforme modelo trazido de Portugal e Espanha⁶¹.

As mudanças ocorridas no direito, notadamente no ramo do direito administrativo, são consequências lógicas das mudanças ocorridas no Estado e na sociedade. Com a evolução da sociedade, seus objetivos modificaram-se, tornando-se mais pluralista, razão pela qual passou a exigir mais do Estado⁶². De fato, com as mudanças ocorridas, tais instituições ganharam relevância nos estudos de direito administrativo.

⁶¹ FALCAO, Joaquim. *Democracia Direito e Terceiro setor*. 2ª ed. Rio de Janeiro, 2006, p. 99.

⁶² ANDRADE, Érico. *O mandado de segurança: a busca da verdadeira especialidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 173.

As práticas de cooperação constituem o meio de encontrar caminhos-legitimidade pela procedimentalidade, para intervir na realidade social complexa⁶³. O Estado, por sua vez, a fim de atender ao anseio da sociedade, passou a se preocupar com a eficiência e com o bom desempenho dos serviços prestados, conforme Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

Abre-se esta época, que se poderia definir como uma Idade da Democracia, afirmando-se simbolicamente com a queda do muro de Berlim e se expressando pelo progressivo isolamento das ditaduras, pelas críticas às formas autocráticas e concentradoras de poder e por um insopitável anseio de participação, difícil de ser ignorado por parte das estruturas políticas tradicionais, que haviam sido desenvolvidas sob as premissas do estatismo e das ideologias estatizantes, que dominaram a primeira metade do Século XX⁶⁴.

Ademais, nessa linha de mudança, verificou-se a constitucionalização do direito⁶⁵ – fenômeno que cresceu após a Segunda Guerra Mundial – atingindo as Constituições e tendo como objeto central a dignidade da pessoa humana bem como a consequente positivação dos direitos fundamentais⁶⁶. Enfim, o direito, que era baseado nas relações particulares, tendo como norte o Código Civil, passou a ser balizado pela Constituição⁶⁷.

A constitucionalização do direito trouxe consequências imediatas para o direito administrativo, criado em bases autoritária e burocrática. A partir de então, a administração pública, tendo a Constituição como instrumento de fundamentação, passa a ter uma ligação direta com os princípios fundamentais e sua atuação torna-se pautada pela democracia e pelos direitos fundamentais. Nessa perspectiva, na sociedade de múltiplos interesses públicos e Estado Pluriclasse, o direito administrativo foi reestruturado, ganhou nova concepção, sendo adaptado à nova realidade⁶⁸, de modo que a sistematização dos poderes e dos deveres da sociedade delinea-se pelos preceitos constitucionais, com ênfase nos direitos fundamentais.

A atuação da administração pública, que antes era baseada exclusivamente na legalidade, partindo do pressuposto de que era consectário da própria democracia representativa, evolui e é substituída pela juridicidade. Como a juridicidade administrativa

⁶³ DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Terceiro Setor e Estado: Legitimidade e regulação*- Por um novo marco jurídico. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 428.

⁶⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 231.

⁶⁵ “[...] a grande mudança provocada pela constitucionalização da administração pública vem sendo a agregação do direito administrativo das preocupações materiais e não meramente organizatória dos novos textos constitucionais. [...] O novo constitucionalismo impõe a substanciação do direito administrativo, através dos princípios” (BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 89).

⁶⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 99.

⁶⁷ BINEMBOJM. Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 62.

⁶⁸ Cf. expressão utilizada por MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 39.

engloba o campo da legalidade como um de seus princípios internos, a atuação administrativa continua a ser pautada pela legalidade, no entanto esse é um dos requisitos que será observado de forma procedimental a pautar a atuação legítima da administração pública. Desse modo, a atividade administrativa observará (i) a lei, (ii) a Constituição, (iii) a legitimação perante o direito, ponderando os princípios constitucionais⁶⁹.

Com a filosofia da procedimentalidade, a administração pública deve passar a atender aos múltiplos interesses, através da cooperação da consensualidade. Odete Medauar, ao abordar o tema discorre que “[...] a administração passou a adotar esquemas privados, com a criação de entes públicos econômicos regidos pelo direito privado e depois com a extensão de formulas privadas a outras áreas”⁷⁰.

Por outro lado, ao tentar atender aos inúmeros interesses, o Estado, de atuação autoritária, passa a ser prestacional e fornecer comodidades aos cidadãos⁷¹, de forma que o atendimento a esses interesses se tornavam imprescindíveis, haja vista o ocorrido no Estado Liberal, no qual ocorreu profunda desigualdade entre os cidadãos⁷².

Com o aumento desmensurado do Estado Social, o mesmo passa de atuação negativa a prestador de serviço, de forma que as relações da sociedade tornam-se complexas, e o Estado, ineficiente, sendo necessário repensar as técnicas adotadas para a execução e cumprimento de sua missão. Renasce, então, a necessidade de se utilizarem técnicas do direito privado, como analisa Maria João Estorninho:

O alargamento da atividade administrativa de prestação conduziu à sobrecarga e ineficiência da administração pública e, assim, tal como o naufrago procura, a todo o custo, agarrar-se à ‘tabua de salvação’, a administração pública procura hoje desesperadamente reencontrar a eficiência, nomeadamente através de fenômenos de privatização e de revalorização da sociedade civil⁷³.

Segundo Maria Tereza Fonseca Dias, a “crise do paradigma do Estado social” é o somatório das situações descritas acima, do aumento da burocracia, bem como da corrupção⁷⁴. Apesar disso, ela não é vista de forma unânime pela doutrina, já que muitos a consideram

⁶⁹ BINEMBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 149.

⁷⁰ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo em evolução*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003, p. 172.

⁷¹ ANDRADE, Érico. *O mandado de segurança: a busca da verdadeira especialidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 173.

⁷² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parcerias público-privadas e outras formas*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 26.

⁷³ ESTORNINHO, Maria João. *A Fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da administração pública*. Coimbra: Livraria Almedina, 1999, p. 47 e 48.

⁷⁴ DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito administrativo pós-moderno: novos paradigmas do direito administrativo no estudo da relação entre o Estado e a Sociedade*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 151.

mais um fator de fortalecimento da atuação das entidades, a partir da década de 1990. Dessa forma, nos dias atuais, para entender a atuação do “terceiro setor”, é preciso, antes, analisar vários fatores: globalização; revisão da ideia de democracia; importância econômica do “terceiro setor”; insuficiência tanto do mercado quanto do Estado; reconstrução da ideia de sociedade civil; redefinição do papel do Estado; fortalecimento da ideia de Estado subsidiário⁷⁵.

Em contrapartida, para o presente trabalho, tendo em vista que a análise está pautada em uma entidade sem finalidade lucrativa, cuja existência antecede as discussões do fortalecimento do “terceiro setor”, será analisado apenas um dos fatores de recrudescimento, ou seja, a subsidiariedade.

Essas mudanças ocorridas no direito administrativo evidenciam a diversidade conceitual do “terceiro setor”, o que gera alguns problemas conceituais, que serão apresentados no item 2.2. A nomenclatura filantropia predominou até a década de 1970, período após o qual, com o aparecimento dos movimentos sociais, na democratização brasileira, surgiu o termo ONG⁷⁶, seguido da nomenclatura “terceiro setor” após a reforma gerencial, com influência dos EUA⁷⁷. Devido aos inúmeros escândalos em que essas entidades têm sido envolvidas, além dos repasses de recursos públicos recebidos, criou-se o grupo interministerial, de forma que, a partir da lei 13.019/2014, criou mais uma denominação organizações da sociedade civil (OSC). Como se verá adiante, todas essas denominações têm pontos de intersecção e têm sido utilizadas com o mesmo propósito.

2.2 O PROBLEMA CONCEITUAL DO “TERCEIRO SETOR”

Não é tarefa fácil conceituar o “terceiro setor”, e isso se deve a vários fatores, entre os quais a própria dificuldade de depreendê-lo, por se tratar de conceito residual de Estado, de mercado e sociedade civil, de diversidade de entidades que o compõem, bem como de insuficiência das normas jurídicas responsáveis pela questão.

Outro aspecto que interfere nessa análise é o próprio processo de complexificação socioestatal e de busca de definição das fronteiras que separam não só o público e o privado,

⁷⁵ DIAS, Maria Tereza Fonseca *Terceiro Setor e Estado: Legitimidade e Regulação – Por um novo marco jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 129.

⁷⁶ VIOLIN, Tarso Cabral. *Terceiro setor e as parcerias com a administração pública: uma análise crítica*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 124.

⁷⁷ MÂNICA, Fernando Borges. *Panorama histórico-legislativo do Terceiro Setor no Brasil: do conceito de Terceiro Setor à Lei das OSCIP*. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (Coord.). *Terceiro Setor, Empresas e Estado: novas fronteiras entre o público e o privado*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 163.

mas também a composição do “setor público não-estatal” ou “terceiro setor”.

Nesse sentido, vale retomar a concepção de sociedade civil⁷⁸, de Habermas, para quem a participação de novos atores no processo democrático é uma contraposição à forma elitista da democracia⁷⁹. Na teoria discursiva do direito e da democracia, valorizados pela participação e pelo pluralismo, as práticas sociais despertam o poder deliberativo e legitimador da sociedade civil, que atua no espaço público como agente do discurso⁸⁰. Nesse contexto, “[...] o princípio da solidariedade social, promovida pelo agir comunicativo das pessoas em busca de consenso verdadeiro (racional)”⁸¹ contribui para a plurificação dos canais de participação. Além disso, Habermas, diversamente de outros teóricos que trabalharam historicamente a noção de sociedade civil (notadamente Marx e Hegel)⁸², desenvolve os elementos positivos de atuação dessa esfera social no centro da esfera pública política.

A partir dessa perspectiva, a sociedade civil assume não só o papel de agente do discurso, mas também se organiza para assumir funções de interesse público, geralmente atreladas às funções do Estado, e este complementa a sociedade, tendo condições de assumir papel de regulador, fomentador e fiscalizador das atividades que podem ser prestadas pela sociedade civil⁸³, no entendimento de Ana Carolina Siqueira de Lara.

Do ponto de vista sociológico, o “terceiro setor” é composto por entidades privadas sem fins lucrativos dos mais diversos segmentos e áreas de atuação, tais como entidades beneficentes, filantrópicas, partidos políticos, sindicatos, cooperativas, entre outros. A partir da noção de sociedade civil, o “terceiro setor” pode ser descrito como seu subconjunto, uma vez que toda entidade do “terceiro setor” integra a sociedade civil, mas nem todo organismo da sociedade civil integra o terceiro setor.

A discussão conceitual do “terceiro setor” não ocorre apenas no âmbito nacional,

⁷⁸ Para o autor, “a sociedade civil compreende as conexões não-governamentais e não-econômicas e as associações voluntárias que buscam acesso ‘comunicativo’ da esfera privada à esfera pública. As entidades que a compõem absorvem e condensam a ressonância que as situações problema emergentes na sociedade encontram nos domínios da vida privada, canalizando tal resposta de forma amplificada para a esfera pública política” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre a facticidade e validade*. 2 ed. Rio de Janeiro: Ed. Tempo brasileiro, 2003, p. 99).

⁷⁹ LARA, Ana Carolina Siqueira. *A organização do terceiro setor e a renovação da relação do estado com a sociedade civil*. Dissertação (Mestrado em Direito Público)- Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006. Disponível em:

http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_LaraAC_1.pdf. Acesso em: agosto/2013, p. 91.

⁸⁰ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Habermas e o Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2006, p. 89.

⁸¹ *Ibidem*, p. 89.

⁸² A revisão das noções clássicas de sociedade civil foi promovida por Bobbio (2009), na obra “Estado, governo e Sociedade”.

⁸³ *Ibidem*, p. 69.

estendendo-se a outros países, tal como o desenvolvido pela tradição angloamericana – com os estudos desenvolvidos pelo Center for Civil Society Studies, do John Hopkins Institute for Health and Social Policy⁸⁴ – e o estudo desenvolvido pela tradição europeia-canadense.

Como demonstram Jiménez Escobar e Morales Gutierrez, na tradição anglo-saxã, o elemento fundamental do “terceiro setor” é o fato de as organizações privadas serem sem fins lucrativos a partir da análise de suas regras constitutivas. Dessa forma, para integrar o terceiro setor “[...] não podem distribuir benefícios às pessoas que as controlam, devendo ser destinados à realização de seus objetivos ou a ajuda de pessoas que não exerçam nenhum controle sobre a organização”⁸⁵. Esse enfoque exclui, portanto, do “terceiro setor” as organizações que distribuem qualquer tipo de benefícios a seus membros, tais como as cooperativas.

Na tradição europeia-canadense, entretanto, segundo os autores, outros fatores são levados em consideração para que determinada entidade possa ser considerada do terceiro setor, tais como sua finalidade (caráter mutual, altruísta ou de prestação de serviços à coletividade), autonomia e independência de poderes públicos o privados, gestão democrática, primazia das pessoas e do trabalho sobre o capital na repartição de suas receitas.

Além disso, a denominação “terceiro setor” não é a única que vem sendo utilizada para se referir às entidades objeto deste estudo, podendo-se ainda citar, conforme Dias⁸⁶: entidades sem fins lucrativos, públicas não-estatais, organizações não governamentais e organizações da sociedade civil.

O conceito de “terceiro setor” é recente e passou a ser muito utilizado a partir da Década de 90 do século passado, época em foram descritos os fatores de “recrudescimento” das entidades sem finalidade lucrativa. Do inglês *third sector*, a expressão foi herdada dos Estados Unidos, onde esse cenário é bem consolidado, como demonstra Mânica⁸⁷.

Como problema pontual para definir o conceito de “terceiro setor”, pode-se citar ainda sua origem histórica no país. As primeiras entidades de “terceiro setor” de que se tem notícia no Brasil são as Casas de Misericórdia (herança da coroa portuguesa quando de sua

⁸⁴ Cf. <<http://ccss.jhu.edu/>>

⁸⁵ JIMÉNEZ ESCOBAR, Julio; MORALES GUTIÉRREZ, Alfonso Carlos. Tercer sector y univocidad conceptual: necesidad y elementos configuradores. *Revista Katálysis*, Florianópolis, v. 11 n. 1 p. 84-95 jan./jun. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-49802008000100008> Acesso em mar. de 2013.

⁸⁶ DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Terceiro setor e Estado: legitimidade e regulação* – Por um novo marco jurídico. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 91.

⁸⁷ MÂNICA, Fernando Borges. *Panorama histórico-legislativo do Terceiro Setor no Brasil: do conceito de Terceiro Setor à Lei das OSCIP*. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (Coord.). *Terceiro Setor, Empresas e Estado: novas fronteiras entre o público e o privado*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 163.

chegada ao País, no Século XIX), uma das primeiras instituições a receberem a declaração de utilidade pública para firmarem “parcerias” com o setor público, e elas existem até os dias atuais como parceiras do Sistema Único de Saúde (SUS). Mais recentemente, no final da década de 1990, no âmbito da Reforma Gerencial (*New Public Management*), foi instituída a qualificação de Organização Social – OS (Lei nº 9.637/1998). A qualificação como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (Lei nº 9.790/1999) foi idealizada para o aperfeiçoamento do modelo das entidades declaradas de utilidade pública e teve como idealizador o Conselho da Comunidade Solidária, além de determinados movimentos sociais.

Apesar de muitos autores defenderem que a característica do “terceiro setor” é justamente a diversidade de sua composição, é importante a necessidade de algum nível de univocidade conceitual, na medida em que é necessário não só para delimitar adequadamente a realidade que deve ser objeto de estudo por parte da comunidade científica, mas, sobretudo, para “[...] identificar os problemas que se colocam, tanto no âmbito desta realidade socioeconômica como em suas inter-relações com os demais setores sociais e estatais”⁸⁸.

Vale esclarecer essa hierarquização numérica: compreende o primeiro setor o Estado, por se tratar de ente com personalidade jurídica de direito público, encarregado de funções públicas essenciais e indelegáveis ao particular (justiça, segurança, fiscalização, políticas públicas etc.); já o segundo setor, herdado dos Estados Unidos⁸⁹ e tendo como base o ideal de mudança de “crise do Estado”, consiste nas organizações do mercado, cujos bens e serviços visam ao lucro, comum ao ideário da década de 1990, como proposta de mudança, com o modelo gerencial de administração pública propugnada, no Brasil, pelo Ministro Luiz Carlos Bresser⁹⁰; por fim, aquele que não faz parte do primeiro nem do segundo é o “terceiro

⁸⁸ JIMÉNEZ ESCOBAR, Julio; MORALES GUTIÉRREZ, Alfonso Carlos. Tercer sector y univocidad conceptual: necesidad y elementos configuradores. *Revista Katálysis*, Florianópolis, v. 11 n. 1 p. 84-95 jan./jun. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-49802008000100008> Acesso em março de 2013.

⁸⁹ MÂNICA, Fernando Borges. *Panorama histórico-legislativo do Terceiro Setor no Brasil: do conceito de Terceiro Setor à Lei das OSCIP*. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (Coord.). *Terceiro Setor, Empresas e Estado: novas fronteiras entre o público e o privado*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 165.

⁹⁰ A respeito do assunto, ver: <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/ministerios/orgaos-extintos/ministerio-da-administracao-e-reforma-do-estado>;

http://www.escoladegoverno.pr.gov.br/arquivos/File/Ministerio_do_Planejamento/MARE/Exposicao_no_Senad_o_sobre_a_Reforma_da_Admin_Publicapdf. e DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito administrativo pós-moderno: novos paradigmas do Direito Administrativo no estudo da relação entre o Estado e a Sociedade*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

http://www.escoladegoverno.pr.gov.br/arquivos/File/Ministerio_do_Planejamento/MARE/Exposicao_no_Senad_o_sobre_a_Reforma_da_Admin_Publicapdf. e DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito administrativo pós-moderno: novos paradigmas do Direito Administrativo no estudo da relação entre o Estado e a Sociedade*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

setor”, voltado às atividades coletivas não contempladas por ambos⁹¹, como analisa José Eduardo Sabo Paes:

[...] ao lado dos dois setores clássicos surgiu e começa a se firmar outro, cada vez mais conhecido como Terceiro Setor. A ideia é que nele se situem organizações privadas com adjetivos públicos, ocupando pelo menos em tese uma posição intermediária que lhes permita prestar serviços de interesse social sem as limitações do Estado, nem sempre evitáveis, e as ambições do Mercado, muitas vezes inaceitáveis⁹².

Gustavo Justino de Oliveira, por sua vez, diz que “terceiro setor”:

É o conjunto de atividades voluntárias desenvolvidas por organizações privadas não governamentais e sem ânimo de lucro (associações e fundações), realizadas em prol da sociedade, independentemente dos demais setores (Estado e mercado), embora deles possa firmar parcerias e receber investimentos (públicos e privados)⁹³.

Ao analisar o conceito de “terceiro setor”, Maria Sylvia Di Pietro entende a existência das organizações sem fins lucrativos para alcançar interesses de diferentes finalidades, como atender a expectativas da sociedade, indivíduos, grupos e outras organizações. Trata-se de organizações cujos participantes não só têm interesse para interferir na realidade que lhes interessa, mas também são capazes de fazê-lo, não substituindo o Estado, mas numa consecução conjunta do bem comum⁹⁴, como entende Fernando Borges Mânica:

[...] pode-se conceituar terceiro setor como o conjunto de entidades privadas, sem fins lucrativos e voluntárias, voltadas à consecução dos direitos fundamentais, seja pela prestação de serviços em colaboração com o Estado, seja pela reivindicação e construção de novos de direitos a serem respeitados tanto pelo Estado quanto pela própria sociedade⁹⁵.

Apesar de não ter definição única, subjaz ao conceito de “terceiro setor” a concepção de ajuda, solidariedade, privilegiando, segundo Sabo Paes, valores ligados ao sentimento de ajuda mútua⁹⁶ que, em diversos casos, associam-se a aspectos religiosos. Em

⁹¹ TEIXEIRA, Josenir. *O terceiro setor em perspectiva: da estrutura à função social*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 65.

⁹² PAES, José Eduardo Sabo. *Fundação e Entidades de Interesse Social*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 89.

⁹³ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Gestão privada de recursos públicos para fins públicos: o modelo das OSCIP*. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (Coord.). *Terceiro Setor, Empresas e Estado: novas fronteiras entre o público e o privado*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 217.

⁹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 413 e 414.

⁹⁵ MÂNICA, Fernando Borges. *O setor privado nos serviços públicos de saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 181.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 94.

contrapartida, para conceituar o terceiro setor, não se devem considerar apenas essas concepções subliminares.

Nos estudos da John Hopkins University, entende-se o conceito de um “terceiro setor” formal, ou seja, formado por pessoas jurídicas devidamente constituídas⁹⁷. Já o desenvolvido por Lester Salamon, no âmbito da citada Universidade norte-americana e adotado no Brasil, por Fernando Mânica⁹⁸, explicita os seguintes requisitos, preenchidos cumulativamente, para que determinada entidade privada faça parte do terceiro setor: (i) ter natureza privada; (ii) não ter fins lucrativos; (iii) ser institucionalizada; (iv) autoadministrada; (v) voluntária.

O “terceiro setor”, portanto, é aquele que congrega as organizações que, embora desenvolvam atividades de interesse público, produzam e comercializem bens e serviços, não são estatais, não visam ao lucro financeiro com os empreendimentos efetivados, tais como as associações, as sociedades sem fins lucrativos e as fundações⁹⁹.

Embora a variedade fenomênica, terminológica e de regime jurídico dessas entidades tenham sido tratada em todo o mundo sob a denominação “terceiro setor”, a diversidade entre elas evidencia o problema da univocidade conceitual, notadamente quando contrastado com os também plurissignificativos conceitos de sociedade civil, associativismo e de movimento social¹⁰⁰. Tendo em vista a relevância das atividades exercidas pelas entidades que integram a sociedade civil organizada no Brasil e as parcerias que firmam com a Administração pública, observaram-se inúmeras mudanças no direito administrativo, no tocante a essas parcerias, revelando as interfaces entre a transnacionalidade e a governança. Desse modo, algumas justificativas levantadas na literatura para a univocidade conceitual do terceiro setor – tais como a construção de um mesmo objeto de conhecimento, aproximação de comunidades científicas e construção de políticas públicas comuns – são elementos importantes para a busca da sua univocidade conceitual, sem que isso signifique o desconhecimento da sua diversidade fenomenológica.

⁹⁷ DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Terceiro Setor e Estado: legitimidade e regulação- Por um novo marco jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 110.

⁹⁸ MÂNICA, Fernando. Panorama histórico-legislativo do Terceiro Setor no Brasil: do conceito de Terceiro Setor à Lei das OSCIP. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (Coord.). *Terceiro Setor, Empresas e Estado: novas fronteiras entre o público e o privado*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 163-194, p. 165.

⁹⁹ Cf. DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Terceiro Setor e Estado: legitimidade e regulação- Por um novo marco jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 179.

¹⁰⁰ Rogério Gesta Leal sinaliza que o “[...] o intuito de compreender melhor as características comuns e diferenciadas dessas organizações formadoras do chamado Terceiro Setor, é que a literatura especializada faz uso de numerosas tipologias que, de acordo com o aspecto que é posto em destaque, categoriza as organizações conforme os propósitos da análise” (LEAL, Rogério Gesta. *Estado, administração pública e sociedade- novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 174).

Nota-se então que a variedade fenomenológica decorre do contexto histórico e do motivo pelo qual cada nomenclatura foi idealizada. Categoria sem definição jurídica precisa, o termo filantropia¹⁰¹, muito difundido durante muitas décadas, foi carregado de certo preconceito por associar-se às entidades existentes nos anos da administração pública Patrimonialista, conforme resume Leilah Landin “[...] parece evocar comumente o mundo da caridade pessoalizada, da religião, da assistência a grupos vulneráveis - ou às vezes mesmo do pejorativo e brasileiro assistencialismo, que evoca clientela e lógica avessa aos direitos”.

Já as Organizações Não Governamentais – ONG’s¹⁰² –, segundo Leilah Landin, surgem na década de 1970, ligadas ao novo associativismo e aos movimentos sociais que buscam a politização das práticas de intervenção social, tendo como mola propulsora a cidadania e os direitos humanos. As entidades sem finalidade lucrativa criadas nesse contexto procuraram diferenciar-se das anteriores, na busca de novos sentidos e posições na sociedade. Pode-se dizer que são práticas antigas, investidas de ideais próprios da época, durante os anos autoritários¹⁰³.

Em 31 de julho de 2014, foi publicada a Lei nº 13.019/2014, norma geral que veio estabelecer formas de contratação das organizações da sociedade civil com o poder público, bem como sua forma de escolha e prestação de contas. Cada legislação que trata do assunto apresenta definição distinta para o setor privado não lucrativo. Em que pese não alinhar-se de maneira absoluta, essa legislação parece mais afinada com a tradição anglo-americana, privilegiando os elementos formais da entidade bem mais do que seu caráter finalístico ou da gestão democrática da entidade.

2.2.1 Entidades filantrópicas, organizações não governamentais – ONG’s, “terceiro setor” ou organizações da sociedade civil – OSC’s?

Este tópico tem como escopo demonstrar outras nomenclaturas para o “terceiro setor”, utilizadas em épocas distintas. É importante ressaltar que essas denominações são genéricas e não se confundem com as qualificações existentes na legislação infraconstitucional.

¹⁰¹ Será tratado em tópico próprio, item 2.2.2.

¹⁰² Também será tratado em tópico próprio, item 2.2.1.

¹⁰³ LANDIN, Leilah. *Caminhos da institucionalização, cooperação internacional, Estado e filantropia*. In: NOVAS FACES DA CIDADANIA II. 1997. *Cadernos de pesquisa nº 6*. Disponível em: http://www.cebrap.org.br/v2/files/upload/biblioteca_virtual/caminhos_da_institucionalizacao.pdf. Acesso em: jan. de 2015, p. 60.

A primeira denominação a que se faz referência e que a própria Constituição da República de 1988 utiliza é o termo filantropia. Nos termos do Dicionário Aurélio, filantropia é o amor à humanidade, é a caridade¹⁰⁴. Anheier completa: é termo fundamentado pela religião, com esforços privados para realizar o bem comum¹⁰⁵.

O antigo Conselho Nacional de Serviço Social, na década de 1960, emitia o título de filantropia¹⁰⁶. No nível legal, existe antigo instrumento de regulação da relação entre as organizações sem fins lucrativos e o Estado: o certificado de filantropia, que habilitava as entidades sem finalidade lucrativa para receberem incentivos fiscais e subvenções¹⁰⁷.

Em contrapartida, essa denominação é categoria sem definição jurídica precisa, não podendo, portanto, ser considerada como título ou qualificação para que determinada pessoa jurídica sem finalidade lucrativa esteja apta para firmar parceria com a administração pública. Apesar disso, a própria Constituição Federal, ao tratar da saúde e da preferência para a contratação de entidade de forma complementar, acabou por utilizar o termo filantropia.

José Eduardo Sabo Paes fundamenta que “[...] valores como solidariedade, amor ao próximo, ética e responsabilidade social são valores fundamentais do ser humano e intimamente ligados aos sentimentos religioso e cristão [...]”¹⁰⁸. A religião está diretamente ligada às entidades sem finalidade lucrativa, de modo que a filantropia, como afirma Carla Barbieri “[...] já era instituição do direito romano e a ela recorreu a Igreja Católica. Um exemplo de filantropia são as Santas Casas espalhadas por todo o País”¹⁰⁹.

¹⁰⁴ Minidicionário Aurélio. 2ª edição. 1989, p. 236.

¹⁰⁵ ANHEIER, Helmut K. Nonprofite organizations: Theory, management, policy. Disponível em: <http://readinglists.ucl.ac.uk/items/67323005-7A10-3052-869F-71AF6FC2812F.html>. Acesso em: Abril, 2015, p. 8. Tradução livre.

Philanthropy, i.e. the practises of individuals reflecting a “love of humanity” and the voluntary dedication of personal wealth and skills for the benefit specific public causes: while philanthropy, like the term charity, has deep historical roots in religion, its modern meaning emerged in early twentieth-century America and refers to private efforts to solve common social problems such as poverty or ignorance.

Charity, i.e. individual benevolence and caring, is a value and practise found in all major world cultures and religions. It is one of the “five pillars” of Islam, and central to Christian and Jewish religious teaching and practise as well. In many countries, including the US, the notion of charity includes relief of poverty, helping the sick, disabled and elderly, supporting education, religion, and cultural heritage.

¹⁰⁶ TEIXEIRA, Josenir. *O terceiro setor em perspectiva: da estrutura á função social*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 78.

¹⁰⁷ LANDIN, Leilah. *Caminhos da institucionalização, cooperação internacional, Estado e filantropia*. In: NOVAS FACES DA CIDADANIA II. 1997. *Cadernos de pesquisa n° 6*. Disponível em: http://www.cebrap.org.br/v2/files/upload/biblioteca_virtual/caminhos_da_institucionalizacao.pdf. Acesso em: jan. de 2015, p. 56.

¹⁰⁸ PAES, José Eduardo Sabo. *Fundação e Entidades de Interesse Social*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 128.

¹⁰⁹ BARBIERI, Carla. *Terceiro Setor: desafios e perspectivas constitucionais*. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado. Sub-área do Direito Constitucional – Faculdade de Direito, Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp012906.pdf>. Acesso em: jan. de 2014, p. 24.

Substituída no momento atual pelo Certificado de Entidade Beneficente e de Assistência social, a filantropia já foi qualificação. Damião Azevedo explica que ocorreu grande confusão quando da criação dessa qualificação, pois, embora o Decreto 11.172/62¹¹⁰, criado para regulamentar a lei 3.577/59, tivesse por objetivo conceder às entidades declaradas de utilidade pública a isenção previdenciária, criou nova qualificação de entidades de fins filantrópicos¹¹¹.

Esse título, cujo objetivo era a isenção previdenciária, foi previsto na Lei Orgânica da Assistência Social, denominado Certificado de Entidade de Fins Filantrópicos, sendo repetido no art. 18 com essa nomenclatura. Para a mesma finalidade, qual seja de isenção previdenciária, o Certificado de Entidade Beneficente e Assistência Social foi previsto no art. 55¹¹² da Lei 8.212/91¹¹³, que já se encontra revogado, sendo atualmente previsto pela Lei 12.101/2009, conforme será tratado no item 3 infra.

¹¹⁰ O Decreto já encontra revogado.

¹¹¹ AZEVEDO, Damião Alves de. *Publico não estatal? A cooperação entre o Estado e a Sociedade Civil em busca da legitimidade*. In: PEREIRA, Claudia Fernanda de Oliveira (Coord.). *O Novo direito administrativo brasileiro: o publico e o privado em debate*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, vol. 2, p. 294.

¹¹² Art. 55. Fica isenta das contribuições de que tratam os arts. 22 e 23 desta Lei a entidade beneficente de assistência social que atenda aos seguintes requisitos cumulativamente: (Revogado pela Lei nº 12.101, de 2009)
I - seja reconhecida como de utilidade pública federal e estadual ou do Distrito Federal ou municipal; (Revogado pela Lei nº 12.101, de 2009).

II - seja portadora do Certificado e do Registro de Entidade de Fins Filantrópicos, fornecido pelo Conselho Nacional de Assistência Social, renovado a cada três anos; (Redação dada pela Lei nº 9.429, de 26.12.1996).

II - seja portadora do Registro e do Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social, fornecidos pelo Conselho Nacional de Assistência Social, renovado a cada três anos; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.187-13, de 2001). (Revogado pela Lei nº 12.101, de 2009).

III - promova a assistência social beneficente, inclusive educacional ou de saúde, a menores, idosos, excepcionais ou pessoas carentes;

III - promova, gratuitamente e em caráter exclusivo, a assistência social beneficente a pessoas carentes, em especial a crianças, adolescentes, idosos e portadores de deficiência; (Redação dada pela Lei nº 9.732, de 1998). (Vide ADIN nº 2.028-5) (Revogado pela Lei nº 12.101, de 2009).

IV - não percebam seus diretores, conselheiros, sócios, instituidores ou benfeitores, remuneração e não usufruam vantagens ou benefícios a qualquer título; (Revogado pela Lei nº 12.101, de 2009).

V - aplique integralmente o eventual resultado operacional na manutenção e desenvolvimento de seus objetivos institucionais apresentando, anualmente ao órgão do INSS competente, relatório circunstanciado de suas atividades. (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97). (Revogado pela Lei nº 12.101, de 2009).

§ 1º Ressalvados os direitos adquiridos, a isenção de que trata este artigo será requerida ao Instituto Nacional do Seguro Social-INSS, que terá o prazo de 30 (trinta) dias para despachar o pedido. (Revogado pela Lei nº 12.101, de 2009).

§ 2º A isenção de que trata este artigo não abrange empresa ou entidade que, tendo personalidade jurídica própria, seja mantida por outra que esteja no exercício da isenção. (Revogado pela Lei nº 12.101, de 2009).

§ 3º Para os fins deste artigo, entende-se por assistência social beneficente a prestação gratuita de benefícios e serviços a quem dela necessitar. (Incluído pela Lei nº 9.732, de 1998). (Vide ADIN nº 2028-5) (Revogado pela Lei nº 12.101, de 2009).

§ 4º O Instituto Nacional do Seguro Social - INSS cancelará a isenção se verificado o descumprimento do disposto neste artigo. (Incluído pela Lei nº 9.732, de 1998). (Vide ADIN nº 2028-5) (Revogado pela Lei nº 12.101, de 2009).

§ 5º Considera-se também de assistência social beneficente, para os fins deste artigo, a oferta e a efetiva prestação de serviços de pelo menos sessenta por cento ao Sistema Único de Saúde, nos termos do regulamento. (Incluído pela Lei nº 9.732, de 1998). (Vide ADIN nº 2028-5) (Revogado pela Lei nº 12.101, de 2009).

Josenir Teixeira conclui que “[...] as entidades beneficentes possuem a mesma conceituação, qual seja, aquelas que exercem atividades que dizem respeito ao atendimento da comunidade aplicando-se o conceito de solidariedade [...]”¹¹⁴.

Já a denominação Organizações Não Governamentais (ONG’s) surge na década de 1970, ligada ao novo associativismo e aos movimentos sociais, que buscam a politização das práticas de intervenção social, tendo como mola propulsora a cidadania e os direitos humanos¹¹⁵. As entidades sem finalidade lucrativa criadas nesse contexto procuram diferenciar-se das anteriores, na busca de novos sentidos e posições na sociedade. Pode-se dizer que são práticas antigas, investidas de ideais próprios da época, durante os anos autoritários¹¹⁶.

Esse termo nasceu na Organização das Nações Unidas (ONU) e nunca foi muito utilizado no Brasil. Essas entidades sem finalidade lucrativa precisam ser formalizadas de acordo com as pessoas jurídicas existentes na legislação e, para beneficiar-se de incentivos fiscais e/ou doação, devem qualificar-se como utilidade pública¹¹⁷. Ressalta-se, na época em que essa denominação foi mais utilizada, não existiam outras qualificações, como Organizações Sociais e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público.

Segundo Leilah Landin, essa nomenclatura é pouco acadêmica e foi utilizada para financiamentos internacionais¹¹⁸:

Desde os inícios da década de 80 começavam a se intensificar encontros, para além de fronteiras nacionais, de agentes ‘do Sul’ de instituições semelhantes, coisa mais visível apenas para alguns quadros do meio, gente em postos de direção de entidades mais sólidas e reconhecidas, com parcerias estabelecidas com agências internacionais. E já se escrevia sobre o assunto sobre algo denominado ‘ONGs’, também no ‘Terceiro Mundo’ – em textos publicados por esses canais e com circulação basicamente interna ao campo. Surgiam pouco a pouco quadros capazes

§ 6º A inexistência de débitos em relação às contribuições sociais é condição necessária ao deferimento e à manutenção da isenção de que trata este artigo, em observância ao disposto no § 3º do art. 195 da Constituição. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.187-13, de 2001) (Revogado pela Lei nº 12.101, de 2009).

¹¹³ AZEVEDO, Damião Alves de. *Publico não estatal? A cooperação entre o Estado e a Sociedade Civil em busca da legitimidade*. In: PEREIRA, Claudia Fernanda de Oliveira (Coord.). *O Novo direito administrativo brasileiro: o público e o privado em debate*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, vol2, p. 295.

¹¹⁴ TEIXEIRA, Josenir, *O terceiro setor em perspectiva: da estrutura á função social*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 79.

¹¹⁵ VIOLIN, Tarso Cabral. *Terceiro setor e as parcerias com a administração pública: uma análise crítica*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 124.

¹¹⁶ LANDIN, Leilah. *Caminhos da institucionalização, cooperação internacional, Estado e filantropia*. In: NOVAS FACES DA CIDADANIA II. 1997. *Cadernos de pesquisa nº 6*. Disponível em: http://www.cebrap.org.br/v2/files/upload/biblioteca_virtual/caminhos_da_institucionalizacao.pdf. Acesso em: jan. de 2015, p. 60.

¹¹⁷ LANDIN, Leilah. *A Invenção das ONGs: do serviço invisível à profissão sem nome*. Disponível em: <<http://empreende.org.br/pdf/ONG%27s,%20OSCIP%27S%20e%20Terceiro%20Setor/A%20inven%E7%E3o%20das%20ONGs.pdf>>. Acesso em março/2015, p.25.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 25.

de produzir o corpo de ideias que definiria uma identidade para essas instituições as quais, como se viu, configuravam um conjunto cada vez mais articulado¹¹⁹.

Até hoje encontrada nas pesquisas, mas pouco utilizada, essa nomenclatura vem de uma época própria em que as organizações internacionais produziam pesquisas no Brasil. No entanto, para atuarem como pessoa jurídica sem finalidade lucrativa, beneficiando-se das isenções fiscais, as ONG's tinham que se qualificar enquadrar-se no Código Civil.

Após essa nomenclatura, surge o termo utilizado neste estudo em tópico próprio – *third sector* – desgastado em virtude dos inúmeros escândalos nas suas parcerias com o setor público, exigindo que os atores envolvidos se movimentassem para melhorar os controles existentes.

A importância das entidades de “terceiro setor” está pautada tanto na atividade desenvolvida por essas entidades, quanto, principalmente, na geração de emprego, bem como na geração de renda. Diversas pesquisas, a despeito de serem antigas, demonstram esses números, contudo, como explanado anteriormente, subsistem problemas que merecem ser lidos e estudados para que a atuação das entidades sem fins lucrativos agregue mais valor aos seus destinatários.

O crescimento do “terceiro setor” representa mudança e evolução no direito administrativo, no que diz respeito ao papel do Estado, ao mercado e à forma de participação do cidadão na esfera pública. Nessa perspectiva, as entidades sem finalidade lucrativa surgem como parceiras do Estado, a fim de atender às demandas sociais.

Alguns fatores ajudaram no “recrudescimento” das entidades de “terceiro setor”. Embora parceria estabelecida entre essas entidades e o Estado tenha sido alvo de duras críticas, a importância da parceria transcende o exercício da prestação de serviços sociais, de modo que as entidades do “terceiro setor” hoje são vistas como “empresas” geradoras de emprego.

No ano de 2014, mais especificamente, em 31 de julho, foi publicada a lei 13.019/2014, que é resultado de um grupo de trabalho, criado desde o ano de 2011, com escopo de discutir o “aperfeiçoamento” das parcerias estabelecidas entre as entidades sem finalidade lucrativa e o “terceiro setor”. Esse grupo de trabalho, denominado “Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil” (MROSC), criou nova terminologia,

¹¹⁹ LANDIN, Leilah. *A Invenção das ONGs: do serviço invisível à profissão sem nome*. Disponível em: <<http://empreende.org.br/pdf/ONG%27s,%20OSCIP%27S%20e%20Terceiro%20Setor/A%20inven%E7%E3o%20das%20ONGs.pdf>>. Acesso em março/2015, p. 146.

organizações da sociedade civil¹²⁰.

O grupo de trabalho foi estruturado com a participação de algumas organizações da sociedade civil e de importantes órgãos governamentais, tais como a Casa Civil, a Controladoria Geral da União, a Advocacia Geral da União, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, o Ministério da Justiça, o Ministério da Fazenda, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Conforme divulgado pela Secretaria-Geral da Presidência da República, quando da edição do Decreto nº 7.568, de 16 de setembro de 2011,

As ações do Marco Regulatório são parte da agenda estratégica do governo federal que, em conjunto com a sociedade civil, definiu três eixos orientadores: contratualização, sustentabilidade econômica e certificação. Estes temas são trabalhados tanto na dimensão normativa- projetos de lei, decretos, portarias- quanto na dimensão do conhecimento- estudos e pesquisas, seminários, publicações, cursos de capacitação e disseminação de informações sobre o universo das organizações da sociedade civil¹²¹.

Em conjunto com as organizações da sociedade civil, o grupo de trabalho elaborou estudos¹²² a fim de diagnosticar os problemas das organizações da sociedade civil, alguns dos quais já demonstrados ao longo do presente estudo. Como se pode verificar, os efeitos do grupo de trabalho foram sentidos no Legislativo:

[...] há no Congresso Nacional três projetos de lei em destaque, sendo que dois já receberam subsídios do Grupo de Trabalho coordenado pela Secretária-Geral. No Senado, o PLS 649/2011 foi aprovado em caráter terminativo na Comissão de Constituição e Justiça (CCJ), após ter passado por duas audiências públicas, pela Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle (CMA) e pela Comissão de Assuntos Econômicos (CAE). O passo seguinte é a análise pela Câmara dos Deputados. Outro projeto de destaque, em tramitação na Câmara dos Deputados, é o PL 3877/2004, já aprovado no Senado Federal. Recentemente, este PL teve um substitutivo aprovado na Comissão de Seguridade Social e Família (CSSF) e na Comissão de Finanças e Tributação (CFT). Atualmente, encontra-se na Comissão de Constituição e Justiça. Também em tramitação na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei Complementar 177/2012 teve parecer favorável na Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público (CTASP) e um substitutivo aprovado na Comissão de Finanças e Tributação (CFT). Em paralelo aos esforços para implementação de melhorias nas normas referente à legislação sobre a relação de contratualização entre organizações da sociedade civil e o Estado, a agenda normativa também tem sido trabalhada em

¹²⁰ Um dos objetivos do presente estudo, como demonstrado na introdução, é a análise da mudança de terminologia, que será respondida no momento oportuno.

¹²¹ BRASIL. Secretaria-Geral da Presidência da República. Marco regulatório das OSCs: Histórico. Disponível em : <<http://www.secretariageral.gov.br/mrosc/historico-1>> acesso em fev.2014.

¹²² PANNUNZIO, Eduardo; DORA, Denise. *Em busca da ousadia: Comentários sobre o anteprojeto de lei apresentado pelo Grupo de Trabalho “Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil”*. *Boletim do Centro de Pesquisa Jurídica Aplicada*: FGV, 2013; DE BONIS, Daniel. Para além da norma: Reflexões sobre as instituições de regulação das organizações da sociedade civil de interesse público. *Boletim do Centro de Pesquisa Jurídica Aplicada*: FGV, 2013; BRASIL. Ministério da Justiça. Modernização do sistema de convênio da administração pública com a sociedade civil. *Série Pensando o Direito*, nº 41, 2012.

outros aspectos. É o caso da Medida Provisória 620/2013, recentemente aprovada, que trata de aperfeiçoamentos na legislação do CEBAS - Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social. Também destaca-se a aprovação pelo Congresso Nacional do Projeto de Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO que, a partir de propostas do Poder Executivo, incorporou importantes avanços para a agenda do Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil.

Por essa breve análise do trabalho do Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil, restou clara a importância do fortalecimento e da inovação dos instrumentos que formalizam a parceria estabelecida. A imprescindibilidade da parceria para a realização do interesse público foi levada ao Legislativo que, concomitantemente, trabalhou no sentido de apresentar inovações para os modelos de parcerias existentes.

Nas justificativas elaboradas pelo grupo de trabalho, nota-se, no cenário atual, a clara necessidade do diálogo com a sociedade civil, requisito imprescindível de uma democracia. As parcerias estabelecidas entre o Estado e o “terceiro setor” aproximam a sociedade das realidades locais, agregando valor à consecução de objetivos sociais.

O trabalho realizado teve três frentes, tendo cada uma seus respectivos propósitos: (i) valorização da sociedade civil (instrumento jurídico próprio, novas diretrizes e princípios, bem como a atuação em rede); (ii) transparência e controle do dinheiro público (chamamento público, o aprimoramento do SINCONV¹²³, a profissionalização da equipe de trabalho, o cadastro de entidades e dirigentes e a prestação de contas simplificada); (iii) eficiência nos projetos (mais planejamento, monitoramento e avaliação).

Embora, nos dias atuais, todas essas nomenclaturas continuem sendo utilizadas, cada uma apareceu em época própria, com cenários específicos. Nesses variados cenários de entidades sem finalidade lucrativa e onde surgem os problemas da univocidade conceitual, a maioria das pesquisas sobre o assunto busca os pontos de convergência entre as entidades. Da mesma forma, a pluralidade de questões que envolvem o “terceiro setor” e os tipos de entidade que o compõem obviamente resultam em diversas formas de atuação.

A fim de sistematizar a ideia das denominações relativas ao “terceiro setor” e às épocas em que ocorreu a criação de cada uma delas, será apresentado o quadro a seguir:

123 O SINCONV é o sistema de gestão de convênios e contratos de repasses do Governo Federal. O SINCONV bem como o portal de convênios foram legalmente instituídos pelo Decreto nº 6.170, de 25 de julho de 2007, alterado pelo Decreto nº 6.320, de 27 de dezembro de 2007, que dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse. Esse decreto determina a celebração, a liberação de recursos, o acompanhamento da execução e a prestação de contas dos convênios sejam registrados no SINCONV. (BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social. Perguntas e respostas. Disponível em: www.mds.gov.br/falemds/perguntas-frequentes/assistencia-social/financiamento/sinconv Acesso em: jun. 2015.

Quadro 2 Nomenclaturas legislativas e doutrinárias e as épocas em que se apresentaram

Filantrópicas	Organizações não governamentais – ONG's	Terceiro Setor	Organizações da Sociedade civil – OSC
Década de 1930	Década de 1980	Década de 1990	Ano de 2014

Fonte: Pesquisa direta a partir da legislação editada sobre o tema e bibliografia.

2.2.2 A Lei nº 13.019 de 31 de julho de 2014: Organizações da Sociedade Civil (OSC)

Denominada “marco regulatório das organizações da sociedade civil”, a Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014¹²⁴, como norma geral que é, determina que sua aplicação seja observada nas três esferas federativas¹²⁵. Seu conteúdo é resultado de esforço conjunto dos atores envolvidos, com escopo de melhorar a parceria entre o Estado e as entidades do “terceiro setor”.

Nos anos de 2001, 2006 e 2007, o Senado Federal esteve às voltas para apurar, mediante Comissão Parlamentar de Inquérito, escândalos envolvendo as organizações não governamentais. Mais especificamente, no ano de 2007, por meio do Requerimento nº 201/2007-SF, foi instaurada a CPI das ONGs, cujo relatório final foi firmado em outubro de 2010¹²⁶. A comissão teve como objeto a apuração de repasses irregulares da Administração pública federal a entidades de “terceiro setor”. Assim, foi feito amplo trabalho com o fim de propor melhorias na regulação do setor, haja vista a imprescindibilidade da parceria existente, bem como a consecução dos objetivos sociais.

A análise do relatório, que consta mais de 1400 páginas, torna-se necessária no presente trabalho, haja vista a exposição de motivos do PLS 649¹²⁷ mencionando a primeira versão do projeto apresentado em audiência realizada pela comissão. Ademais, muitas das mudanças foram elaboradas com base nas proposições deste trabalho. Soma-se a isso o fato de

¹²⁴ Rodrigo Xavier Leonardo destaca que a Lei nº 13.019 “[...] é o segundo movimento legislativo de tratamento específico para o que genericamente se reconhece como o terceiro setor” (LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Associações sem fins econômicos*. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2014, p. 261).

¹²⁵ Muito se tem discutido acerca desta “imposição” para os estados e os municípios. A respeito do assunto ver OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Administração pública, concessões e terceiro setor*. 3ª ed. São Paulo: Editora Método, 2015, p. 339.

¹²⁶ O Presidente foi o Senador Heráclito Fortes (DEM-PI) e o relator Senador Inácio Arruda (PCdoB-CE).

¹²⁷ No ano de 2011, foi proposto pelo Senador Aloysio Nunes Ferreira o Projeto de Lei nº 649/2011 estabelecendo o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as entidades privadas sem fins lucrativos para a consecução de finalidades de interesse público. A justificativa deste PLS nº 649/2011 faz menção ao relatório da CPI das ONGs, ao afirmar que a primeira versão do projeto foi apresentada em audiência pública realizada naquela comissão. Na justificativa do projeto, foi mencionada a importância das entidades de terceiro setor para a colaboração com o Estado para a consecução de direitos sociais. A terminologia “terceiro setor” foi utilizada apenas na justificativa do projeto, tendo sido utilizada a expressão “entidades privadas sem fins lucrativos” no corpo do texto legislativo. No ano de 2011, o PLS passou a tramitar, e após algumas emendas e unificação com outros projetos de lei, foi publicada a Lei 13.019/2014.

que tanto o Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil (Lei nº. 13.019/2014) quanto o PLS 649¹²⁸ criaram mais uma terminologia, “Organizações da Sociedade Civil”.

Em todos os documentos lidos, notadamente no relatório da CPI, na exposição de motivos do Projeto (PLS 649) e no relatório do Marco Regulatório das OSC, não consta a motivação da criação da nomenclatura, o que representa grave falha nos instrumentos de renovação legislativa. Por outro lado, como estava sendo proposta nova norma geral, presume-se que a principal razão da criação da terminologia deveu-se à necessidade de dar novos ares às instituições sem finalidade lucrativa, desgastadas com tantos escândalos e críticas, sendo, portanto, uma oportunidade de renovar a nomenclatura.

Ademais, versou sobre os instrumentos produzidos pelo Grupo de Trabalho Interministerial¹²⁹ a lógica da aproximação da sociedade civil com os problemas locais, renovando a participação popular e, conseqüentemente, valorizando essas entidades. Entende-se que a mudança de terminologia ganhou força com essa necessidade de valorizar as entidades envolvidas, de modo que ao termo “Organização da Sociedade Civil” subjaz uma ideia de conjunto de ação da sociedade civil, de modo a inovar em suas atividades.

A publicação dessa lei é resultado da soma de esforços dos *stakeholders* – partes interessadas – do “terceiro setor”, em uma tentativa de diagnosticar as falhas das parcerias envolvendo essas entidades e o poder público, dada a imprescindibilidade das entidades para a prestação de serviços sociais.

A lei é expressa ao afirmar que não serão aplicados os seus dispositivo às Organizações Sociais e só se aplicarão, no que couber, às Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, qualificações que serão tratadas em tópicos próprios¹³⁰.

A Lei nº. 13.019/2014 renova as parcerias, propõe transparência na forma de escolha e na prestação de contas. Apesar de atingir o fim proposto, que é dar segurança aos

¹²⁸ Frise-se que, originalmente, na justificativa do PLS, estava prevista a nomenclatura “terceiro setor”, no entanto, no decorrer da tramitação, ocorreu a mudança para a denominação “organizações da sociedade civil”.

¹²⁹ Ver relatório do final do grupo de trabalho marco regulatório das organizações da sociedade civil. (BRASIL. Secretaria-Geral da Presidência da República. Marco regulatório das OSCs: Relatório. Disponível em: <<http://www.secretariageral.gov.br/mrosc>> acesso em fev.2014.

¹³⁰ Art. 3º Não se aplicam as exigências desta Lei:

I - às transferências de recursos homologadas pelo Congresso Nacional ou autorizadas pelo Senado Federal naquilo em que as disposições dos tratados, acordos e convenções internacionais específicas conflitam com esta Lei, quando os recursos envolvidos forem integralmente oriundos de fonte externa de financiamento;

II - às transferências voluntárias regidas por lei específica, naquilo em que houver disposição expressa em contrário;

III - aos contratos de gestão celebrados com organizações sociais, na forma estabelecida pela Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998.

Art. 4º Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, às relações da administração pública com entidades qualificadas como organizações da sociedade civil de interesse público, de que trata a Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999, regidas por termos de parceria.

atores envolvidos, ela mesma não resolve o problema de inflação legislativa, na medida em que deixa claro que não será aplicada às OS e aplicará no que couber às OSCIP's.

Observou-se que ainda inexistente na legislação qualquer teor em relação à aplicação dessa lei às parcerias na área da saúde, sendo, portanto, questão que carece de reflexão. Como será visto no capítulo próprio, a parceria estabelecida entre o “terceiro setor” e o Sistema Único de Saúde tem permissivo constitucional e é regulamentada pela Lei nº 8.080 de 19, de setembro de 1990, como afirma Lenir dos Santos: “[...] a participação complementar o setor privado ao SUS não se enquadra como transferência de recursos para o desenvolvimento de parcerias e fomentos públicos”¹³¹.

Certamente há muitos pontos da lei que suscitam dúvidas: a aplicação dessa norma geral aos demais entes federativos, como Estados e Municípios; a extinção dos convênios, melhor, restringiu o instituto do convênio às relações voluntárias de cooperação interfederativa, e a aplicação da mesma no âmbito da saúde. Por outro lado, independentemente desses questionamentos, que já estão sendo discutidos pelos operadores do Direito, a publicação da lei foi positiva, já que abordou pontos críticos da parceria entre as entidades do “terceiro setor” e a administração pública.

A supramencionada lei entraria em vigor no dia 27 de julho de 2015. No entanto, no mês de julho do corrente ano, foi editada a medida provisória, nº 684 de 21 de julho de 2015¹³², que adiou a entrada em vigor para janeiro de 2016. Essa medida provisória estendeu o prazo para a entrada em vigor, a fim de que os entes públicos possam se adaptar às novas regras, adequando legislações específicas e estruturas administrativas. Esse prazo é importante, pois abre espaço para as discussões existentes e a regulamentação da lei.

2.3 NATUREZA JURÍDICA DAS ATIVIDADES DESENVOLVIDAS

Tão difícil quanto conceituar o terceiro setor é delimitar o campo de abrangência das atividades que podem ser desempenhadas pelas entidades que o compõem. A Constituição Federal, em alguns momentos, demonstra a preferência da parceria estabelecida entre a

¹³¹ SANTOS Lenir. Por que a Lei nº 13019 não se aplica ao regime da complementariedade dos serviços de saúde? Disponível em:

<http://www.idisa.org.br/img/File/Por%20que%20a%20Lei%20n%C2%BA%2013019,%20de%202014,%20n%C3%A3o%20se%20aplica%20ao%20SUS.pdf>>. Acesso em: jun. de 2015.

¹³² BRASIL. Medida Provisória 684 de 21 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Mpv/mpv684.htm>. Acesso em: julho.2015

Administração pública e as entidades sem finalidade lucrativa, priorizando sua atuação na área da educação e da saúde em detrimento da contratação dos serviços no mercado¹³³.

A fim de cumprir suas obrigações, o Estado passou a ver a sociedade como parceira e privilegiou institutos com a participação. O direito, por sua vez, para acompanhar essa evolução, buscou novos paradigmas que o adequassem à sociedade moderna. A razão dessa construção foi o tratamento digno ao indivíduo, “não se tratava, pois, de uma tentativa da Igreja Católica de impor uma nova concepção de Estado, mas de apontar mecanismos de construir uma sociedade mais justa”¹³⁴.

A recente democratização vivida no país, conjuntamente com o movimento neoliberal, são considerados fatores que fortaleceram as atividades do “terceiro setor”, já que tem como atores principais a sociedade civil¹³⁵. A globalização, a nova expectativa de uma geração de direitos humanos, “o princípio da solidariedade social, promovida pelo agir comunicativo das pessoas em busca de um consenso verdadeiro (racional)”¹³⁶ contribuíram para a plurificação dos canais de participação.

Da mesma forma e modo, os serviços públicos evoluíram e o princípio da eficiência passou a ser buscado pela administração pública. Com a Constituição “Cidadã”, de 1988, houve maior preocupação com os direitos sociais, a despeito de não ter conseguido sozinho cumprir com essa demanda ao longo do tempo. Isso significa dizer que a Administração pública sempre se valeu da sociedade civil para cumprir sua obrigação de promover a justiça social e o bem estar.

Maria Tereza Fonseca Dias entende que, embora os serviços sociais sejam diferentes dos serviços administrativos, comerciais e industriais, uma vez que não se sujeitam ao regime de concessão e permissão de serviços públicos¹³⁷, cada vez mais essas entidades firmam instrumentos com o intuito de buscar repasses de recursos financeiros com a

¹³³ Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos. [...]

¹³⁴ FALCÃO, Joaquim. *Novas parcerias entre os setores público e privado*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2011, p. 20.

¹³⁵ DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Terceiro Setor e Estado: legitimidade e regulação – Por um novo marco jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 128.

¹³⁶ Cf. CRUZ, Álvaro Ricardo. *Habermas e o Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2006, p. 89.

¹³⁷ DIAS, Maria Tereza Fonseca Políticas públicas e terceiro setor. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio Cesar dos Santos; DIAS, Maria Fonseca (org.). *Políticas públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 275.

administração pública. Tendo em vista esse benefício, alguns autores tecem duras críticas às parcerias entre as entidades e o Estado¹³⁸.

Os recursos necessários às ações sociais dessas entidades, em sua maioria, originam-se das parcerias tanto com órgãos governamentais quanto com de instituições da iniciativa privada. A “descentralização social”, expressão utilizada por Diogo de Figueiredo Moreira Neto, é fundamental para a realização do princípio do pluralismo insculpido no Texto Constitucional e necessária pela valorização do homem e busca da responsabilidade social¹³⁹.

No livro *O Estado entre a filantropia e a assistência social* (2011), Maria Luiza Mestriner faz um apanhado histórico dos direitos sociais no Brasil, mais especificamente na assistência social, abrangendo o período de 1930 até os dias de hoje, e entende que a “questão social” sempre foi desenvolvida com a ajuda da sociedade civil, cabendo ao Estado atuação na forma de apoio às entidades sem finalidade lucrativa¹⁴⁰.

Resta claro, portanto, que as atividades exercidas pelas entidades de “terceiro setor”, além de diversificadas, têm cunho social, enfrentando, por isso, vários problemas acerca da conceituação e delimitação do campo de abrangência, conforme explicita Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

A Constituição brasileira de 1988 incentiva a colaboração social, a começar pela afirmação do princípio do pluralismo, estampado no art. 1º, IV, e o da participação, no parágrafo único do mesmo artigo, descendo mesmo, embora superfluamente, em seu texto, à previsão de vários instrumentos de colaboração participativa (...) ¹⁴¹.

Estudos acerca de atividades desenvolvidas pelas entidades do “terceiro setor” nem sempre apresentam perspectiva positiva, de modo que, não raro, as parcerias são vistas como oportunidade de corrupção e obtenção de privilégios. Posicionando-se de forma negativa a respeito do tema e questionando, inclusive, a “boa intenção” das próprias entidades do “terceiro setor”, Carlos Montaña entende que elas deveriam ficar restritas à participação no controle social do poder e na luta pela ampliação dos direitos sociais¹⁴².

¹³⁸ Inclusive há bons trabalhos publicados que versam sobre o tema terceiro setor e licitação. Dentre eles pode-se citar: DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Licitação e terceiro setor*. In: BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; CASTRO, Sérgio Pessoa de Paula. *Tendências do direito administrativo: uma visão da Escola Mineira*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

¹³⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 152.

¹⁴⁰ MESRTINER, Maria Luiza. *O Estado entre a filantropia e a assistência social*. 4ª ed. São Paulo: Cortez, 2011, p. 17.

¹⁴¹ Idem, p. 186.

¹⁴² MONTAÑO, Carlos. *Terceiro Setor e a questão social: crítica ao padrão emergente de intervenção social*. 6 ed. São Paulo: Cortez, 2010. p. 169.

Na mesma linha crítica, Gustavo Magalhães, na sua tese de doutoramento, ressalta o regime jurídico dessas entidades, que é de direito privado, e que, apesar de firmarem parcerias, não se confundem com o Estado e não perdem caráter híbrido¹⁴³.

Sem sombra de dúvidas, o regime jurídico aplicado às entidade do “terceiro setor” é de direito privado. Em contrapartida, as atividades desenvolvidas são direcionadas a atender às demandas sociais, que têm como pano de fundo o interesse coletivo. Diante disso, quando essas entidades estabelecem formalmente uma relação jurídica com o ente público, devem ser observados os princípios e as diretrizes do regime jurídico administrativo. Nesse mesmo sentido é o entendimento de Carla Barbieri, ou seja, ao fazer a transferência de recursos e de atividades, as entidades de “terceiro setor” passam a conviver com a obrigação de observar os princípios da administração pública:

A constitucionalidade da ação conjunta do Estado e do terceiro setor com a transferência de recursos públicos do primeiro para o segundo deve ser feita de acordo com o regramento constitucional-legal, de forma que os princípios da Administração pública sejam assegurados tanto pelo Estado quanto pelo terceiro setor, que estará desempenhando função pública, muitas vezes até com recursos estatais¹⁴⁴.

Cumprе consignar que a observância dos princípios da administração pública só se dará no caso da celebração de parceria, uma vez que é inegável a natureza jurídica de direito privado das entidades, de forma que, regra geral, não há que se falar em submissão ao regime do serviço público. Isso se dará quando o poder público assim o exigir e quando houver firmado o instrumento de parceria.

Cumprе ressaltar que, embora a recente lei 13.019/2014, no seu art. 5º¹⁴⁵, que estabelece normas gerais da parceria, tenha apresentado os princípios da administração pública aplicados às entidades parcerias, ela lei não inovou o pensamento jurídico, porque a

¹⁴³ MAGALHAES, Gustavo Alexandre. *Convênios administrativos: uma proposta de releitura do seu regime jurídico à luz de sua natureza contratual*. Tese (Doutorado em Direito Administrativo)- Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-G2QLZ/tese_07.04.2011____texto_principal.pdf?sequence=1>. Acesso em dez.2013. p.104.

¹⁴⁴ BARBIERI, Carla Bertucci. *Terceiro Setor: desafios perspectivas constitucionais*. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado. Sub-área do Direito Constitucional- Faculdade de Direito, Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp012906.pdf>>. Acesso em: jan.2014. p. 91.

¹⁴⁵ Art. 5º O regime jurídico de que trata esta Lei tem como fundamentos a gestão pública democrática, a participação social, o fortalecimento da sociedade civil e a transparência na aplicação dos recursos públicos, devendo obedecer aos princípios da legalidade, da legitimidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da economicidade, da eficiência e da eficácia, além dos demais princípios constitucionais aplicáveis e dos relacionados a seguir:

Lei 8.249, de 02 de junho de 1992¹⁴⁶, e a 12.527, de 18 de novembro de 2011¹⁴⁷, já apresentavam dispositivos nesse mesmo sentido.

No campo de suas atividades, importante discussão está relacionada à questão das políticas públicas e ao papel das entidades sem finalidade lucrativa do “terceiro setor”, cuja atuação, todavia, ocorrerá de forma complementar ao Estado, conforme previsto no Texto Constitucional¹⁴⁸.

As atividades desenvolvidas por entidades específicas, que poderão ser exercidas pelo “terceiro setor”, estão dispostas na legislação infraconstitucional. Pode-se citar como exemplo a atuação na área da cultura, saúde, educação e ensino, pesquisa científica, meio ambiente, criança e adolescente, assistência social. Essas atividades serão melhor analisadas no item 3.4, quando forem analisadas as qualificações.

2.4 FORMAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO DAS ENTIDADES SEM FINALIDADE LUCRATIVA

O termo “terceiro setor” remete ao contexto das Organizações Sociais, das Organizações da Sociedade Civil e até mesmo das entidades de utilidade pública, cumprindo, portanto, consignar que tais termos são referentes às qualificações jurídicas conferidas pelo Estado a essas entidades e não a pessoas jurídicas constituídas destas formas. Isto significa dizer que “[...] não se constituem um tipo autônomo de pessoa jurídica”.¹⁴⁹ Ou seja, para

¹⁴⁶ Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.

Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

¹⁴⁷ Art. 2º Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, às entidades privadas sem fins lucrativos que recebam, para realização de ações de interesse público, recursos públicos diretamente do orçamento ou mediante subvenções sociais, contrato de gestão, termo de parceria, convênios, acordo, ajustes ou outros instrumentos congêneres.

Parágrafo único. A publicidade a que estão submetidas as entidades citadas no **caput** refere-se à parcela dos recursos públicos recebidos e à sua destinação, sem prejuízo das prestações de contas a que estejam legalmente obrigadas.

¹⁴⁸ DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Políticas públicas e terceiro setor*. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio Cezar dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (org.). *Políticas Públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. O. 261-291, p. 286.

¹⁴⁹ LOPES, Ana Frazao de Azevedo. *Aspectos funcionais da personalidade jurídica de direito privado das organizações sociais e das organizações da sociedade civil de interesse público*. In: PEREIRA, Claudia

haver a qualificação, faz-se necessária a prévia constituição da pessoa jurídica nos termos da legislação civil, ressaltando-se que as entidades têm natureza privada e devem ser sem fins lucrativos.

A legislação brasileira prevê dois tipos de pessoas jurídicas: de direito público e de direito privado. Como as pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos poderão ser constituídas como associações e fundações, elas assumirão a forma de associação ou fundação conforme previsto na Lei 10.406 de 2002, o Código Civil Brasileiro¹⁵⁰.

Quadro 3- Comparativo das características das entidades sem finalidades lucrativas previstas no Código Civil

Tipo	Associação Civil	Fundação
Dispositivo legal	Art. 53a 61 do Código Civil	Art. 62 a 68 do Código Civil
Constituição	Agrupamento de pessoas	Por destaque de patrimônio
Atividades	Nem sempre será altruística	Altruística
Fiscalização	Nem sempre será o Ministério Público	Ministério Público

Fonte: Código Civil Brasileiro (pesquisa direta)

Ambas as espécies de pessoas jurídicas de direito são semelhantes quanto à característica de não terem finalidade econômica, mas diferem noutros aspectos: enquanto a fundação caracteriza-se por finalidade sempre altruística com fins mais específicos, as associações podem ter como finalidade o atendimento individual, de grupo restrito, não necessariamente altruístico¹⁵¹. No próximo item será tratada, separadamente, cada uma das pessoas jurídicas.

2.4.1 Associações privadas

Previstas no art. 53 do Código Civil (Lei nº 10.406/2002), as associações privadas podem ser constituídas com a união de pessoas em torno de objetivos comuns, tendo como condição, desde sua criação, ausência de finalidade lucrativa. Essa condição não significa que

Fernanda de Oliveira (Coord.). *O Novo direito administrativo brasileiro: o público e o privado em debate*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, vol. 2, p. 289-317, p. 320.

¹⁵⁰ MAGALHAES, Gustavo Alexandre. *Convênios administrativos: uma proposta de releitura do seu regime jurídico à luz de sua natureza contratual*. Tese (Doutorado em Direito Administrativo)- Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011. Disponível em:< http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-8G2QLZ/tese_07.04.2011_texto_principal.pdf?sequence=1>. Acesso em dez.2013, p. 92.

¹⁵¹ LOPES, Ana Frazao de Azevedo. *Aspectos funcionais da personalidade jurídica de direito privado das organizações sociais e das organizações da sociedade civil de interesse público*. In: PEREIRA, Claudia Fernanda de Oliveira (Coord.). *O Novo direito administrativo brasileiro: o público e o privado em debate*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, vol. 2, p. 289-317, p. 333.

a pessoa jurídica dará prejuízo, mas que não distribuirá seus lucros e dividendos entre os associados.

Antes de adentrar a análise da verdadeira atuação das entidades de “terceiro setor” na promoção da saúde no país, será analisado outro direito fundamental, que tem ligação direta com o mesmo: associação. O direito de associação está previsto na Constituição Federal e teve sua primeira aparição na Constituição de 1891, quando a intervenção da polícia era permitida para manter a ordem pública. A segunda Constituição brasileira a versar sobre o tema foi a de 1934.

Segundo Carla Barbieri, “[...] o tratamento dado ao que hoje denominamos terceiro setor na Constituição de 1937 carregou o momento histórico que o País vivia, restringindo a liberdade de associação quando esta apenas se mostrasse contrária aos bons costumes”¹⁵². A despeito dessa previsão, bem como de o direito de associação estar previsto no texto constitucional, o mesmo não previa, nas constituições anteriores, a criação de setor independente na sociedade, para a prestação de serviços de interesse coletivo¹⁵³, como reafirma a mesma autora:

Interessante notar que a Carta de 1937 foi a primeira a constitucionalizar o mutualismo do Estado perante a sociedade civil organizada, no âmbito da infância e juventude, aproveitando-se de estruturas já criadas para o desempenho de seu dever constitucional nessa área. Essa simbiose voltou a aparecer após a Emenda n. 19 à nossa Constituição Federal de 1988, que instituiu a reforma administrativa sob os auspícios do pensamento neoliberal do Estado mínimo¹⁵⁴.

Como se pode perceber, o direito de associação está previsto há muitos anos nas constituições brasileiras e é de fundamental importância para formar a atuação da sociedade civil organizada. Mais uma vez se comprova que as entidades sem finalidade lucrativa sempre existiram, ora de forma mais atuante, ora de forma mais marginal.

Após a Segunda Guerra Mundial, inegavelmente as estruturas do direito e o Estado modificaram-se: o direito evoluiu, deixou de ser formal; a democracia substantiva passou a ser o sustentáculo do Estado Democrático de Direito, marcado pelo consenso, pela dialeticidade e pela constitucionalização¹⁵⁵. Desencadeada também pelo segundo conflito mundial, a constitucionalização do direito também auxiliou na mudança de papel da

¹⁵² BARBIERI, Carla Bertucci. *Terceiro Setor: desafios perspectivas constitucionais*. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado. Sub-área do Direito Constitucional – Faculdade de Direito, Universidade Católica de São Paulo (SP), 2006. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp012906.pdf>>. Acesso em: jan. de 2014, p. 73.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 73.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 75.

¹⁵⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 58.

Administração pública. Diante disso, muda o papel do Estado, que assume novas funções relativas à regulação da economia e ao fornecimento de prestação aos cidadãos necessitados, fruto do paradigma de estado de bem estar social.

Nessa perspectiva, o direito administrativo foi reestruturado, ganhou nova concepção, sendo adaptado à nova realidade e à sociedade de múltiplos interesses públicos¹⁵⁶, cuja sistematização dos poderes e deveres passou a ser traçada a partir dos delineamentos constitucionais, com ênfase nos direitos fundamentais.

A Administração pública passou a assumir pluralidade de atividades, e essas novas funções são assumidas com regulação, mediante o uso do direito privado, acarretando importantes mudanças: a noção de poder estatal, que antes girava em torno do poder, passa a girar em torno da atividade; o centro, que era ocupado pelas pessoas estatais, agora é ocupado pela função estatal¹⁵⁷.

A atividade administrativa desenvolvida em prol do cidadão é centrada no bem estar do mesmo, de modo que o Estado, como prestador, passa a ter uma visão mais consensual, sem a imposição de antigamente, que não desaparece, mas é tratada apenas para o poder de polícia¹⁵⁸.

Com o aumento das atividades da administração pública e com a exigência de parceiros para a consecução de objetivos, as entidades sem finalidade lucrativa ganham força. Soma-se a isso um antigo princípio da igreja católica que reaparece e fundamenta as atividades da administração pública: o princípio da subsidiariedade.

Diante dessas transformações, foi necessário repensar a função da Administração pública junto ao modelo de democracia substancial, retomado um antigo princípio – o princípio da subsidiariedade –, que está relacionado à concentração de poder¹⁵⁹. Foi utilizado pela Igreja católica, que com a constitucionalização do direito, foi lembrado na Alemanha e

¹⁵⁶ ANDRADE, Érico. *O mandado de segurança: A busca da verdadeira especialidade*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 163.

¹⁵⁷ ANDRADE, Érico. *O mandado de segurança: A busca da verdadeira especialidade*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 170.

¹⁵⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 42.

¹⁵⁹ Ana Carolina Siqueira Lara se manifesta da seguinte forma sobre o tema: “Estado, sociedade civil, grupos sociais e cidadãos são instancias de atuação que mantem suas autonomia em diferentes níveis, e ao mesmo tempo, comunica-se. Nesse sentido, a esfera publica torna-se um elementos de efetivação deste quadro de atuação [...]” (LARA, Ana Carolina Siqueira. *A organização do terceiro setor e a renovação da relação do estado com a sociedade civil*. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_LaraAC_1.pdf> Acesso em: agosto/2013, p. 69.

no direito comunitário europeu¹⁶⁰. O Estado subsidiário apenas incentiva e fomenta atividades que o particular tem condições de exercer.

Para tanto, percebe-se o crescimento de iniciativas de participação voltadas para o desenvolvimento social e a recriação de antigos institutos herdados do catolicismo português. Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, há dois tipos de descentralização: a funcional e a social.¹⁶¹ Há um retorno para a utilização das formas do direito privado, e a sociedade civil, atuando em conjunto com o Estado para a realização dos interesses públicos¹⁶², assume certas funções, necessitando, para isso, organizar-se e ganhar forma. Desse modo, as formas das pessoas jurídicas, cuja existência se dará com o registro no cartório de pessoas jurídicas e sendo regida por um Estatuto Social, serão tratadas no campo do direito civil. Esse Estatuto é de suma importância para esse tipo de entidade, posto estar previsto o escopo de suas atividades e suas finalidades precípua.

Caracterizando-se sob a forma altruística de realização de interesses, os interessados unem-se e congregam-se para a realização de interesses comuns, havendo ou não capital constituído¹⁶³. Sob pena de nulidade, o art. 54 do Código Civil prevê os requisitos mínimos que deve conter o estatuto, conforme opina Eduardo Sabo Paes:

O estatuto de uma associação é peça de primordial importância para a entidade. Nela devem estar previstos todos os fundamentos da atividade que desejam os associados seja desenvolvida de forma coletiva. É, portanto, norma fundamental e norteadora da organização, na qual deverão estar consignadas as normas gerais e específicas que regerão suas atividades¹⁶⁴.

Órgão deliberativo e colegiado, a Assembleia Geral é o principal órgão da associação e tem ainda a função de destituir administradores, aprovar as contas, bem como modificar o Estatuto. A extinção das associações pode se dar por iniciativa dos associados, por ação do Ministério Público ou de qualquer interessado¹⁶⁵, podendo ocorrer sob três modalidades: a convencional, a administrativa e a judicial.

¹⁶⁰ BARACHO, José Alfredo. *O Princípio da Subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 58.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 47.

¹⁶² ANDRADE, Érico. *O mandado de segurança: A busca da verdadeira especialidade*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 176.

¹⁶³ PAES, José Eduardo Sabo. *Fundação e Entidades de Interesse Social*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 42.

¹⁶⁴ *Ibidem* p. 79.

¹⁶⁵ Cf. PAES, José Eduardo Sabo. *Fundação e Entidades de Interesse Social*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 71.

Em regra, à luz do art. 61¹⁶⁶ do Código Civil, uma vez dissolvida a associação, seu patrimônio será atribuído a entidades de fins não econômicos designadas no estatuto, ou ainda à instituição municipal, estadual ou federal de fins iguais ou semelhantes.

2.4.2 Fundações

A despeito de não haver definição legal no ordenamento jurídico, a fundação não resulta da união de indivíduos, mas da afetação de um patrimônio que se personifica mediante a manifestação de vontade do instituidor para a realização de fins ideais, nos termos do art. 62¹⁶⁷ do Código Civil. A fundação é, portanto, a personificação de um patrimônio. A respeito do tema, Ana Frazão de Azevedo Lopes se manifesta no sentido de que “[...] as fundações são consideradas as pessoas jurídica com maior nível de abstração, pois se baseiam apenas na ideia da afetação patrimonial”¹⁶⁸.

Apesar de a fundação ser isenta de fins lucrativos e de sua criação ser por escritura pública ou testamento, a existência da pessoa jurídica, tal como ocorre com a associação, ocorrerá com o registro civil da pessoa jurídica no cartório competente.

Seus objetivos estão previstos no Estatuto Social, documento que demonstra a finalidade precípua e outros assuntos de importância bem como as disposições obrigatórias para funcionamento regular da fundação. São requisitos para constituição de uma fundação:

- (i) afetação ou destacamento de bens livres do instituidor;
- (ii) instituição por escritura pública ou testamento;
- (iii) elaboração do estatuto – à luz do art. 65 do CC, o estatuto da fundação poderá ser elaborado pelo próprio instituidor, fiduciariamente (em confiança) por terceiro ou subsidiariamente pelo MP (se não for feito no prazo colocado pelo instituidor ou não havendo prazo, se não efetivado no prazo de 180 dias);

¹⁶⁶Art. 61. Dissolvida a associação, o remanescente do seu patrimônio líquido, depois de deduzidas, se for o caso, as quotas ou frações ideais referidas no parágrafo único do art. 56, será destinado à entidade de fins não econômicos designada no estatuto, ou, omissis este, por deliberação dos associados, à instituição municipal, estadual ou federal, de fins idênticos ou semelhantes.

¹⁶⁷Art. 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. [...]

¹⁶⁸ LOPES, Ana Frazao de Azevedo. Aspectos funcionais da personalidade jurídica de direito privado das organizações sociais e das organizações da sociedade civil de interesse publico. In: PEREIRA, Claudia Fernanda de Oliveira (Coord.). *O Novo direito administrativo brasileiro: o publico e o privado em debate*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, vol. 2, p. 289-317, p. 343.

- (iv) aprovação do Estatuto: como regra geral, é o MP que o aprova. Segundo José Eduardo Paes: “[...] em norma esquisita – art. 1202 do CPC – está estabelecido que, se o MP elabora o estatuto, o juiz deverá aprová-lo”;
- (v) registro público da fundação no Registro Civil das Pessoas Jurídicas.

Compostas de três órgãos (Conselho Curador, Conselho Administrativo e Conselho Fiscal), as fundações somente poderão ser constituídas para fins morais, educacionais, religiosos ou assistenciais (Parágrafo Único, do art. 62¹⁶⁹, do Código Civil).

Pela legislação vigente, o Ministério Público é o órgão responsável pela fiscalização e pelo velamento das fundações. Destarte, os membros do “Parquet” poderão assistir às reuniões, podendo, inclusive, discutir o assunto em pauta, devendo, portanto, ser informado das reuniões e das nomeações de dirigentes, bem como ter ciência da modificação estatutária.

O art. 69 do Código Civil dispõe acerca da dissolução da fundação que, uma vez dissolvida, seu patrimônio será atribuído a entidades de fins não econômicos designadas no estatuto, ou, omissa esta, à instituição municipal, estadual ou federal de fins iguais ou semelhantes. Segundo Eduardo Sabo Paes, a fundação poderá ser extinta de três formas (administrativa, convencional ou judicial), pelo “Conselho de Curadores ou a Diretoria Executiva, sob o acompanhamento do órgão do Ministério Público, [que] procederá à sua liquidação”¹⁷⁰.

Vistas as formas que as entidades sem finalidades lucrativas podem assumir, bem como a característica de cada uma delas, passa-se às formas de parcerias, discutindo-se os títulos que dão ensejo às qualificações, diferenciando cada uma das entidades e submetendo-as às regras próprias.

¹⁶⁹ [...] Parágrafo único. A fundação somente poderá constituir-se para fins religiosos, morais, culturais ou de assistência.

¹⁷⁰ PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações, associações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários*. 2003, p. 234.

3 PARCERIAS ENTRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O “TERCEIRO SETOR”

As parcerias¹⁷¹ existentes entre as entidades de “terceiro setor” e a administração pública são bem antigas e, conforme o contexto da época¹⁷², elas podem variar, além de serem levantados questionamentos quanto à sua legalidade. A formalização dessa relação do Estado com as entidades sem finalidade lucrativa se dará por ajustes administrativos¹⁷³, tais como o termo de parceria, contrato de gestão e os mais recentes, termo de colaboração e termo de fomento. Este capítulo tem como escopo a análise da formalização da parceria e suas implicações para as entidades sem finalidade lucrativa.

Outro ponto que será analisado diz respeito à pluralidade de interesses públicos consagrados pela Constituição de 1988 e a participação da sociedade na definição das prioridades a serem atendidas pelo Poder Público. A questão que orientou a proposta deste capítulo e de todo o trabalho é a ideia de subsidiariedade, que é o sustentáculo das parcerias existentes entre as entidades do “terceiro setor” e a administração pública. O conceito de subsidiariedade, tal como cunhado por Silvia Faber Torres e José Alfredo de Oliveira Baracho, foi eleito como marco teórico, transmitindo a noção de complementariedade.

Foi fundamental para o crescimento do “terceiro setor” não só a democratização do país, mas também a reforma administrativa gerencial, considerada por muitos autores, como de caráter neoliberal¹⁷⁴. Nesse sentido, Evelina Dagnino, em trabalho sobre o tema, discutiu a importância de que não haja a mistura de ambos os cenários (democratização e reformas neoliberais) para que sejam apresentados os benefícios de ambos. Para a autora, o

¹⁷¹ Esta expressão é bem criticada por Celso Antônio Bandeira de Melo, por se apresentar bem genérica. Para o autor, “Parceria também é uma expressão extremamente genérica prestante para indicar qualquer modalidade de colaboração entre a entidade pública e particulares; logo, também insuficiente para permitir identificar o instituto jurídico que estaria em causa” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 14 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 223).

¹⁷² LEAL, Rogério Gesta. *Estado administração pública e sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2006, p. 175.

¹⁷³ “Ajuste” será utilizado aqui para demonstrar a formalização das parcerias, haja vista a diversidade de instrumentos existentes. Essa expressão é utilizada por Maria Tereza Fonseca Dias (DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Acordos administrativos: reflexões e apontamentos para a revisão da legislação dos contratos administrativos*. in: BATISTA JUNIOR, Onofre Alves; ARÊDES, Sierele Nunes. MATOS, Frederico Nunes de (Coord.). *Contratos administrativos: estudos em homenagem ao Professor Flóridalvo Dutra de Araújo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 205-224).

¹⁷⁴ O neoliberalismo sugere o Estado mínimo, uma política voltada para o mercado e não para a sociedade. Esse pensamento emerge com Margaret Thatcher, na Inglaterra, Ronald Regan, nos EUA, e Kohl, na Alemanha. Esse ideal ainda sugere crise do Estado e a necessidade de reforma (VIOLIN, Tarso Cabral. *Terceiro setor e as parcerias com a administração pública: uma análise crítica*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 57 e 58). A respeito do assunto, consultar: GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009; MONTAÑO, Carlos. *Terceiro Setor e a questão social: crítica ao padrão emergente de intervenção social*. 6ª ed. São Paulo: Cortez, 2010; VIOLIN, Tarso Cabral. *Terceiro setor e as parcerias com a administração pública: uma análise crítica*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

que efetivamente ocorre na compreensão do fenômeno do terceiro setor é o que chama de “confluência perversa”¹⁷⁵.

Nesse sentido, o problema de investigação abordado é se há maneira de a administração assegurar a todas as entidades sem finalidade lucrativa o igual direito de celebrar ajustes administrativos e, conseqüentemente, a igualdade de acesso a repasses de verbas públicas. Será abordada, ainda, a questão da obrigatoriedade de realização de seleção pública¹⁷⁶, bem como as formas de repasse.

A base para o estabelecimento das parcerias está pautada na ideia de subsidiariedade, uma vez que o mesmo sugere a distribuição de competências entre os indivíduos, os grupos sociais e o Estado. Desse modo, a sociedade comporta-se como detentora da iniciativa e quando o Estado se apresenta como mediador das relações com os indivíduos, no entender de Ana Carolina Siqueira Lara¹⁷⁷. No tópico 3.1, serão abordadas as principais características desse tema.

No item 2.2, foi vista a diversidade do “terceiro setor” e os problemas relacionados à sua denominação, e, no item 2.4, as duas formas jurídicas de direito privado que as entidades podem assumir: associação e fundação de direito privado. Para estabelecer as parcerias, essas pessoas jurídicas ainda poderão receber qualificações. Diante disso, neste capítulo, também serão abordadas essas qualificações existentes na legislação infraconstitucional, bem como a forma de escolha das entidades para a formalização do termo de parceria.

3.1 SUBSIDIARIEDADE COMO BASE DAS PARCERIAS ENTRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O “TERCEIRO SETOR”

Como a ideia de subsidiariedade não é originária do direito público, como muitos pensam, mas do pensamento da Igreja Católica, o presente estudo adotou-a como marco teórico¹⁷⁸, para explicar a parceria firmada entre o Estado e as Misericórdias.

¹⁷⁵ DAGNINO Evelina. *Confluência perversa, deslocamentos de sentido, crise discursiva*. Disponível em: http://biblioteca.clacso.edu.ar/ar/libros/grupos/grim_crisis/11Confluencia.pdf. Acesso: set. de 2013, p. 195.

¹⁷⁶ Com a publicação da Lei nº 13.019/2014, não haverá mais a discussão acerca da aplicação da Lei 8.666/93 para a escolha das entidades que firmarão parceria, pois aquela lei expressamente previu que a forma de escolha se dará por chamamento público.

¹⁷⁷ LARA, Ana Carolina Siqueira. *A organização do terceiro setor e a renovação da relação do estado com a sociedade civil*. Dissertação (Mestrado em Direito Público)- Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_LaraAC_1.pdf. Acesso em: agosto/2013, p. 69.

¹⁷⁸ TORRES, Sílvia Faber. *O princípio da subsidiariedade no Direito Público contemporâneo*. Rio de Janeiro, Renovar, 2001, p. 65.

Não é demais lembrar que a subsidiariedade, como princípio de direito, é um dos fatores de recrudescimento do “terceiro setor”, mas ele isoladamente não explica o crescimento das parcerias existentes na sociedade contemporânea. Desse modo, é importante informar que, além da subsidiariedade, alguns fatores contribuíram para o crescimento das entidades do terceiro setor, a partir da década de 1970: globalização; ineficácia/ineficiência da administração pública e a necessidade de reforma do aparelho do Estado; reconstrução da ideia de sociedade civil; mudanças processadas no modelo capitalista, no perfil do mercado, no setor privado e, conseqüentemente, nas empresas; importância econômica do terceiro setor; revisão da ideia de democracia¹⁷⁹.

Quando se pensa em parceria entre a administração pública e as entidades do “terceiro setor”, questiona-se o limite da atuação do Estado. Para tanto, e a fim de que esse ponto seja esclarecido, é importante que se faça a análise da ideia da subsidiariedade, de forma isolada, já que, como dito anteriormente, a atuação das Santas Casas antecede as discussões acerca do próprio papel das relações entre o Estado e o mercado.

Relacionado à discussão sobre a concentração de poder, o princípio da subsidiariedade é um princípio de poder, muito utilizado pela Igreja católica que, com a constitucionalização do direito, foi lembrado na Alemanha e no direito comunitário europeu. Com este ideário, notam-se mudanças nas atribuições administrativas¹⁸⁰.

Trazendo em seu conteúdo resquícios de Aristóteles, São Tomas de Aquino, Kant, entre outros, a subsidiariedade ganhou força com os ideais cristãos, como ajuda ao próximo, e com a ideia de justiça social.

A presença da subsidiariedade pode ocorrer como princípio filosófico do direito político moderno ou como princípio constitucional, de forma que seu entendimento dependerá do enfoque e do contexto¹⁸¹. Apresentam-se duas conotações distintas (vertical ou orgânica e horizontal ou funcional) e ambas traduzindo a mesma ideia residual e eventual, além da necessidade em favor de instâncias de menor abrangência e orgânica.

No primeiro caso, chamado de orgânico, entende que a competência para a função é atribuída ao organismo mais próximo da questão tratada, de forma que a subsidiariedade torna-se critério de determinação da descentralização política e/ou administrativa. No caráter funcional, o protagonismo é o indivíduo e a sociedade civil, de modo que a consecução das

¹⁷⁹ DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Terceiro Setor e Estado: Legitimidade e Regulação – Por um novo marco jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 128/152.

¹⁸⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 285.

¹⁸¹ GABARDO, Emerson. *Interesse Público e subsidiariedade*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 232.

atividades necessárias ficará a cargo do particular e incumbirá aos organismos estatais uma competência de caráter complementar.

Para o melhor entendimento dessa organização, é necessário analisar a sociedade a partir de níveis de organização. O grande desafio, após a consolidação da subsidiariedade, foi o estabelecimento de parâmetros para a sua aferição como princípio jurídico. Rafael Oliveira pontua que esse princípio é importante elemento da satisfação do interesse público por parte do particular, na medida em que o mesmo visa à realização de tarefas públicas¹⁸².

Odete Medauar, a despeito de ressaltar que esse posicionamento não é unânime, pontua que “[...] o princípio da subsidiariedade horizontal é aventado como critério nas relações entre a esfera de atuação estatal e a iniciativa privada para conferir primazia a esta e caráter residual àquela”¹⁸³.

O Estado permite a associações intermediárias promover assuntos e atividades públicas relacionadas ao fazer social concreto, para que possam efetuar de maneira livre, duradoura e eficaz, todas as atividades que são de sua competência exclusiva. Concomitantemente, o Estado dirige, vigia e fiscaliza, por via direta e própria, e subsidia o que os grupos podem fazer diretamente¹⁸⁴.

Embora apresente várias características distintas, podendo ser definido no campo econômico ou do direito, o princípio da subsidiariedade, como explana Sílvia Faber Torres, tem conteúdo sociológico, na medida em que visa à organização da sociedade, orientando-se pelo indivíduo e pelos grupos intermediários¹⁸⁵.

No direito, a subsidiariedade está diretamente ligada à ideia de complementariedade. A intervenção do estado no âmbito social se dá conforme sua estrita necessidade e utilidade e reclama os esforços de discrição dos poderes públicos, pela prevalência das iniciativas da sociedade, como pontua José Alfredo de Oliveira Baracho¹⁸⁶:

A subsidiariedade não é apenas um simples princípio de repartição de competências entre órgãos ou coletividades estatais. Ela fixa o próprio princípio de competências, daí decorre que a subsidiariedade possa ser um princípio de Direito Constitucional. A busca do princípio da subsidiariedade, como princípio de Direito Constitucional, aparece na organização administrativo do Estado, sendo que o debate não é apenas o da descentralização, mas da desconcentração.

¹⁸² OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Administração pública, concessões e terceiro Setor*. 3ª ed. São Paulo: Editora Método, 2015, p. 334.

¹⁸³ MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003, p. 245.

¹⁸⁴ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 49 e 50.

¹⁸⁵ TORRES, Sílvia Faber. *O princípio da subsidiariedade no Direito Público contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 191.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 94.

Na lógica dos direitos sociais, a Constituição Federal utiliza a ideia de subsidiariedade a fim de prever as parcerias que poderão ser firmadas, de forma que se pode afirmar que a subsidiariedade é um dos princípios implícitos na Carta Magna, como afirma José Alfredo de Oliveira Baracho: “[...] participa da função reguladora do Direito, desde que comunica a certos destinatários, isto é, ao legislador, julgador e ao administrador [...]”¹⁸⁷.

A ideia de subsidiariedade tem como escopo a intervenção mínima do Estado na sociedade pluriclasse, ou seja, somente onde a sociedade civil não consegue intervir¹⁸⁸, de modo que o estado complementar a sociedade, no entendimento de Baracho. Importante transcrever o pensamento de Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹⁸⁹ a respeito do princípio da subsidiariedade:

[...] o refluxo do onímodo poder estatal permitirá que a sociedade retome espaço decisório e assuma um papel protagônico na escolha de seu próprio destino, recolocando, no processo, o Estado, como seu instrumento, principalmente para atingir sucessivos níveis de competitividade.

Silvia Faber Torres¹⁹⁰ entende que o princípio da subsidiariedade possui caráter neutro. Este entendimento é criticado por Emerson Gabardo, do ponto de vista da Igreja católica, não há como defender a neutralidade, pois demonstra uma preferência. E se fosse neutra, seria inútil. Desse modo, a ideia de subsidiariedade está muito longe de ser neutra, já que se presta à noção interventiva, a depender do que se entende por “incapacidade privada”.

Sem negar a solidariedade do Estado, a aplicação da subsidiariedade leva à conciliação entre as diversidades mais variadas e está assentada na concepção de uma sociedade plural, dotada de sentido mais amplo, visando à capacidade de atuação com efetivação dos fins individuais e sociais. Segundo José Alfredo de Oliveira Baracho, a lógica é que não se pode transferir para uma sociedade maior tudo o que pode ser feito por uma sociedade menor¹⁹¹.

¹⁸⁷ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução*. 2003, p. 29.

¹⁸⁸ Ibidem, p. 52.

¹⁸⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 122.

¹⁹⁰ GABARDO, Emerson. Interesse Público e subsidiariedade. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 222. Pode ser citado, ainda, Diogo de Figueiredo e Margaridade Salena d’Oliveira Martins.

¹⁹¹ Ibidem, p. 52.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹⁹² pontua o centro do princípio da subsidiariedade, que seria reconhecer a prioridade no atendimento de interesses sociais por parte dos corpos sociais, sobre os interesses políticos. Partindo desse entendimento, é importante desenvolver a sociedade organizada em todas as suas atividades, só justificando a atuação do Estado quando ela necessitar dessa atuação¹⁹³.

O Estado incentiva e fomenta atividades que o particular tem condições de exercer. Para tanto, percebe-se não só o crescimento de iniciativas de participação voltadas para o desenvolvimento social, mas também a recriação de antigos institutos herdados do catolicismo português, de modo que a sociedade civil assume certas funções a fim de realizar o bem comum.

Por fim, para demonstrar a total adequação desse princípio ao direito administrativo moderno, além da pertinência do mesmo, na prestação de serviço de saúde (objeto deste trabalho), Silvia Faber Torres pontua que a Constituição Federal prevê a descentralização, inclusive nas políticas de saúde, ao repassar para os Municípios a competência da gestão plena, nos termos das Normas Operacionais Básicas¹⁹⁴.

Essa breve exposição acerca do princípio da subsidiariedade teve como escopo uma leitura do “terceiro setor”, a fim de justificar a atuação desse tipo das Santas Casas de Misericórdia, desde o Império. Com as transformações do Estado, consagrado por Giannini como Estado Pluriclasse, é essencial a participação do administrado.

Embora seja comum o fato de os doutrinadores¹⁹⁵ citarem a subsidiariedade como critério para justificar a intervenção do Estado na Economia, não se pode menosprezar como critério também o interesse público, que não pode ser considerado pouco relevante. Para Emerson Gabardo, “Equiparar a administração pública aos particulares é ignorar o que a Constituição sobranceiramente expressa”. Com vários artigos da Constituição, o autor demonstra que é o interesse público que justifica a intervenção, e não a subsidiariedade, já que

¹⁹² MOREIRA NETO. Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 196.

¹⁹³ *Ibidem*, p. 188.

¹⁹⁴ TORRES, Sílvia Fazer. *O princípio da Subsidiariedade no direito público contemporâneo*, p. 248.

¹⁹⁵ A respeito do tema, consultar: BARBIERI, Carla Bertucci. *Terceiro setor: desafios perspectivas constitucionais*. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado. Sub-área do Direito Constitucional – Faculdade de Direito, Universidade Católica de São Paulo (SP), 2006. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp012906.pdf>. Acesso em: jan. de 2014; GONÇALVES, Vânia Mara Nascimento. *Estado, sociedade civil e princípio da subsidiariedade na era da globalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; LARA, Ana Carolina Siqueira. *A organização do terceiro setor e a renovação da relação do estado com a sociedade civil*. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_LaraAC_1.pdf. Acesso em: agosto/2013.

o conteúdo do interesse público tem carga axiológica e moral imponderável¹⁹⁶. Por outro lado, o princípio servirá como interpretação do sistema jurídico-constitucional, podendo o interesse público e o princípio da subsidiariedade conviverem mutuamente.

Em contrapartida, a subsidiariedade não é princípio novo, e sim princípio fortalecido com esse novo prisma do Estado. A parceria estabelecida entre as entidades do “terceiro setor” e a administração pública tem raízes no Estado Liberal, no qual “[...] a garantia dos direitos fundamentais é aspecto básico para qualquer sociedade moderna”¹⁹⁷, conforme afirma Alberto Shinji Higa:

[...] sustenta-se que se por um lado a atividade administrativa de fomento, cujo fundamento está centrado no princípio da subsidiariedade, pode ser identificada tanto no Estado Liberal, no Estado do Bem-Estar Social como no Estado Social e Democrático de Direito, por outra lado, é neste último modelo que se encontra a possibilidade de prestígio de tal função administrativa [...]¹⁹⁸.

Tecendo duras críticas a essas parcerias, Emerson Gabardo entende que essa “devolução de tarefas à sociedade” é feita de maneira confortável, gerando, portanto, com a privatização dos serviços sociais, enfraquecimento do poder político do Estado¹⁹⁹.

Em contraposição, analisando-se a Lei Orgânica da Saúde – Lei nº 8.080/1990 –, como será verificado no item 4.3, as entidades sem finalidade lucrativa atuarão de forma complementar, devendo-se, ainda, demonstrar a incapacidade da administração pública em realizar tais serviços.

Para as entidades sem finalidade lucrativa participarem, é imprescindível que sejam preenchidos os requisitos formais inscritos na lei, sendo, assim, irretorquível o fim público da atividade, não havendo que se falar em atividade de fim econômico²⁰⁰. Nesse cenário, é favorável que os interessados recebam apoio financeiro e material do sistema sob as formas citadas no item 2.2.2 deste trabalho.

¹⁹⁶ GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 142.

¹⁹⁷ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Habermas e o direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 196.

¹⁹⁸ HIGA, Alberto Shinji. *Terceiro Setor: da responsabilidade civil do estado e do agente fomentado*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 49.

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 142.

²⁰⁰ CARVALHO, Guido Ivan, SANTOS Lenir. *SUS Sistema Único de Saúde: comentários à Lei Orgânica da Saúde (Leis nº 8.080/90 e 8.142/90)*. Campinas: Editora Unicamp, 2006, p. 175.

3.2 INSTRUMENTOS JURÍDICOS DA ATIVIDADE DE FOMENTO

Nas últimas décadas, a relação entre o Direito, o Estado e a sociedade sofreu significativa mudança, que também interferiu em alguns ramos do Direito. O direito administrativo contemporâneo, por exemplo, influenciado pela democratização, restou renovado, processualizado, com vistas à participação e consensualidade. Dessa forma, institutos antigos ganharam força e foram valorizados, tais como a parceria com as entidades sem finalidade lucrativa.

Essa nova faceta do direito administrativo e das relações entre as esferas públicas e privadas tem como marco temporal o pós-guerra do segundo conflito mundial²⁰¹. Paralelamente, pelos movimentos de democratização, nota-se a constitucionalização do direito administrativo. Ao preverem o princípio da dignidade da pessoa humana, as constituições, passaram a ser o centro de referência do ordenamento jurídico, valorizando os princípios²⁰².

Nessa perspectiva, a ideia de parceria é fomentada, com a nova atuação do Estado na sociedade complexa, na qual se buscam atuações em diversas formas, como analisa Maria João Estorninho “[...] o alargamento dos fins do Estado implicou, não apenas a adopção de novas formas de actuação da administração pública, mas também na adopção de novas formas de organização dos entes que exercem tais actividades”²⁰³.

Via de consequência, a administração pública devolve à sociedade várias atribuições até então consideradas exclusivamente estatais, de forma que, para conseguir atender a todas as suas atribuições constitucionais, a administração pública criou organismos administrativos e buscou a regulação das atividades por meio das técnicas do direito privado. Tais medidas significam avanço para o direito administrativo, na medida em que permitem a despolitização, a aplicação do princípio da subsidiariedade e a descentralização social, figuras típicas do princípio do pluralismo²⁰⁴. Nessa nova perspectiva, segundo a análise de Érico Andrade, “o Estado se abre, então, para o chamado terceiro setor, formado por entidades da sociedade civil sem fins lucrativos que atuam no âmbito dos serviços sociais, como educação, saúde e assistência. Formam-se verdadeiras parcerias entre o Estado e a Sociedade”²⁰⁵.

²⁰¹ ANDRADE, Érico. *O mandado de segurança: a busca da verdadeira especialidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 168.

²⁰² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 17.

²⁰³ ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da administração pública*. Coimbra: Livraria Almedina, 1999, p. 53.

²⁰⁴ *Ibidem*, p. 198.

²⁰⁵ *Ibidem*, p. 176.

Esse novo direito administrativo suscita muitas discussões e críticas, notadamente na forma de atuação das entidades parceiras. De acordo com Gustavo de Magalhães, é preciso cautela para a análise das parcerias estabelecidas entre a Administração pública e o “terceiro setor”, na medida em que as elas têm como fim imediato a satisfação dos princípios e objetivos estatuídos nos documentos constitutivos²⁰⁶.

A discussão sobre a relação entre o Estado e as entidades sem finalidade lucrativa nos Estados Unidos é bem diferente do Brasil: enquanto aqui, elas recebem incentivos fiscais e recursos de órgãos governamentais, no sistema norte-americano, vê-se um modelo mais cooperativo²⁰⁷.

As entidades sem finalidade lucrativa devem ser estimuladas e integradas como alternativa para a prestação de serviços sociais²⁰⁸, uma vez que, nesse novo cenário, multifacetado, complexo e plural, o Estado precisa conciliar as diversas formas de atuação dos interesses da coletividade²⁰⁹. Esse estímulo será efetuado por meio da atividade de fomento da administração pública, como salienta Sundfeld e Domingos:

A modificação que o direito das contratações públicas vem experimentando quanto aos arranjos pelos quais esses serviços podem ser prestados por entidades não estatais (termos de parceria com organizações da sociedade civil de interesse público/OSCIPs, contrato de gestão com organizações sociais, contratos de parcerias público-privada com empresas etc.) é, portanto, consequência direta da mudança dos valores públicos fundamentais²¹⁰.

Entre as atividades executadas pela administração pública, pode ser citada a atividade de fomento, que, para o presente estudo, é de suma importância, na medida em que, por meio dela, a sociedade civil poderá avaliar se é atrativo o exercício da atividade. Com efeito, o fomento é atividade administrativa cujo escopo é alcançar finalidades e objetivos da

²⁰⁶ MAGALHAES, Gustavo Alexandre. *Convênios administrativos: uma proposta de releitura do seu regime jurídico à luz de sua natureza contratual*. Tese (Doutorado em Direito Administrativo) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011. Disponível em: http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-8G2QLZ/tese_07.04.2011____texto_principal.pdf?sequence=1>. Acesso em dez. de 2013, p. 73.

²⁰⁷ COELHO, Simone de C. *Terceiro Setor: Um estudo comparado entre Brasil e Estados Unidos*. São Paulo: Editora SENAC, 2000, p. 159-61.

²⁰⁸ GONÇALVES, Vânia Mara Nascimento. *Estado, sociedade civil e princípio da subsidiariedade na era da globalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 153.

²⁰⁹ LARA, Ana Carolina Siqueira. *A organização do terceiro setor e a renovação da relação do estado com a sociedade civil*. Dissertação (Mestrado em Direito Público)- Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_LaraAC_1.pdf> Acesso em agosto/2013, p. 66.

²¹⁰ SUNDFELD, Carlos Ari; DOMINGOS, Liandro. *Desafios do direito das políticas sociais em saúde e educação*. In: SUNDFELD, Carlos Ari e ROSILHO, Andre (org.). *Direito da Regulação e Políticas Públicas*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 287.

administração pública de forma indireta e mediata, posto que realizada por meio dos particulares²¹¹.

O fomento público tem como prioridade o incentivo para que as pessoas jurídicas de direito privado desempenhem atividades de interesse público, respaldadas nos princípios da livre iniciativa e da economicidade²¹². Tendo em vista a ideia de subsidiariedade, o Estado incentiva as entidades sem finalidade lucrativa a assumirem a prestação de serviços sociais, na medida em que as mesmas deveriam ser assumidas, primeiramente, pelo ente mais “próximo”. No caso específico da saúde, a Constituição Federal é expressa ao afirmar que a família e a sociedade civil também são responsáveis pelo direito à saúde.

Nota-se que a atividade de fomento é típica da administração pública, devendo, portanto, ser observados os princípios da administração pública, tais como legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, de modo que a administração pública só fomentará as atividades que tiver permissivo legal. Não é demais lembrar, todavia, que a legalidade aqui deverá ser entendida nos termos do direito administrativo moderno como juridicidade.

Nesse mesmo sentido é o pensamento de Silvio Ferreira da Rocha, para quem a atividade de fomento deve obedecer aos princípios da administração pública, posto que é espécie de atividade administrativa e, ato contínuo, deve ser prevista em lei²¹³. Da mesma forma, para Silvia Faber Torres, o fomento está diretamente relacionado à subsidiariedade, apresentando-se como seu instrumento²¹⁴.

As atividades de fomento, portanto, devem ser realizadas por instrumentos jurídicos próprios, podendo ser divididos em mecanismos diretos e indiretos. O mecanismo direito está na transferência de recursos, podendo ser citadas as subvenções, os auxílios, as contribuições e os convênios. Já o indireto está no incentivo fiscal, ou seja, nas “exações tributárias”²¹⁵. Em contraposição, vale ressaltar o pensamento de Maria Tereza Fonseca Dias, para quem a atividade de fomento não é a única fonte de recursos das entidades do “terceiro

²¹¹ ROCHA, Silvio Luiz Ferreira da. *Terceiro Setor*. São Paulo: Malheiros, 2003 (Coleção Temas de Direito Administrativo, 7), p. 26.

²¹² SOUTO, Marcos Juruena Villela. Estímulos Positivos. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (coord.). In: *Terceiro Setor: empresas e Estado: novas fronteiras entre o público e o privado*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. P. 15-38; p. 17.

²¹³ *Ibidem*, p. 30 e 31.

²¹⁴ TORRES, Silvia Fazer. *O princípio da subsidiariedade no direito contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 164.

²¹⁵ DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Terceiro Setor e Estado: legitimidade e regulação- Por um novo marco jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 270.

setor”²¹⁶, já que as entidades sem finalidade lucrativa podem receber doações de entidades privadas, as quais terão abatimento de valores no seu imposto de renda²¹⁷.

Alberto Shinji Higa apresenta esses instrumentos sob dois critérios: positivo (aquele que oferece vantagem por parte da administração pública) e negativo (a administração pública impõe algumas dificuldades para o mercado exercer a atividade em que ela pretende fomentar)²¹⁸. Já os meios de fomentos são honoríficos, econômicos e jurídicos.

Nesse mesmo sentido, de apresentar o fomento de forma positiva e negativa, é o pensamento de Marcos Juruena Villela Souto, segundo o qual o fomento “envolve a criação de um cenário favorável aos investimentos”²¹⁹. A atividade de fomento está prevista no art. 174 da Constituição Federal, que expressamente cita o incentivo como forma de atuação da Administração pública, por meio de intervenção indireta.

No próximo tópico será verificada a situação detalhada de cada um dos modelos de mecanismos de fomento, a partir da classificação como mecanismos direto e indireto. Será abordada a natureza jurídica de “acordos administrativos” e a forma de escolha das entidades, uma vez que, durante muito tempo, antes da publicação da Lei nº 13.019/2014, a necessidade ou não de licitação para celebração de convênios era um dos temas mais polêmicos que cercavam as entidades sem finalidade lucrativa²²⁰.

3.2.1 Mecanismos de fomento direto

Sendo a atividade de fomento uma atividade administrativa, devem-se observar os princípios da administração pública, como legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência²²¹.

O que caracteriza o fomento direto é a transferência de recursos²²², como auxílios, contratos de direito público, termo de parceria, contratos de gestão, e mais atualmente, o termo de fomento e o termo de colaboração, previstos na Lei nº 13.019/2014. Detalhados a

²¹⁶ DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Terceiro Setor e Estado: legitimidade e regulação*- Por um novo marco jurídico. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 266.

²¹⁷ Esta ideia será melhor desenvolvida em tópico próprio, ao tratar das formas de fomento indireto, item 3.2.2.

²¹⁸ HIGA, Alberto Shinji. *Terceiro Setor: da responsabilidade civil do Estado e do agente fomentado*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 160 e 161.

²¹⁹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Estímulos positivos*. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (coord.). *Terceiro Setor, Empresas e Estado: novas fronteiras entre o público e o privado*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 15-38; p. 15.

²²⁰ Contudo, com o advento da Lei nº 13.019/2014, resta claro que há um procedimento formal de escolha, mas não será aplicada a Lei nº 8666/93.

²²¹ ROCHA, Silvio Luiz Ferreira da. *Terceiro setor*. São Paulo: Malheiros, 2003 (Coleção Temas de Direito Administrativo, 7), p. 27-29.

²²² *Ibidem*, p. 271.

seguir, esses últimos são os instrumentos que formalizam a parceria. Conforme se depreende do quadro abaixo, os instrumentos e as respectivas entidades podem ocorrer da seguinte forma:

Quadro 4- Instrumentos de fomento direito e as entidade do “terceiro setor”

Instrumentos	Subvenções, auxílios e contribuições	Convênios ²²³	Contrato de gestão	Termo de parceria	Termo de fomento	Termo de colaboração
Entidades	Entidades sem finalidade lucrativa	Entidades sem finalidade lucrativa	Organizações Sociais	Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público	Organizações da Sociedade Civil	Organizações da Sociedade Civil
Legislação	Lei 4.320/64	Lei 8.666/93	Lei 9.637/98	Lei 9.790/99	Lei 13.019/2014	Lei 13.019/2015
Forma de escolha	Cadastramento	Cadastramento	Cadastramento	Concurso de projetos	Chamamento Público	Chamamento público

Fonte: Legislação Federal. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-1/leis-ordinarias#content>> Acesso em: maio de 2015.

Em monografia apresentada recentemente para obtenção de título de bacharel em Ciências do Estado, Renata Gomes Xavier, mediante pesquisa no sítio do Ministério do Planejamento, cujo número de contratos de gestão e de termos de parceria no âmbito federal cresceu sobremaneira nos últimos anos (de 2009 a 2013), constatou que ainda é predominante o número de convênios firmados, como forma de recebimento de transferência de recursos da Administração pública por parte das entidades sem finalidade lucrativa. Restou demonstrado nesse estudo que, no período de janeiro a agosto de 2013, dos 89,4% das transferências voluntárias da União para as entidades sem fins lucrativos, 9,3% são contratos de repasse, e 1,3% é termo de parceria²²⁴.

Essa observação se deve ao fato de que, apesar de o relatório do marco regulatório das organizações da sociedade civil ter diagnosticado que a maior parte das qualificações federais ainda são as de “utilidade pública”²²⁵, essa qualificação, não representa nenhum

²²³ Com a publicação da Lei nº 13.019/2014, há estudiosos, como Paulo Modesto, que têm se posicionado no sentido da extinção do convênio.

²²⁴ XAVIER, Renata Gomes. *Os convênios administrativos em face dos novos instrumentos de fomento às entidades sem fins lucrativos*, 2013. 55f. Monografia (Bacharelado em Ciências do Estado). Faculdade de Direito. Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013, p. 47.

²²⁵ Outro aspecto importante desse grupo de OSCs é que, do total das organizações tituladas ou certificadas, 73% possuem títulos (UPF, OSCIP ou CNEA) e 27% são detentoras do CEBAS. Entre as tituladas, as UPFs são as mais numerosas já que representam 63% do total. Entre elas há uma parcela significativa que acumula certificações (42,3%) – sendo 23% certificadas como CEBAS MDS, 10% como CEBAS MEC e 9% como CEBAS Saúde, e uma pequena proporção (0,3%) acumula o título de entidade ambiental. Por outro lado as OSCIPs têm um baixo percentual de acúmulo (2,7%), sendo 2,6% de OSCs com título de entidade ambiental (CNEA) e 0,1% com CEBAS Saúde (BRASIL, Secretaria Geral da Presidência. Pesquisa. Sumário Executivo.

benefício direto para as entidades qualificadas. Ela permite apenas que as pessoas jurídicas recebam doações e que o doador possa receber desconto no imposto de renda. Deve-se ressaltar, contudo, que nem sempre foi assim: o “título de utilidade pública” era pré-requisito para as entidades adquirirem o título de entidade de assistência social, permitindo, portanto, a elas acesso a incentivos fiscais, com o Certificado de Entidade de Assistência social. Tal regra só se modificou com a aprovação da Lei nº 12.101/2009.

3.2.1.1 Subvenções sociais, contribuições e auxílios

As subvenções, contribuições e auxílios são matérias atinentes ao direito financeiro, e o conceito desses instrumentos está previsto nas Leis 4.320/64 e 11.768/2008, bem como no Decreto 93.872/86. Essas formas de fomento significam o repasse patrimonial do Estado às pessoas jurídicas de direito privado.

O conceito do que vem a ser cada uma dessa forma de fomento está previsto no art. 12 da Lei 4.320/64. Conforme se denota no quadro abaixo, as subvenções estão previstas no parágrafo 3º, enquanto as contribuições e auxílios estão previstas no parágrafo 6º.

Quadro 5- Previsão legal das subvenções sociais, contribuições e auxílios

Instrumento	Subvenções sociais	Contribuições	Auxílios
Previsão legal	Art. 12, § 3º, I da Lei 4.320/64	Art. 12, §6º, I da Lei 4.320/64	Art. 12, §6º, I da Lei 4.320/64
Diferenças	Vinculam-se a prestação de serviços	Diploma legislativo, deriva da lei especial	Diploma legislativo, deriva da lei de orçamento

Fonte: Lei nº 4.320/1964

As subvenções sociais, nos termos da legislação vigente (art. 12, § 3º, I da Lei 4.320/64) são transferências de recursos que visam à manutenção das entidades beneficiadas. Alberto Higa expõe que essa subvenção “[...] visará à prestação de serviços essenciais de assistência social, medica e educacional, sempre que a suplementação dos recursos de origem privada aplicados a esses objetivos revelar-se mais econômica [...]”.²²⁶ Esse instrumento é

disponível em: <http://www.secretariageral.gov.br/atuacao/mrosc/estudos-e-pesquisas/sumario-executivo-fgv.pdf>. Acesso em mar. de 2015).

²²⁶ HIGA, Alberto Shingi. *Terceiro Setor: Da responsabilidade civil do Estado e do agente fomentado*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 163.

mais restrito, pois o destino do recurso apresenta limitação e deve ser utilizado conforme o plano de aplicação apresentado à autoridade concedente.²²⁷

Em contrapartida, o mesmo não ocorre com os auxílios e contribuições, como elucida Maria Tereza Fonseca Dias:

As contribuições e os auxílios foram conceituados legalmente pelo art. 12, §6º da Lei 4320, de 17 de março de 1964. Enquanto os auxílios derivam diretamente da lei de orçamento e podem ser consideradas meras autorizações orçamentárias, as contribuições derivam de lei especial anterior²²⁸.

Ou seja, enquanto os auxílios são concedidos diretamente da Lei do Orçamento, as contribuições, mais livres do que as subvenções sociais, são concedidas a partir de lei especial, não havendo vinculação a uma prestação de serviço.

3.2.1.2 Os instrumentos de parceria

O tema mais polêmico e não encontrado na doutrina de maneira uniforme está relacionado à natureza dos instrumentos de parceria existentes entre as entidades de “terceiro setor” e a administração pública. Gustavo de Magalhães, por exemplo, apresentou estudo sobre os convênios administrativos, defendendo que eles constituem espécies do gênero contratos administrativos. Em contrapartida, esse pensamento é a corrente minoritária de uma série de discussões. Eduardo Szazi, filiado ao pensamento de Hely Lopes Meireles, compreende os convênios como modalidade de contratação²²⁹.

Segundo Tarso Violin, os convênios são acordos e não se confundem com os contratos administrativos, cujos interesses são diversos. Ademais, ambos são instrumentos diferentes pela “falta de semelhança dos objetos e demais características dos institutos”²³⁰. Ao tratar do assunto, a Lei nº 8.666/93 deixou expressa sua aplicação no que couber, o que evidencia a diferenciação entre contratos e convênios²³¹.

Na mesma linha de raciocínio foi o voto do Ministro Luiz Fux, ao julgar a ADI 1923/DF, de que contratos e convênios são avenças jurídicas distintas. No mês de dezembro de 1998, o Partido dos Trabalhadores (PT) e o Partido Democrático Trabalhista (PDT)

²²⁷ SZAZI, Eduardo. *Terceiro Setor: Regulação no Brasil*. São Paulo: Petrópolis, 2000, p. 105.

²²⁸ DIAS, Maria Tereza. *Terceiro Setor e Estado: Legitimidade e Regulação. Por um novo marco jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 280.

²²⁹ SZAZI, Eduardo. *Terceiro Setor: Regulação no Brasil*. São Paulo: Petrópolis, 2000, p. 102.

²³⁰ VIOLIN, Tarso Cabral. *Terceiro setor e as parcerias com a administração pública: uma análise crítica*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 243 e 246.

²³¹ *Ibidem*, p. 243.

ajuizaram Ação Direta de Inconstitucionalidade em face da Lei nº 9.637/1998, que dispõe sobre as organizações sociais. Entre outros assuntos, o objeto da ADI foi a conformidade da lei ao dever constitucional de licitar, já que a mesma é expressa ao dispensar a licitação para a celebração do contrato de gestão²³².

O entendimento do relator foi no sentido de afirmar que o contrato de gestão tem natureza de convênio, dispensando, portanto, a obrigação de licitar²³³, como se comprova pela transcrição de parte do voto do relator: “[...] Tampouco aqui, porém, cabe fale em incidência do dever constitucional de licitar, já que o contrato de gestão não consiste, a rigor, em contrato administrativo, mas sim em convênio”²³⁴.

Embora esse posicionamento – de que contratos administrativos e convênios são instrumentos jurídicos de natureza jurídica diversa – seja da maioria, ele está longe de ser o único. Apesar disso, para o Carlos Pinto Coelho Motta, “a distinção é sumariamente importante, porquanto o convênio não tem como antecedente necessário o procedimento licitatório”²³⁵.

Maria Tereza Fonseca Dias defende a revisão da legislação dos contratos administrativos para que seja definido o gênero “acordos administrativos” dos quais serão espécies os contratos, convênios, consórcios públicos e termos de parceria²³⁶. Essa proposição de revisão legislativa é importante na medida em que agruparia os instrumentos para uma análise sistemática, respeitando a característica de cada um. Em recentes palestras²³⁷, a autora já expôs o entendimento de que essa sugestão foi parcialmente atendida com a publicação da Lei nº 13.019, que definiu o novo regime jurídico das parcerias, e a inaplicabilidade da Lei nº

²³² (In) exigibilidade de licitação é outro tema polêmico, que será tratado em tópico próprio, mais especificamente 3.2.3.

²³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923. Relator: Ministro Luiz Fux. Data de julgamento: 16 de abril de 2015. Órgão julgador: Plenário. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>. Acesso em maio/2015.

²³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923. Relator: Ministro Luiz Fux. Data de julgamento: 16 de abril de 2015. Órgão julgador: Plenário. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>. Acesso em maio/2015, ps. 26-7.

²³⁵ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficiência nas licitações e contratos: estrutura da contratação, concessões e permissões, responsabilidade fiscal, pregão – parcerias publico-privadas*. 10 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 577.

²³⁶ DIAS, Maria Tereza Fonseca. Acordos administrativos: reflexões e apontamentos para a revisão da legislação dos contratos administrativos. In: BATISTA JUNIOR, Onofre Alves; ARÊDES, Sierele Nunes. MATOS, Frederico Nunes de (Coord.). *Contratos administrativos: estudos em homenagem ao Professor Florisvaldo Dutra de Araújo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 205-224.

²³⁷ DIAS, Maria Tereza Fonseca. Parcerias na área do sistema prisional e socioeducativo com entidades do terceiro setor. In: *Debatendo as parcerias estratégicas do Poder Público na área de saúde, educação, cultura, segurança e assistência social*. (comunicação oral). *II Congresso brasileiro de direito do terceiro setor*. Goiânia (GO). 2015; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Lei 13.019/2014: linhas gerais do novo regime das parcerias com o terceiro setor*. In: IX Congresso Mineiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Minas Gerais, 2015.

8.666/1993, uma vez que os contratos administrativos e os demais instrumentos de parcerias têm natureza jurídica distinta.

Odete Medauar ressalta que, nas últimas décadas, haja vista o novo posicionamento da Administração pública consensual, cresceu o número de atuações administrativas instrumentalizadas por técnicas contratuais²³⁸. Nos próximos itens serão apresentados os instrumentos de fomento direto, tais como convênios, termos de parceria, contrato de gestão, termo de fomento e termo de colaboração. Os termos de parceria e os contratos de gestão serão analisados juntamente com a qualificação respectiva, por serem consequências jurídicas das mesmas. No que tange ao termo de fomento e termo de colaboração, ele será apresentado no tópico de mecanismo direto.

3.2.1.2.1 Convênios

Odete Medauar entende que os consórcios e os convênios administrativos apresentam características gerais e, após se diferenciarem, podem ser estudados de forma separada. Caracterizando-se por uma relação jurídica que busca o bem comum e algo útil aos partícipes²³⁹, o convênio é um ajuste, cujas atividades estão pautadas no regime de mútua cooperação²⁴⁰.

De natureza jurídica bastante polêmica sobre a qual muito se discute, o convênio é, para alguns, espécie do gênero “contrato administrativo”, e, para outros, consiste em ajustes, com naturezas distintas e características próprias, conforme demonstrado no item 3.2.1.2.

Os convênios foram contemplados inicialmente no Decreto nº 200/67, contudo expressamente previstos como descentralização administrativa por colaboração, como estratégia de gestão. Nesse mesmo sentido foi o art. 18 da Lei nº 9.293/96, pois os recursos da União só podem ser descentralizados por meio de celebração de convênio ou outros instrumentos congêneres, no entanto essa lei – que trata do orçamento da União – não fez

²³⁸ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 14ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 201.

²³⁹ “É o acordo, ajuste ou qualquer outro instrumento que discipline a transferência de recursos financeiros dos Orçamentos da União visando a execução de programa de governo, envolvendo a realização de projeto, atividade, serviço, aquisição de bens ou evento de interesse recíproco, em regime de mútua cooperação, e tenha como partícipes, de um lado, órgão da administração pública federal direta, autarquias, fundações públicas, empresas públicas ou sociedades de economia mista, e, de outro, órgão ou entidade da administração pública estadual, distrital ou municipal, direta ou indireta, ou ainda, entidades privadas sem fins lucrativos” (BRASIL, Secretaria Geral Presidência da República. Cartilhas e manuais. Disponível em: <http://www.secretariageral.gov.br/atuacao/mrosc/cartilhas-e-manuais/tcu-convenios>. Acesso em: jun. de 2015, p. 17).

²⁴⁰ *Ibidem*, p. 237.

menção ao tipo entidade a ser celebrada. Diante disso, entende-se que os convênios são ajustes que formalizam os repasses financeiros às entidades parcerias do Poder Público. Já a Instrução Normativa STN nº 1, de 15 de janeiro de 1997, com suas alterações, disciplina a celebração de convênios de natureza financeira que tenham por objeto a execução de projetos ou a realização de eventos²⁴¹.

O conceito de convênio foi definido legalmente pelo § 1º, do art. 1º do Decreto 6.170/2007:

Convênio – acordo, ajuste ou qualquer outro instrumento que discipline a transferência de recursos financeiros de dotações consignadas nos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União e tenha como partícipe, de um lado, órgão ou entidade da administração pública federal, direta ou indireta, e, de outro lado, órgão ou entidade da administração pública estadual, distrital ou municipal, direta ou indireta, ou ainda, entidades privadas sem fins lucrativos, visando a execução de programa de governo, envolvendo a realização de projeto, atividade, serviço, aquisição de bens ou evento de interesse recíproco, em regime de mútua cooperação²⁴².

Para a celebração de convênio é necessário que a entidade interessada apresente à Administração pública alguns documentos que demonstrem sua formalização como pessoa jurídica legalmente constituída, ou seja, com os instrumentos de constituição, além das certidões negativas de débito e da declaração de que a entidade está em funcionamento regular.

O conceito de convênio, disposto na supramencionada legislação, ampliou as atividades que podem ser desenvolvidas por intermédio desse instrumento, em comparação com a previsão anterior – Instrução Normativa nº1, da Secretaria do Tesouro Nacional. Desse modo, na legislação atual²⁴³, pode ser desenvolvido um programa de governo envolvendo projetos, atividade, serviços aquisição de bens ou evento de interesse recíproc²⁴⁴.

²⁴¹ Esta norma está revogada. Foi válida para os convênios firmados até abril 2008. “A partir dessa data, as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios, contratos de repasse e termos de cooperação são as dispostas no Decreto 6.170/2007 (com dispositivos alterados ou acrescidos pelos Decretos 6.428/2008, 6.619/2008, 6.497/2008, 7.568/2011, 7.594/2011 e 7.641/2011) e na Portaria Interministerial 127, de 29 de maio de 2008 e suas alterações, dos Ministérios do Planejamento, Orçamento e Gestão, da Fazenda e do Controle e da Transparência.” BRASIL, Secretaria Geral Presidência da República. Cartilhas e manuais. Disponível em: <http://www.secretariageral.gov.br/atuacao/mrosc/cartilhas-e-manuais/tcu-convenios>. Acesso em: jun. de 2015, p. 20.

²⁴² BRASIL, Decreto 6170. Dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6170.htm. Acesso em maio de 2015.

²⁴³ “Em 28 de novembro de 2011 foi publicada a Portaria Interministerial 507/2011, dos Ministérios do Planejamento, Orçamento e Gestão, da Fazenda e do Chefe da Controladoria-Geral da União, vigente a partir de 1/1/2012, com exceção dos arts. 77 a 79 que entraram em vigor na data de sua publicação, segundo o disposto no art. 97. Esse normativo revogou expressamente a Portaria Interministerial 127/2008, passando a regular as transferências voluntárias.” BRASIL, Secretaria Geral Presidência da República. Cartilhas e manuais. Disponível

Não há muito sobre o que discorrer acerca do conceito de convênio, uma vez que a parte mais problemática do tema circunda em torno da sua natureza jurídica, a partir da qual será verificada a não necessidade de procedimento de escolha, tal como a citação, prevista na Lei nº 8.666/93. Por outro lado, como já demonstrado alhures, não há mais que se falar nessa problemática, na medida em que, ao que tudo indica, os convênios entre as entidades do “terceiro setor” e a Administração pública foram extintos pela Lei nº 13.019/2014. No momento, o procedimento de escolha é o chamamento público, e os instrumentos jurídicos utilizados serão o termo de colaboração e de fomento²⁴⁵.

O convênio também está previsto no art. 116²⁴⁶ daquela lei. Para ser aplicado, há algumas fases de preparação e execução, tais como: (i) plano de trabalho; (ii) plano de aplicação); (iii) saldo de convênios; (iv) extinção do convênio. Resta claro ainda que, para o estabelecimento desse instrumento de parceria, é imprescindível que o objeto reste pautado em prestação de serviço de interesse coletivo. A Lei nº 13.019/2014 não revogou expressamente o art. 116 da Lei 8.666/93, inobstante, porém a mesma se tornou inaplicável.

Inegável que a definição de convênio é bem diferente de contrato administrativo, já que está subjacente a ideia de cooperação e de apoio. De maneira geral, todos os instrumentos firmados com as entidades de “terceiro setor”, quais sejam, contrato de gestão, termo de parceria, termo de colaboração e termo de fomento, guardam características distintas entre si²⁴⁷, a despeito de terem como confluência a busca por atingir o interesse comum.

em: <http://www.secretariageral.gov.br/atuacao/mrosc/cartilhas-e-manuais/tcu-convenios>. Acesso em: jun. de 2015, p. 20.

²⁴⁴ DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Terceiro Setor e Estado: legitimidade e regulação*. Por um novo marco jurídico. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 285.

²⁴⁵ No item 3.2.1.3.2, esses instrumentos jurídicos serão melhor detalhados.

²⁴⁶ Art. 116. Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração.

§ 1º A celebração de convênio, acordo ou ajuste pelos órgãos ou entidades da Administração pública depende de prévia aprovação de competente plano de trabalho proposto pela organização interessada, o qual deverá conter, no mínimo, as seguintes informações:

I - identificação do objeto a ser executado;

II - metas a serem atingidas;

III - etapas ou fases de execução;

IV - plano de aplicação dos recursos financeiros;

V - cronograma de desembolso;

VI - previsão de início e fim da execução do objeto, bem assim da conclusão das etapas ou fases programadas;

VII - se o ajuste compreender obra ou serviço de engenharia, comprovação de que os recursos próprios para complementar a execução do objeto estão devidamente assegurados, salvo se o custo total do empreendimento recair sobre a entidade ou órgão descentralizador.

²⁴⁷ Como será visto nos itens 3.2.1.3.2, 3.4.2 3, 3.4.3.

3.2.1.2.2 Termo de fomento e de colaboração

Como exposto no tópico 2.2.2, no dia 1º de agosto de 2014, foi publicada a Lei 13.019, como resultado da soma de esforço de vários atores interessados na melhoria contínua da parceria estabelecida entre a Administração pública e as entidades do “terceiro setor”. Essa lei teve como objetivo fundante o aperfeiçoamento dos instrumentos de parceria, bem como de controle, mantendo a lógica da transparência e da participação popular. No seu art. 2º, a supramencionada lei trouxe alguns conceitos importantes para a sua aplicação, entre os quais a definição de parceria:

Art. 2º [...]

III - qualquer modalidade de parceria prevista nesta Lei, que envolva ou não transferências voluntárias de recursos financeiros, entre administração pública e organizações da sociedade civil para ações de interesse recíproco em regime de mútua cooperação²⁴⁸.

Também foram contemplados os dois instrumentos tratados neste tópico: o termo de fomento e o termo de colaboração.

Tal como ocorreu com as Leis 9.637/1998 e 9.790/1999, os ajustes previstos na supramencionada lei receberam denominações específicas: termo de colaboração e termo de fomento, descritos no art. 2º, incisos VII²⁴⁹ e VIII²⁵⁰ da Lei nº 13.019/2014. Cumpre, ainda, informar que, nos arts. 33 a 38, a lei dispôs sobre a questão dos requisitos para a celebração dos ajustes em discussão. Apesar da denominação contratos, ambos caracterizam-se por uma lógica de mútua cooperação – própria da parceria estabelecida entre a Administração pública e as entidades do “terceiro setor”, denominadas na lei como organização da sociedade civil (OSC).

²⁴⁸ BRASIL, Lei 13.019. 31 de julho de 2014. Estabelece o regime jurídico das parcerias voluntárias, envolvendo ou não transferências de recursos financeiros entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público; define diretrizes para a política de fomento e de colaboração com organizações da sociedade civil; institui o termo de colaboração e o termo de fomento; e altera as Leis nºs 8.429, de 2 de junho de 1992, e 9.790, de 23 de março de 1999. http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13019.htm. Acesso em agosto/2014.

²⁴⁹ [...] VII - termo de colaboração: instrumento pelo qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil, selecionadas por meio de chamamento público, para a consecução de finalidades de interesse público propostas pela administração pública, sem prejuízo das definições atinentes ao contrato de gestão e ao termo de parceria, respectivamente, conforme as Leis nºs 9.637, de 15 de maio de 1998, e 9.790, de 23 de março de 1999.

²⁵⁰ [...] VIII - termo de fomento: instrumento pelo qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil, selecionadas por meio de chamamento público, para a consecução de finalidades de interesse público propostas pelas organizações da sociedade civil, sem prejuízo das definições atinentes ao contrato de gestão e ao termo de parceria, respectivamente, conforme as Leis nºs 9.637, de 15 de maio de 1998, e 9.790, de 23 de março de 1999.

Apesar do recente julgado do STF, ADI 1923/DF, de que esses ajustes têm natureza jurídica de convênio, e do entendimento de Rodrigo Xavier Leonardo, ao comentar a nova lei²⁵¹, neste trabalho será adotado, como exposto alhures, que esses instrumentos são espécies do gênero “acordos administrativos”, conforme apontado no item 3.2.1.1. Isso porque recentes estudos, como o de Paulo Modesto, e do próprio grupo interministerial do MROSC, têm apontado a extinção do convênio administrativo para as entidades do “terceiro setor”.

Ficou explícito o objetivo do legislador de formar parceria entre as entidades sem finalidade lucrativa, afastando-se, portanto, a ideia de contrato, de modo que esses dispositivos devem ser lidos como forma de cooperação, ajuste. Para a Lei nº 13.019/2014, termo de colaboração é aquele em que a entidade se compromete a prestar algo, conforme descrito em seu art. 2º, inciso VII:

Art. 2º [...] VII - termo de colaboração: instrumento pelo qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil, selecionadas por meio de chamamento público, para a consecução de finalidades de interesse público propostas pela administração pública, sem prejuízo das definições atinentes ao contrato de gestão e ao termo de parceria, respectivamente, conforme as Leis nºs 9.637, de 15 de maio de 1998, e 9.790, de 23 de março de 1999²⁵².

Nota-se que, no termo de colaboração, a proposta de projeto para a realização da parceria é apresentada pela Administração pública, o que não ocorre no termo de fomento, assim conceituado pela lei:

Art. 2º [...] VIII - termo de fomento: instrumento pelo qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil, selecionadas por meio de chamamento público, para a consecução de finalidades de interesse público propostas pelas organizações da sociedade civil, sem prejuízo das definições atinentes ao contrato de gestão e ao termo de parceria,

²⁵¹ [...] não há um contraposição de interesses entre as organizações da sociedade civil e a administração pública. Há convergência de interesses e objetivos na parceria que, ao fim e ao cabo, atende as diretrizes de promoção, fortalecimento institucional de incentivo à organização da sociedade civil para a cooperação com o poder público (art. 5º, I) e de fortalecimento das ações de cooperação institucional entre os entes federados nas relações com as organizações da sociedade civil (art. 6º, IV). (LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Associações sem fins econômicos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 269).

²⁵² BRASIL, Lei 13.019. 31 de julho de 2014. Estabelece o regime jurídico das parcerias voluntárias, envolvendo ou não transferências de recursos financeiros entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público; define diretrizes para a política de fomento e de colaboração com organizações da sociedade civil; institui o termo de colaboração e o termo de fomento; e altera as Leis nºs 8.429, de 2 de junho de 1992, e 9.790, de 23 de março de 1999. http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13019.htm. Acesso em agosto/2014.

respectivamente, conforme as Leis nº 9.637, de 15 de maio de 1998, e 9.790, de 23 de março de 1999²⁵³.

No caso do termo de fomento, o projeto é apresentado pela entidade, que tem interesse em executar a atividade em parceria. A respeito do tema, Rafael Oliveira pontua que entre os dois instrumentos não há diferença substancial, apenas formal e está pautada na iniciativa do projeto²⁵⁴.

Essas figuras já são conhecidas do direito administrativo. Para que seja cumprido o princípio da publicidade e da transparência, a escolha das entidades se dará por chamamento público. Cumpre consignar, ainda, que o art. 42²⁵⁵ da Lei nº 13.019/2014 estabelece algumas cláusulas obrigatórias para a celebração dos termos.

²⁵³ BRASIL, Lei 13.019 31 de julho de 2014. Estabelece o regime jurídico das parcerias voluntárias, envolvendo ou não transferências de recursos financeiros entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público; define diretrizes para a política de fomento e de colaboração com organizações da sociedade civil; institui o termo de colaboração e o termo de fomento; e altera as Leis nºs 8.429, de 2 de junho de 1992, e 9.790, de 23 de março de 1999. http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13019.htm. Acesso em agosto/2014.

²⁵⁴ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Administração pública, concessões e terceiro setor*. 3ª ed. São Paulo: Editora Método. 2015, p. 345.

²⁵⁵ Art. 42. As parcerias serão formalizadas mediante a celebração de termo de colaboração ou de termo de fomento, conforme o caso, que terá como cláusulas essenciais:

I - a descrição do objeto pactuado;

II - as obrigações das partes;

III - o valor total do repasse e o cronograma de desembolso;

IV - a classificação orçamentária da despesa, mencionando-se o número, a data da nota de empenho e a declaração de que, em termos aditivos, indicar-se-ão os créditos e empenhos para sua cobertura, de cada parcela da despesa a ser transferida em exercício futuro;

V - a contrapartida, quando for o caso, e a forma de sua aferição em bens e/ou serviços necessários à consecução do objeto;

VI - a vigência e as hipóteses de prorrogação;

VII - a obrigação de prestar contas com definição de forma e prazos;

VIII - a forma de monitoramento e avaliação, com a indicação dos recursos humanos e tecnológicos que serão empregados na atividade ou, se for o caso, a indicação da participação de apoio técnico nos termos previstos no § 1º do art. 58 desta Lei;

IX - a obrigatoriedade de restituição de recursos, nos casos previstos nesta Lei;

X - a definição, se for o caso, da titularidade dos bens e direitos remanescentes na data da conclusão ou extinção da parceria e que, em razão dessa, houverem sido adquiridos, produzidos ou transformados com recursos repassados pela administração pública;

XI - a estimativa de aplicação financeira e as formas de destinação dos recursos aplicados;

XII - a prerrogativa do órgão ou da entidade transferidora dos recursos financeiros de assumir ou de transferir a responsabilidade pela execução do objeto, no caso de paralisação ou da ocorrência de fato relevante, de modo a evitar sua descontinuidade;

XIII - a previsão de que, na ocorrência de cancelamento de restos a pagar, o quantitativo possa ser reduzido até a etapa que apresente funcionalidade;

XIV - a obrigação de a organização da sociedade civil manter e movimentar os recursos na conta bancária específica da parceria em instituição financeira indicada pela administração pública;

XV - o livre acesso dos servidores dos órgãos ou das entidades públicas repassadoras dos recursos, do controle interno e do Tribunal de Contas correspondentes aos processos, aos documentos, às informações referentes aos instrumentos de transferências regulamentados por esta Lei, bem como aos locais de execução do objeto;

XVI - a faculdade dos partícipes rescindirem o instrumento, a qualquer tempo, com as respectivas condições, sanções e delimitações claras de responsabilidades, além da estipulação de prazo mínimo de antecedência para a publicidade dessa intenção, que não poderá ser inferior a 60 (sessenta) dias;

Já o art. 33²⁵⁶ prevê alguns requisitos que devem constar do estatuto social das entidades sem finalidade lucrativa que pretendem firmar parceria, tais como: (i) objetivos voltados à promoção de atividades e finalidades de relevância pública e social; (ii) a constituição de conselho fiscal ou órgão equivalente, dotado de atribuição para opinar sobre os relatórios de desempenho financeiro e contábil e sobre as operações patrimoniais realizadas; (iii) a previsão de que, em caso de dissolução da entidade, o respectivo patrimônio líquido seja transferido a outra pessoa jurídica de igual natureza e que preencha os requisitos da Lei e cujo objeto social seja, preferencialmente, o mesmo da entidade extinta; (iv) normas de prestação de contas sociais a serem observadas pela entidade, que determinarão, no mínimo: a) a observância dos princípios fundamentais de contabilidade e das Normas Brasileiras de Contabilidade; b) que se dê publicidade, por qualquer meio eficaz, no encerramento do exercício fiscal, ao relatório de atividades e demonstrações financeiras da

XVII - a indicação do foro para dirimir as dúvidas decorrentes da execução da parceria, estabelecendo a obrigatoriedade da prévia tentativa de solução administrativa com a participação da Advocacia-Geral da União, em caso de os partícipes serem da esfera federal, administração direta ou indireta, nos termos do art. 11 da Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001;

XVIII - a obrigação de a organização da sociedade civil inserir cláusula, no contrato que celebrar com fornecedor de bens ou serviços com a finalidade de executar o objeto da parceria, que permita o livre acesso dos servidores ou empregados dos órgãos ou das entidades públicas repassadoras dos recursos públicos, bem como dos órgãos de controle, aos documentos e registros contábeis da empresa contratada, nos termos desta Lei, salvo quando o contrato obedecer a normas uniformes para todo e qualquer contratante;

XIX - a responsabilidade exclusiva da organização da sociedade civil pelo gerenciamento administrativo e financeiro dos recursos recebidos, inclusive no que diz respeito às despesas de custeio, de investimento e de pessoal;

XX - a responsabilidade exclusiva da organização da sociedade civil pelo pagamento dos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais relativos ao funcionamento da instituição e ao adimplemento do termo de colaboração ou de fomento, não se caracterizando responsabilidade solidária ou subsidiária da administração pública pelos respectivos pagamentos, qualquer oneração do objeto da parceria ou restrição à sua execução.

Parágrafo único. Constarão como anexos do instrumento de parceria:

I - o plano de trabalho, que dele é parte integrante e indissociável;

II - o regulamento de compras e contratações adotado pela organização da sociedade civil, devidamente aprovado pela administração pública parceira.

²⁵⁶ Art. 33. Para poder celebrar as parcerias previstas nesta Lei, as organizações da sociedade civil deverão ser regidas por estatutos cujas normas disponham, expressamente, sobre:

I - objetivos voltados à promoção de atividades e finalidades de relevância pública e social;

II - a constituição de conselho fiscal ou órgão equivalente, dotado de atribuição para opinar sobre os relatórios de desempenho financeiro e contábil e sobre as operações patrimoniais realizadas;

III - a previsão de que, em caso de dissolução da entidade, o respectivo patrimônio líquido seja transferido a outra pessoa jurídica de igual natureza que preencha os requisitos desta Lei e cujo objeto social seja, preferencialmente, o mesmo da entidade extinta;

IV - normas de prestação de contas sociais a serem observadas pela entidade, que determinarão, no mínimo:

a) a observância dos princípios fundamentais de contabilidade e das Normas Brasileiras de Contabilidade;

b) que se dê publicidade, por qualquer meio eficaz, no encerramento do exercício fiscal, ao relatório de atividades e demonstrações financeiras da entidade, incluídas as certidões negativas de débitos com a Previdência Social e com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, colocando-os à disposição para exame de qualquer cidadão.

Parágrafo único. Serão dispensados do atendimento ao disposto no inciso III do **caput** os serviços sociais autônomos destinatários de contribuições dos empregadores incidentes sobre a folha de salários.

entidade, incluídas as certidões negativas de débitos com a Previdência Social e com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), colocando-os à disposição para exame de qualquer cidadão.

3.2.2 Mecanismos de fomento indireto

Embora as entidades de “terceiro setor” tenham natureza jurídica e qualificações distintas, elas têm em comum o fomento do Estado para o exercício das atividades e as formas de administração. Nos mecanismos de fomento indireto, não há repasses diretos; na verdade, a Administração pública deixa de arrecadar por meio de incentivos fiscais às entidades e doadores. Maria Tereza Fonseca Dias se manifesta no sentido de que, nessa espécie de fomento, “[...] não há transferências de recursos do orçamento público, mas uma apropriação desses benefícios econômicos por parte das entidades privadas sem fins lucrativos”²⁵⁷. Além da imunidade e das isenções, em alguns casos, pessoas jurídicas que doarem valores para essas entidades receberão, outrossim, incentivos fiscais.

A Constituição Federal de 1988 dispôs sobre a vedação da instituição de impostos e isentou o pagamento das contribuições sociais a entidades do terceiro setor. A imunidade de impostos está prevista no art. 150 da Constituição Federal e recai sobre a renda e o patrimônio de entidades de educação e de assistência social. Já a imunidade²⁵⁸ da contribuição social está disposta no art. 195, §7º do Texto Maior e recai sobre a contribuição para a previdência social das entidades beneficentes de assistência social.

A imunidade está prevista na Constituição Federal de 1988, na seção denominada “Das limitações ao poder de tributar”. O constituinte originário partilhou a competência tributária e dispôs sobre princípios tributários a fim de preservar certos valores²⁵⁹. Prevista também na Constituição Federal, a competência tributária de cada ente político diz respeito à atribuição de cada ente para instituir lei que possa cobrar tributo²⁶⁰. Apesar de a CF 88 não utilizar a denominação imunidade tributária, ela é uma das formas de limitação ao poder de tributar, como esclarece Aliomar Baleeiro, citado por Fernando Mânica:

²⁵⁷ DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Terceiro Setor e Estado: Legitimidade e Regulação*- Por um novo marco jurídico. Belo Horizonte: Fórum: 2008, p. 310.

²⁵⁸ A despeito de a Constituição Federal ter utilizado o termo isenção, trata-se de uma verdadeira limitação ao poder de tributar, de forma que o termo correto é imunidade. Grande parte da doutrina (Luciano Amaro, Paulo de Barros Carvalho, Ives Gandra Martins, Sacha Calmon e Misabel Derzi) entende que o legislador constituinte utilizou a palavra isenção incorretamente.

²⁵⁹ AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 132.

²⁶⁰ PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário: completo*. 4ª ed. rev. atual. ed. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 39.

Toda imunidade é uma limitação ao poder de tributar, embora a recíproca não seja verdadeira. Assim, de partida, por método, convêm logo ter no espírito esses dois conceitos constitucionais: a imunidade como uma exclusão da competência de tributar. Uma exclusão só pode ser proveniente da Constituição, pois é esta quem dá competência, e uma Constituição nada mais é do que um feixe de competências²⁶¹.

Segundo Paulo de Barros Carvalho²⁶², conceituar a imunidade tributária é um tema complexo na doutrina não apenas porque a competência implica limitação ao poder de tributar, mas também porque os princípios, que são verdadeiras limitações ao poder de tributar, podem cumprir esse papel.

Com efeito, essa norma de imunidade tributária afasta um bem da incidência de um tributo, e o Constituinte, a fim de preservar algumas situações, vedou a competência para tributar de certo ente federado²⁶³. Dessa forma, a imunidade antecede a incidência tributária, ou seja, é norma de não incidência tributária. A imunidade é, pois, limitação da própria competência, como entende Hugo Machado de Brito:

Imunidade é o obstáculo decorrente de regra da Constituição a incidência de regra jurídica de tributação. O que é imune não pode ser tributado. A imunidade impede que a lei defina como hipótese de incidência tributária aquilo que é imune. É limitação da competência tributária²⁶⁴.

Neste mesmo sentido se manifestou Leandro Paulsen:

As regras constitucionais que proíbem a tributação de determinadas pessoas ou bases econômicas relativamente a tributos específicos, negando, portanto, competência tributária, são chamadas de imunidades tributárias. Isso porque tornam imunes à tributação as pessoas ou base econômicas nelas referidas relativamente aos tributos que a própria regra constitucional negativa de competência específica²⁶⁵.

Embora haja alguns doutrinadores que discordam da concepção de que a imunidade é limitação da competência, na medida em que ocorre em momento anterior à mesma, esse pensamento não prospera porque “[...] se a regra que imuniza participa da

²⁶¹ MANICA, Fernando. *Terceiro Setor e imunidade tributária: teoria e prática*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 137.

²⁶² CARVALHO, Paulo de Barros apud MANICA, Fernando. *Terceiro Setor e imunidade tributária: teoria e prática*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 137.

²⁶³ AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 132.

²⁶⁴ BRITO, Hugo Machado. *Curso de Direito Tributário*. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, 2010a, p. 300.

²⁶⁵ PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário: completo*. 4ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 38.

demarcação da competência tributária, resulta evidente que a imunidade é uma limitação dessa competência”²⁶⁶.

A imunidade consiste, portanto, na delimitação da competência tributária. Isso significa dizer que os entes federados não têm competência para instituir tributos em determinadas situações. Após uma especial análise acerca da imunidade tributária, ora como hipótese de não incidência, ora como limitação da competência tributária, Fernando Mânica conclui que “[...] a imunidade tributária define a competência e não atua diretamente sobre a conduta humana, de forma que essa é uma consequência direta da imunidade”²⁶⁷.

O que mais interessa para o presente estudo é a função da imunidade tributária, ou seja, a razão para o legislador constituinte proteger algumas situações jurídicas.

Ora, se a regra é o pagamento do tributo, a relação jurídica tributária está pautada no vínculo, instituído por lei, do sujeito ativo e passivo, que tem como obrigação uma prestação, que pode ser pecuniária ou não, restando, assim, observada a obrigação tributária²⁶⁸.

A obrigação tributária pode ser principal ou acessória; a principal gera a obrigação de um pagamento, logo a regra é pagar o tributo. Há, contudo, três exceções para essa regra: (i) não incidência; (ii) isenção; (iii) alíquota zero. A imunidade tributária está inserida no primeiro instituto, ou seja, na não incidência de tributo.

A imunidade tributária pode ser justificada para o fomento de algo, para o privilégio, considerando-se determinada situação. Ao incluir a imunidade tributária na Constituição, o constituinte originário teve a intenção de proteger determinados valores, como pontua Luciano Amaro:

O fundamento das imunidades e a preservação de *valores* que a Constituição reputa relevantes (a atuação de certas entidades, a liberdade religiosa, o acesso à informação, à liberdade de expressão etc.), que faz com que se ignore a eventual (ou efetiva) capacidade econômica revelada pela pessoa (ou revelada na situação), proclamando-se, independentemente da existência dessa capacidade, a não tributabilidade das pessoas ou situações imunes²⁶⁹.

Inegável que, ao instituir a limitação ao poder de tributar, quer seja com a imunidade quer seja com os princípios, o Constituinte teve como intenção privilegiar certas situações e proteger certos bens e direitos.

²⁶⁶ BRITO, Hugo Machado. *Curso de Direito Tributário*. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, 2010b, p. 300.

²⁶⁷ MANICA, Fernando. *Terceiro Setor e imunidade tributária: teoria e prática*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 143.

²⁶⁸ TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 238.

²⁶⁹ AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 174/175.

O art. 150 da Constituição também diz respeito às características da imunidade e isenção, na medida em que seu inciso VI prevê a vedação da instituição de impostos para entidades sem finalidade lucrativa.

Nota-se que a força tributante do Estado tem limites que são provenientes da própria Constituição Federal e da legislação infraconstitucional, podendo ser citadas a imunidade e a isenção²⁷⁰.

Segundo Luciano Amaro, as duas técnicas, da imunidade e da isenção, são semelhantes, de modo que a diferença reside apenas na forma como ocorre a isenção, vez que se dá por exclusão. O autor ainda apresenta a diferença entre a *imunidade* e a *isenção*: enquanto a primeira atua no plano da *definição da competência*, a segunda opera no plano do *exercício da competência*²⁷¹.

José Eduardo Sabo Paes²⁷² entende que há outra diferença entre a imunidade e a isenção, na medida em que a primeira está prevista na Constituição Federal, tendo, portanto, eficácia plena e contida. A consequência de a imunidade ser prevista na Constituição é que, enquanto sua exceção somente poderá estar inserida no Texto Maior, a isenção pode ser prevista por lei infraconstitucional.

Inegável que a imunidade está pautada na definição, enquanto a isenção está pautada no exercício, na medida em que o legislador pode deixar de cobrar determinado tributo, como continua o Luciano Amaro, “[...] quando a pessoa política competente exerce esse poder, editando a lei instituidora do tributo, essa lei pode, usando a técnica da *isenção*, excluir determinadas situações [...]”²⁷³.

A imunidade tributária está pautada nas condições pessoais de quem irá usufruir, pois, se o legislador constituinte entender que as atividades exercidas por determinadas entidades são relevantes, excluirá o alcance da competência almejada²⁷⁴, conforme Sérgio Murilo Severino. Na imunidade não há que se falar em relação jurídico-tributária, uma vez que a regra imunizadora está fora do campo da incidência.

Esse dispositivo leva grande parte da doutrina, ao referir-se à imunidade tributária, considere o art. 150 da Constituição Federal, referente apenas aos impostos. Em contrapartida, tal entendimento já vem ganhando espaço no debate atual, encarando-se, pois, a

²⁷⁰ SEVERINO, Sérgio Murilo. *A imunidade tributária das entidades de assistência social consoante o art. 150, VI, “C”, da Constituição Federal como instrumento de políticas públicas*. In: PAES, José Eduardo Sabo. (Coord.). *Terceiro Setor e Tributação*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Vol 4- p. 49-78, p. 56.

²⁷¹ AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 176.

²⁷² PAES, José Eduardo Sabo. *Terceiro setor e tributação*. Vol. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2012. Apresentação.

²⁷³ *Ibidem*, p. 176.

²⁷⁴ *Ibidem*, p. 54.

interpretação das normas de maneira extensiva. Nesse sentido é que o art. 195, §7º da Constituição Federal deve ser encarado como imunidade, e a lei a que se refere prevê uma qualificação especial, pois será destinada às entidades certificadas como beneficentes e de assistência social, a ser tratada no item 3.4.4 deste trabalho.

Em suma, para que elas sejam qualificadas, deverão preencher os requisitos atribuídos à sua área de atuação. Ademais, para requerer a qualificação, a entidade deve comprovar, no mínimo, um ano de atividade, nos termos do art. 3º, da Lei 12.101/2009. Cumpre consignar que a certificação da entidade como beneficente e de assistência social diferencia-se do momento em que as entidades irão gozar dos benefícios concedidos pelo poder público. O rol de requisitos para ser isento²⁷⁵ de pagamento de contribuição para a previdência social está especificado no art. 29 da Lei nº 12.101/2009.

Embora seja inquestionável que a Constituição Federal, ao tratar do art. 195, § 7º, chame o instituto de isenção, como já se afirmou, ao comparar a isenção da imunidade, resta claro o equívoco do legislador. Enquanto a imunidade está prevista na Constituição, as isenções estão dispostas em lei infraconstitucional, de modo que, ao tratar desse artigo, evidencia-se a imunidade, na medida em que o termo é tratado como verdadeira atecnia do legislador constituinte.

Grande parte dos doutrinadores também já firmou esse mesmo entendimento, ou seja, que o art. 195, § 7º, traz em seu bojo uma hipótese de imunidade tributária. Hugo Machado de Brito informa que, embora, nas edições anteriores de sua obra, seu entendimento era contrário à maioria dos tributaristas, a partir da 31ª edição, adequou seu entendimento:

Em edições anteriores afirmamos que a imunidade refere-se apenas aos impostos. Não aos demais tributos. Hoje, porém, já não pensamos assim. A imunidade, para ser efetiva, para cumprir suas finalidades, deve ser abrangente. Nenhum tributo pode ficar fora de seu alcance²⁷⁶.

O Supremo Tribunal Federal na ADI 2028²⁷⁷, que tratou do art. 195, § 7º, reconheceu esse dispositivo como imunidade, embora haja a referência, no Texto

²⁷⁵ Nesse ponto reside a discussão no que tange à nomenclatura utilizada, se é imunidade ou isenção. Essa discussão não será analisada por fugir do escopo do nosso estudo, contudo grande parte da doutrina entende tratar-se de uma verdadeira imunidade, por estar inserida na Constituição Federal.

²⁷⁶ BRITO, Hugo Machado. *Curso de Direito Tributário*. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 300.

²⁷⁷ A cláusula inscrita no art. 195, § 7º, da Carta Política – não obstante referir-se impropriamente à isenção de contribuição para a seguridade social, com o favor constitucional da imunidade tributária, desde que por elas preenchidos os requisitos fixados em lei. A jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal já identificou, na cláusula inscrita no art. 195, § 7º, da Constituição da República, a existência de uma típica garantia de imunidade (e não de simples isenção) estabelecida em favor das entidades beneficentes de assistência social. Precedente: RTJ 137/965.

Constitucional, à isenção que, em essência, constitui normas negativas de competência. A isenção é benefício fiscal que pressupõe a existência da competência tributária e a própria incidência, exigindo do ente político outra lei que afaste a cobrança do tributo. Dessa forma, ao serem elevadas as normas constitucionais proibitivas de tributação, deixam de ser simples isenções, assumindo verdadeiro caráter de imunidade²⁷⁸.

Ao dispor no Texto Constitucional acerca de isenção da contribuição para a seguridade social às entidades de assistência social, o legislador constituinte deixou clara a importância dessas entidades para a consecução da prestação de serviços sociais, uma vez que é irretorquível a importância dessas instituições para os ideais do Estado Democrático de Direito, no qual se privilegia a participação da sociedade e se põe a dignidade da pessoa humana com princípio norteador das interpretações constitucionais.

Como a matéria constitucional tributária tem como escopo estabelecer princípios e firmar competência, Sérgio Murilo Severino pontua que “[...] a criação de uma isenção diretamente por norma constitucional de hierarquia suprema, e de modificação mais complexa, forneceria uma rigidez indevida à desoneração tributária”²⁷⁹. Apesar de o legislador ter mencionado o termo isenção, tanto a doutrina quanto a jurisprudência já reconheceram a impropriedade do termo.

3.3 PROCEDIMENTO DE SELEÇÃO PÚBLICA DAS ENTIDADES PARCEIRAS

No início do Século XX, haja vista o axioma supremacia do interesse público pelo interesse privado²⁸⁰, ventilava-se que a administração pública não precisava celebrar ajustes com entidades privadas, pois as relações jurídicas se davam a partir de atos administrativos, como exposto por Odete Medauar²⁸¹.

Destaca-se que, para o exercício das atividades públicas, podem-se encontrar os contratos da administração e os contratos administrativos, sendo estes de interesse para esta pesquisa. Já os contratos da administração têm uma característica própria, que será averiguada

²⁷⁸ HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 19. ed. - São Paulo: Atlas, 2010.

²⁷⁹ SEVERINO, Sérgio Murilo. *A imunidade tributária das entidades de assistência social consoante o art. 150, VI, “C”, da Constituição Federal como instrumento de políticas públicas*. In: PAES, José Eduardo Sabo. (Coord.). *Terceiro Setor e Tributação*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Vol. 4- p. 49-18. p. 68.

²⁸⁰ A respeito do tema, consultar: ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público Sobre o Privado” in: SARMENTO, Daniel. *Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público* (org.). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 171-216.

²⁸¹ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 14ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 213.

quando a administração pública tiver se comportando como o privado, como no caso de um contrato de aluguel.

Os contratos administrativos, como a própria administração pública, evoluíram ao longo dos tempos e, nos dias, atuais apresentam postura mais voltada à flexibilização e à atuação segundo os princípios. Por outro lado, os mesmos ainda apresentam características que não se podem ignorar, conforme Eros Roberto Grau: “[...] todo contrato instrumenta a juridicização de uma ou mais relações negociais travadas entre as partes que dele participam e por ele se obrigam”²⁸².

É certo que os contratos administrativos distinguem-se dos demais contratos, na medida em que estabelecem uma relação jurídico-pública. A despeito de sua evolução, ao longo dos últimos anos, os contratos administrativos ainda são instrumentos jurídicos importantes que imprimem certeza e segurança às relações jurídicas estabelecidas entre a Administração pública e as pessoas jurídicas de direito privado. A Constituição Federal, art. 37, inciso XXI, dispôs acerca da obrigatoriedade de procedimento que assegura igualdade de condições a todos os interessados.

A Lei nº 8.666/1993 rege os contratos administrativos, de forma que, embasando-se pelo princípio da impessoalidade, para a celebração do contrato administrativo, faz-se necessário o estabelecimento de um procedimento de escolha, o qual tem como mister o estabelecimento do vínculo mais vantajoso para a administração pública. Dessa forma, nos termos da Carta Magna, para o estabelecimento de relação contratual com o Estado, faz-se necessária a observância da licitação pública.

A licitação pública é procedimento de escolha e consiste na proposta mais vantajosa para o contrato, que melhor atende ao interesse público. Odete Medauar conceitua como o “[...] processo administrativo em que a sucessão de fases e atos leva à indicação de quem vai celebrar contrato com a Administração. Visa, portanto, selecionar quem vai contratar com a Administração pública, por oferecer proposta mais vantajosa ao interesse público”²⁸³.

Rafael Oliveira aponta os entendimentos acerca da necessidade de licitação para contratação das entidades sem fins lucrativos: (i) o primeiro entendimento está pautado na desnecessidade de licitação; (ii) baseia-se na necessidade, pois o parágrafo único, do art. 1º, da Lei 8.666/1993 se refere a outras entidades, entre as quais as entidades do “terceiro setor”;

²⁸² GRAU, Eros. *Um novo paradigma dos contratos? Crítica jurídica: revista latino-americana de política, filosofia y derecho*. Santa Ursula Xitla-Tipalpna, nº 18, p. 121-130, jun. de 2001, p. 121.

²⁸³ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 14ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 187.

(iii) por último, é a desnecessidade da licitação na forma da Lei nº 8.666/1993, no entanto deverá ser aplicado procedimento de escolha sumário²⁸⁴.

Tanto a Constituição Federal quanto a Lei Orgânica da Saúde preveem a participação das entidades do “terceiro setor” para execução de serviços de saúde, conforme dispositivo expresso que prevê a participação da iniciativa privada no âmbito da saúde (§1º do art. 199, e art. 24 respectivamente). Ainda para a participação complementar, há dispositivos específicos informando que as entidades sem finalidade lucrativa terão preferência, mesmo parágrafo da Constituição e art. 25 da LOS. Para entender o assunto, algumas palavras-chave devem ser analisadas: a primeira é a preferência; a segunda é a complementar; a terceira é os convênios e contratos.

Ao prever a palavra preferência, o constituinte originário deixou claro que não há que se falar em licitação porque, como procedimento de escolha, ela deve ter como essência o princípio da isonomia, restando claro que não haverá qualquer tipo de preferência.

Ora, ao dar preferência para contratos ou convênios, as normas deixam clara a distinção entre ambos, porque, enquanto convênio traduz ideia de cooperação, busca pelo mesmo fim, contrato administrativo deve ser entendido como ideias opostas, haja vista a administração deverá buscar atender ao interesse público. Isso significa dizer que deverá ser precedido de licitação.

A respeito do tema, encontra-se vasto material na doutrina com abordagens diversas. É certo que, para a interpretação acerca da aplicação ou não da licitação para entidade sem finalidade lucrativa, é imprescindível que seja analisada a natureza jurídica da relação estabelecida. Se a celeuma estava pautada, a ADI 1923 já decidiu a questão, pois o STF já entendeu que os contratos de gestão têm essa natureza, dispensando-se exigência de licitação.

3.4 AS QUALIFICAÇÕES EXISTENTES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No marco jurídico vigente, não existe qualificação jurídica única para as entidades sem finalidade lucrativa, da mesma forma que não há uniformidade legislativa²⁸⁵. As qualificações são títulos que o poder público concede às formas jurídicas supramencionadas, para que essas instituições sem fins lucrativos possam firmar parcerias e gozar de benefícios

²⁸⁴ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Administração pública, Concessões e Terceiro Setor*. 3ª ed. São Paulo: Editora Método, 2015, p. 362.

²⁸⁵ DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Terceiro Setor e Estado: Legitimidade e Regulação- Por um novo marco jurídico*. Belo Horizonte: Fórum: 2008, p. 438.

concedidos pelo Poder Público. Essas qualificações permitem que as instituições recebam incentivos, havendo várias formas de fomento, como veremos em tópico próprio.

Importante nesse contexto destacar que as formas de Constituição de entidades sem fins lucrativos são associações e fundações. Neste tópico veremos os títulos atribuídos a essas formas jurídicas. Há as formas antigas, que são os títulos de utilidade pública, além da Organização Social e a Organização Social de Interesse Público, as Entidades Beneficentes de Assistência Social.

Importante ressaltar que, antes de qualificadas, as entidade deverão ser criadas, e, por serem pessoas jurídicas de direito privado, necessariamente serão associações ou fundações, sendo inegável a natureza privada dessas entidades, como analisa Celso Antônio Bandeira de Mello:

São organizações particulares alheias à estrutura governamental, mas com as quais o Poder Público (que as concebeu normativamente) se dispõe a manter “parcerias” – para usar uma expressão em voga – com a finalidade de desenvolver atividades valiosas para a coletividade e que são livres à atuação da iniciativa privada, conquanto algumas delas, quando exercidas pelo Estado, se constituam em serviços públicos²⁸⁶.

O “terceiro setor” é bastante pulverizado e, como já visto, esse fato gera alguns dos problemas existentes. Não é demais lembrar que em algumas delas poderá ser acumulada a qualificação, uma vez que a pessoa jurídica existente necessariamente já está constituída, quer seja na forma de fundação, quer seja na forma de associação²⁸⁷.

No anexo A foi reproduzido quadro elaborado pelo grupo interministerial denominado marco regulatório da sociedade civil que contém todas as legislações relativas ao denominado “terceiro setor”. No entanto, o quadro deixou de apresentar a legislação referente à primeira e mais importante qualificação existente, o título de utilidade pública. Celso Antônio Bandeira de Melo, ao dispor acerca do terceiro setor, manifesta-se da seguinte maneira no que tange às qualificações:

[...], predispondo-se, ao menos formalmente, à realização de objetivos socialmente valiosos e economicamente desinteressados. Enquadram-se nesta categoria as Organizações Sociais, previstas na Lei nº 9.637, de 15.05.98 e as Organizações da

²⁸⁶ MELO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo, Malheiros, 2009, p. 222.

²⁸⁷ Damião Azevedo produziu um texto sobre o assunto, no qual aborda o art. 18 da Lei 9.790/99, que cancelou os títulos antigos, caso a entidade qualificada como OSCIP não o fizesse, por entender que não há que se falar em cumular o título de utilidade pública com o de OSCIP. (AZEVEDO, Damião Alves de. *Publico não estatal? A cooperação entre o Estado e a sociedade civil em busca da legitimidade*. in: PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira (coord.). *O Novo direito administrativo brasileiro: o público e o privado em debate*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, vol. 2, p. 289-317).

Sociedade Civil de interesse Público (OSCIP), reguladas na Lei nº 9.790, de 23.03.99). A elas já se fez menção os ns. 105 a 111. Também se encaixariam no “terceiro setor” as notórias Entidades de Utilidade Pública, às quais se faz breve menção no Capítulo XIII, e cuja disciplina já é bastante antiga, é a que consta da Lei 91, de 28.03.35²⁸⁸.

A apresentação a seguir será dada respeitando a ordem cronológica da aparição do título na legislação brasileira. Nesse sentido, o primeiro a ser abordado será o título de utilidade pública, que será analisado pela legislação federal, após serão tratadas as Organizações Sociais, as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Coletivo e o Certificado de entidade beneficente e assistência social. Este último permite às entidades que gozem de incentivo fiscal quando de sua atuação, sendo ainda acumulado com outros títulos.

3.4.1 Título de utilidade pública

O título de utilidade pública data de 1935 e foi instituído pela Lei nº 91, posteriormente regulamentada pelo Decreto 50.517/61. Sendo forma mais antiga de qualificação²⁸⁹, a atribuição da qualidade de utilidade pública contempla pessoas jurídicas que buscam realizar o bem comum.

Embora tenha sido regulamentado apenas em 1935, anteriormente este título já era utilizado para entidades educacionais, sendo primeira formalização da colaboração entre o Estado e a sociedade civil, de modo que sua regulamentação foi considerada mera honraria, conforme se pode ver do art. 3º da Lei²⁹⁰.

Podem pleitear esse título as sociedades civis, associações e fundações constituídas no país sem o objetivo de auferir lucros e que têm como fim exclusivo servir a coletividade desinteressadamente. É requisito fundamental que as atividades exercidas sejam consideradas importantes pela Administração pública. O conceito de entidade sem finalidade lucrativa para esta lei está previsto no art. 1º:

Art. 1º As sociedades civis, as associações e as fundações constituídas no país com o fim exclusivo de servir desinteressadamente á collectividade podem ser declaradas de utilidade pública, provados os seguintes requisitos:
a) que adquiriram personalidade jurídica;

²⁸⁸ MELO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo, Malheiros, 2009, p. 224.

²⁸⁹ DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Terceiro Setor e Estado: legitimidade e regulação – Por um novo marco jurídico*. Belo Horizonte: Fórum: 2008, p. 182.

²⁹⁰ AZEVEDO, Damião Alves de. Público não estatal? A cooperação entre o Estado e a sociedade civil em busca da legitimidade. In: PEREIRA, Claudia Fernanda de Oliveira (coord.). *O Novo direito administrativo brasileiro: o público e o privado em debate*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, vol. 2, p. 289-317, p. 282.

- b) que estão em effectivo funcionamento e servem desinteressadamente á collectividade;
- c) que os cargos de sua directoria, conselhos fiscais, deliberativos ou consultivos não são remunerados²⁹¹.

Esse título, que será melhor detalhado no tópico 4.4.2, é concedido pelas três esferas governamentais – Município, Estado e União – sendo nesta pelo Ministério da Justiça. As instituições reconhecidas como de utilidade pública não poderão remunerar seus dirigentes. Durante algum tempo, esses títulos serviam para as entidades serem reconhecidas como entidades de assistência social no âmbito municipal. Assim, com esse reconhecimento, poderiam requerer, no Conselho Nacional de Assistência Social, o reconhecimento e, posteriormente, gozar de imunidade tributária de contribuição para a seguridade social. Esse tema será tratado, oportunamente, no tópico destinado à Certificação de Entidade Beneficente e de Assistência Social.

Ainda no que tange à função do título de utilidade pública, cita-se a questão da Lei nº 9.240/95, as empresas que fazem doação para entidades qualificadas como utilidade pública poderão deduzir tais valores no imposto de renda. Daí se vê que é uma forma de fomento para doações²⁹².

Acerca desse “esvaziamento” da função do Título de Utilidade Pública, Josenir Teixeira entende que ele “[...] por si só, não garante qualquer benefício ou vantagem a entidade, nem concessão de recursos públicos e nem mesmo de isenção tributária”²⁹³. Nesse mesmo sentido é o entendimento de Paulo Modesto²⁹⁴.

Com todo o respeito que se tem por estes autores, este trabalho não se filia a esta corrente, uma vez que acredita que o título de utilidade pública prevê a concessão de auxílios, contribuições e subvenções as entidade privadas sem finalidade lucrativa.

No que tange à abrangência das atividades, a legislação não especifica qual tipo de atividade poderá ser exercida pelas entidades declaradas de utilidade pública. Nesse ponto, residem duras críticas a esse título e ao conceito vago “servir desinteressadamente à sociedade”, constante da sua lei de regência²⁹⁵.

²⁹¹ BRASIL, Lei 91. Determina regras pelas quais são as sociedades declaradas de utilidade publica. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1930-1949/L0091.htm. Acesso em: jun. de 2015.

²⁹² TEIXEIRA, Josenir. *O terceiro setor em perspectiva: da estrutura a função social*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 99.

²⁹³ Ibidem, p. 99.

²⁹⁴ MODESTO, Paulo. *Reforma do marco legal do terceiro setor no Brasil*. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/paulo-modesto/reforma-do-marco-legal-do-terceiro-setor-no-brasil>. Acesso em: dez.2014.

²⁹⁵ DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Terceiro Setor e Estado: legitimidade e regulação- Por um novo marco jurídico*. Belo Horizonte: Fórum: 2008, p. 184.

Este título é renovado anualmente: até o dia 30 de abril de cada ano, as entidades deverão encaminhar ao Ministério da Justiça relatório dos serviços prestados, bem como demonstrativo de receita e despesas, conforme consta do portal do Ministério da Justiça²⁹⁶. O descumprimento dos requisitos para qualificação importa perda da mesma.

3.4.2 Organizações Sociais

Na década de 1990, foi grande o movimento de reforma administrativa. Com efeito, foi criado o Ministério da Reforma do Estado²⁹⁷ para cuidar especificamente do assunto, divulgando importantes informações sobre a reforma do Estado e a forma de lograr maior eficiência nos serviços que lhe são afetos, na expressão utilizada por Maria Sylvia Di Pietro²⁹⁸. Nessa filosofia – de eficiência nos serviços sociais – foram criadas e idealizadas as Organizações Sociais na reforma do Estado, visando diminuir sensivelmente a participação do Estado, a prestação de serviços públicos e as atividades econômicas. A respeito do tema manifesta-se Alberto Higa:

A criação da organização social por meio Lei nº 9.637/98 foi fruto da Reforma do Estado iniciada na década de 1990. O denominado Plano Diretor da Reforma do Estado, aloca as funções estatais (de governo, administrativa, legislativa e judiciária) em quatro grupos a partir de critérios retirados da Ciência da Administração²⁹⁹.

Por se tratar de legislação federal, se o Município ou o Estado-membro quiser qualificar instituições como OS, terá que editar sua própria legislação. Segundo Carlos Vasconcelos Domingues, poucos entes federativos editaram respectiva a lei, somente a Bahia, Ceará, Curitiba, Maranhão, Pará, Rio de Janeiro e São Paulo, criaram a lei específica³⁰⁰. No conceito legal dessa qualificação já está inserido o seu campo de atuação, como preceitua o art. 1º da Lei nº 9.637/1999:

Art. 1º O Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao

²⁹⁶ BRASIL. Ministério da Justiça. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/SAL/data/Pages/MJ3891F04CITEMID59F072CF57A749ACB77118837CFCAB3BEPTBRNN.htm>. Acesso em fev. de 2014.

²⁹⁷ Ministro empossado: Luiz Carlos-Bresser Pereira.

²⁹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parcerias público-privadas e outras formas*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

²⁹⁹ HIGA, Alberto Shinji. *Terceiro Setor: da responsabilidade civil do Estado e do agente fomentado*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 154.

³⁰⁰ DOMINGUES, Carlos Vasconcelos, apud DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Terceiro setor e estado: legitimidade e regulação- por um novo marco jurídico*. Belo Horizonte: Fórum: 2008, p. 192.

ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos aos requisitos previstos nesta Lei.

As pessoas jurídicas constituídas sob a forma de associação ou fundação podem habilitar-se para receber a qualificação, desde que preencham os requisitos constantes da Lei nº 9.637/1998. As entidades cujas atividades são dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao meio ambiente, à cultura e à saúde sem finalidade lucrativa podem qualificar-se.

O vínculo entre a Administração pública e a entidade formaliza-se por meio do contrato de gestão, podendo-se dizer que contrato de gestão é o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria para fomento e execução de certas atividades³⁰¹.

O contrato de gestão possui múltiplas finalidades. Além de vincular a entidade sem fim lucrativo ao poder público, permite a fiscalização e o recebimento de incentivos. Outra característica importante acerca dessa qualificação diz respeito à remuneração do dirigente, que é opcional.

Maria Tereza Fonseca Dias entende que a vinculação estreita da entidade com o Ministério Gestor é um problema da legislação da OS, pois reduz a participação da sociedade civil na fiscalização do contrato de gestão³⁰².

Ainda no tocante às críticas, cita-se a cessão de servidores públicos, com ônus para as entidades, e a forma discricionária como se dá a qualificação, de forma que o gestor público terá que observar a conveniência e a oportunidade para a concessão da qualificação. Quando verificada a inobservância de algum dos requisitos, a desqualificação será precedida de processo administrativo.

Como explanado em outros tópicos, no mês de abril, foi reconhecida a constitucionalidade dessa lei por meio do julgamento da ADI 1923/98³⁰³.

³⁰¹ PAES, José Eduardo Sabo. *Fundação e entidades de interesses social*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 101.

³⁰² DIAS, Maia Tereza Fonseca. *Terceiro Setor e Estado: Legitimidade e Regulação – Por um novo marco jurídico*. Belo Horizonte: Fórum: 2008, p. 201.

³⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923. Relator: Ministro Luiz Fux. Data de julgamento 16 abril 2015. Órgão julgador: Plenário. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em maio de 2015.

3.4.3 Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público

A Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSIP) foi idealizada pelo movimento liderado pela ex-primeira-dama Ruth Cardoso – o Conselho da Comunidade Solidária, que teve como escopo resgatar e melhorar o título de utilidade pública, levando a sociedade a participar da execução de atividades de interesse público.

O marco legal dessa qualificação foi a Lei nº 9.970/1999, tendo seu campo de atividade ampliado, comparando-se à lei das OS. As entidades qualificadas podem atuar tanto na promoção da cultura, da saúde e educação gratuitas, da conservação do meio ambiente, do desenvolvimento socioeconômico quanto no combate à pobreza, entre outras atividades de finalidade pública. O conceito de entidade sem finalidade lucrativa foi previsto no §1º do art. 1º desta lei:

Art. 1º [...]

§ 1º Para os efeitos desta Lei, considera-se sem fins lucrativos a pessoa jurídica de direito privado que não distribui, entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados ou doadores, eventuais excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplica integralmente na consecução do respectivo objeto social.

Diferentemente das outras qualificações, o campo de abrangência foi separado do conceito, como previsto em seu art. 3º³⁰⁴. Nota-se, pois, que as atividades dessas entidades foram ampliadas, como ressalta Fonseca Dias:

³⁰⁴ Art. 3º A qualificação instituída por esta Lei, observado em qualquer caso, o princípio da universalização dos serviços, no respectivo âmbito de atuação das Organizações, somente será conferida às pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujos objetivos sociais tenham pelo menos uma das seguintes finalidades:

I - promoção da assistência social;

II - promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico;

III - promoção gratuita da educação, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei;

IV - promoção gratuita da saúde, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei;

V - promoção da segurança alimentar e nutricional;

VI - defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável;

VII - promoção do voluntariado;

VIII - promoção do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza;

IX - experimentação, não lucrativa, de novos modelos socioprodutivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito;

X - promoção de direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar;

XI - promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais;

XII - estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos que digam respeito às atividades mencionadas neste artigo.

Um dos principais aspectos que distinguiam as OSCIPs das OS estava na estrutura de sua formatação jurídico-administrativa, em especial pela composição associativa, que não previa a participação direta do poder público na gestão da entidade privada qualificada como OSCIP³⁰⁵.

Ademais, nas OCIPs, o vínculo existente é denominado termo de parceria, um instrumento com múltiplas funções cujas formas de controle são previstas pela Lei nº 9.790/1999. As críticas à lei que trata dessa qualificação estão pautadas na ausência de prazo para o estabelecimento dos termos de parceria, bem como na ausência de detalhamento do processo administrativo de cassação do título.

3.4.4 Certificado de Entidade Beneficente e de Assistência Social

A certificação das entidades Beneficentes de Assistência Social está prevista pela Lei nº 12.101/2009, que veio inovar e revogar o que dizia o art. 55 da Lei nº 8.212/91. A finalidade desse título é as entidades gozarem de imunidade prevista no art. 195, §7º da Constituição Federal, que trata das contribuições para a previdência social. Desse modo, atualmente, o certificado é emitido pelo Ministério da área de atuação da entidade. Para a saúde, a qualificação da entidade cabe ao Ministério da Saúde, para educação, ao Ministério da Educação, e para a Assistência Social, ao Ministério do Desenvolvimento e Combate à fome. O conceito de entidade sem finalidade lucrativa para essa lei está previsto no art. 1º:

Art. 1º A certificação das entidades beneficentes de assistência social e a isenção de contribuições para a seguridade social serão concedidas às pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, reconhecidas como entidades beneficentes de assistência social com a finalidade de prestação de serviços nas áreas de assistência social, saúde ou educação, e que atendam ao disposto nesta Lei.

As atividades exercidas pelas entidades qualificadas são Educação, Assistência Social e Saúde. Para que as tais entidades sejam qualificadas, deverão preencher os requisitos atribuídos à área de atuação. Ademais, para requerer a qualificação, a entidade deve comprovar um ano de atividade.

Parágrafo único. Para os fins deste artigo, a dedicação às atividades nele previstas configura-se mediante a execução direta de projetos, programas, planos de ações correlatas, por meio da doação de recursos físicos, humanos e financeiros, ou ainda pela prestação de serviços intermediários de apoio a outras organizações sem fins lucrativos e a órgãos do setor público que atuem em áreas afins.

³⁰⁵ DIAS, Maia Tereza Fonseca. *Terceiro Setor e Estado: Legitimidade e Regulação* – Por um novo marco jurídico. Belo Horizonte: Fórum: 2008, p. 203.

Cumpra consignar que a certificação da entidade como beneficente e de assistência social diferencia-se do momento em que as entidades irão gozar dos benefícios concedidos pelo poder público. Da mesma forma e modo, cumpre informar que, no mês de outubro de 2013, foi publicada a Lei nº 12.868, que modificou o art. 29, da Lei nº 12.101, acrescentando dispositivo que permite a remuneração do dirigente estatutário, limitado a “[...] 70% (setenta por cento) do limite estabelecido para a remuneração de servidores do Poder Executivo federal”. Nota-se, assim, grande avanço do Legislador no que diz respeito à necessidade de profissionalização dos dirigentes desse tipo de entidade, que se dará remunerando o trabalhador.

A doutrina³⁰⁶ pátria critica a forma de atuação do terceiro setor e a relação existente entre essas entidades e o Estado. Irretorquível é a importância dessas instituições para os ideais do Estado Democrático de Direito, no qual se privilegia a participação da sociedade, colocando a dignidade da pessoa humana como princípio norteador da interpretação constitucional.

A despeito de terem-se demonstrado as qualificações, tal assunto não é tão pacífico na doutrina, e traz muitas e duras críticas, como as elaboradas por Rita Tourinho, em seu artigo sobre o terceiro setor³⁰⁷, das quais se podem destacar: a burla ao regime jurídico-administrativo; a falta de prestação de contas por parte destas entidades; os inúmeros repasses públicos recebidos; a forma discricionária pela qual se dão as qualificações; a falta de estrutura do Poder Público para tanto.

Não se pode deixar de citar, ainda, que as normas legais que abordam a certificação de entidades beneficentes de assistência social não discorrem sobre a atuação das entidades, de forma que o controle das qualificações é apenas formal e não de resultado. No ano de 2009, foi editada a MP das filantrópicas, mais especificamente a nº 446/2008³⁰⁸, que disciplinou a análise dos pedidos de renovação do certificado de entidade de assistência social. Tendo em vista a demora em sua apreciação, a MP concedeu o certificado de CNAS

³⁰⁶ TOURINHO, Rita. Terceiros Setor no ordenamento jurídico brasileiro: constatações e expectativas. In: MODESTO, Paulo (coord.). *Nova organização administrativa brasileira*. 2ª ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010; MONTAÑO, Carlos. *Terceiro Setor e a questão social: crítica ao padrão emergente de intervenção social*. 6ª ed. São Paulo: Cortez, 2010; GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

³⁰⁷ TOURINHO, Rita. *Terceiros Setor no ordenamento jurídico brasileiro: constatações e expectativas*. In: MODESTO, Paulo (coord.). *Nova organização administrativa brasileira*. 2ª ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

³⁰⁸ BRASIL. Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/130804.html>. Acesso em: jun. de 2015.

para todas as entidades que tinham efetuado o pedido. No anexo B, será incluído um quadro, que sintetiza a legislação federal aplicável às entidades e suas qualificações jurídicas³⁰⁹.

A ideia de subsidiariedade orientou, desde o início da vinda da Coroa Portuguesa para o Brasil, as parcerias entre o “terceiro setor” e o Estado, sempre estimulando o voluntariado, conforme Maria Luiza Mestriner: “[...] o governo começa, de forma intuitiva, a estimular o voluntariado, especialmente o feminino, por intermédio das amigas das primeiras damas e dos governos do estado”³¹⁰.

Em contraposição, nas áreas de assistência social e médica, essa parceria foi mais evidente, já que elas cresceram juntamente com o Estado. Embora as qualificações existentes sejam posteriores às parcerias, elas vieram como uma forma de privilegiar aqueles que se dedicam às causas que visam ao bem comum.

Nessa perspectiva, será apresentado o próximo capítulo, abordando a parceria de uma das mais antigas entidades do país. Para tanto, será demonstrado que essa abordagem não é matéria fácil em virtude do escasso material existente.

³⁰⁹ Fonte: quadro retirado do livro de Maria Tereza Fonseca Dias. *Terceiro Setor e Estado: por um novo marco jurídico. Atualizado com as recentes leis. Atualizado pelas recentes leis.* Dias, Maria Tereza, *Terceiro setor e estado: legitimidade e regulação – por um novo marco jurídico.* Belo Horizonte: Fórum: 2008, p. 176-178.

³¹⁰ MESTRINER, Maria Luiza. *O Estado entre a filantropia e a assistência social.* 4ª ed. São Paulo: Cortez, 2011, p. 108.

4 AS PARCERIAS FIRMADAS NO ÂMBITO DA SAÚDE E O PAPEL DAS SANTAS CASAS DE MISERICÓRDIA

A Constituição Federal dispõe que a saúde é direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício, mediante políticas sociais e econômicas. As transformações das esferas públicas, notadamente, a relação entre o Estado e as entidades de “terceiro setor”, transformam-no em agente fundamental para o cumprimento dos direitos sociais. Embora seja dever do Estado, a iniciativa privada pode participar de forma complementar para a promoção da saúde, tendo preferência para firmar parcerias as entidades filantrópicas e sem fins lucrativos.

Na Carta Magna de 1988, formatada pela égide do paradigma do Estado Democrático de Direito, a pessoa humana é o centro ético do direito e do Estado, e a participação da sociedade civil é uma das formas de materialização da democracia. Nestes mecanismos de composição de interesses e pela soma de esforços entre o os setores públicos e privados, o direito público tem evoluído, no sentido da realização da democracia substantiva.

Por essa ótica, será estabelecido o presente capítulo, buscando verificar tanto as parcerias estabelecidas no âmbito da saúde quanto o papel das Santas Casas de Misericórdia, como a mais antiga entidade integrante do “terceiro setor”, bem como sua evolução no tempo e o conteúdo jurídico do título de utilidade pública de que é detentora. As instituições sem finalidade lucrativa têm grande importância na execução de políticas públicas de saúde, pois a grande maioria dessas instituições é anterior ao Sistema Único de Saúde (SUS), instituído com a Constituição de 1988.

Ao analisar as políticas públicas de saúde e educação no país, Carlos Ari Sundfeld fez apanhado histórico demonstrando que, inicialmente, os serviços eram prestados pela administração direta e, posteriormente, pela indireta, sendo que, a partir da década de 1990, uma entidade ganhou destaque no Estado do Rio de Janeiro e em São Paulo: as Organizações Sociais³¹¹. A conclusão que aquele autor chega é que:

[...] por conta do foco em eficiência, a opção brasileira atual em termos estruturais é pela diversidade. Existem unidades de saúde e de educação dentro da Administração direta, existem também, da mesma forma, na administração indireta e ainda existem, cada vez mais, serviços privados de saúde ou de educação contratados pelo Poder Público.³¹²

³¹¹ SUNDFELD, Carlos Ari; DOMINGOS, Liandro. Desafios do direito das políticas sociais em saúde e educação. In: SUNDFELD, Carlos Ari e ROSILHO, Andre (org.). *Direito da Regulação e Políticas Públicas*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 282.

³¹² Ibidem, p. 282.

Não obstante esse quadro geral, importante salientar que as entidades sem finalidade lucrativa tais como as Santas Casas têm prioridade de atendimento à população carente desde, o Brasil-Império. Nesse sentido, na década de 1990, com a reforma da Administração pública e “a crise do Estado”, ocorreram fatores de recrudescimento, elevando o número de parcerias com as entidades sem finalidade lucrativa.

4.1 CONTEXTO HISTÓRICO: AS PARCERIAS FIRMADAS NO ÂMBITO DA SAÚDE

O conceito de saúde pode variar de acordo com a cultura, com a percepção da sociedade, com as crenças e experiências³¹³. Isso significa dizer que o conceito de saúde utilizado na sociedade atual não é o mesmo dos séculos passados. Da mesma forma, o conceito de hospital e de políticas de saúde variou conforme os tempos.

Para análise mais adequada do tema, cumpre ressaltar a discussão o histórico do nascimento da medicina, do hospital e das políticas de saúde do Século XVIII descritos no livro *a Microfísica do Poder*³¹⁴, a partir do qual se nota a existência da ideia da subsidiariedade para as questões sociais, notadamente da assistência, no seu sentido lato.

A medicina do início do século XVIII, como saúde e baseada na cura, coincide com advento do Estado Moderno. A medicina moderna é social e pode ser dividida em três etapas: a de Estado, a urbana e a de força de trabalho³¹⁵.

Para Foucault, “O hospital como instrumento terapêutico é uma invenção relativamente nova, que data do final do Século XVIII”³¹⁶. No cenário anterior, médico e hospital eram diversos, e o bom médico era aquele que atendia os pacientes em casa. O hospital prestava-se à assistência dos pobres e tinha como função não só curar o doente, mas tirá-lo de perto das pessoas saudáveis e acolhê-lo. Durante anos, a assistência social e a saúde estiveram interligadas³¹⁷. Nota-se uma característica de acolhimento do excluído e é ela que

³¹³GLOBEKNER, Osmir Antônio. *A saúde entre o público e o privado: o desafio da alocação social dos recursos sanitários escassos*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 30.

³¹⁴Livro do filósofo francês, Michel Foucault, coletânea com artigos diversos, cujo tema gira em torno do poder. Há três textos importantes como base teórica para entender a situação dos hospitais e a criação das Casas de Misericórdia: O nascimento da medicina social; O nascimento do hospital; A política de saúde no Século XVIII.

³¹⁵FOUCAULT, Michel. A política de saúde no século XVIII. In: FOUCAULT, Michel. *A microfísica do poder*. Tradução Roberto Machado. 25ª ed. Rio de Janeiro: Graal, 2008, p. 79 e 80.

³¹⁶FOUCAULT, Michel. O nascimento do hospital. In: FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Rio de Janeiro: Graal, 2011, p. 99.

³¹⁷MESTRINER, Maria Luiza. *O Estado entre a filantropia e a assistência social*. São Paulo: Cortez, 2013, p. 295.

marcará as entidades hospitalares daquele período, ao desenvolverem a atividade preponderante de prestação de serviço à saúde e assistência social.

A medicina medieval e a do Século XVIII evoluíram bastante, pois “[...] na época clássica era limitada relativamente à ajuda material e ao enquadramento administrativo”³¹⁸. A partir do Século XVIII, esse cenário já inicia suas mudanças, e a saúde passa a ser vista como o bem estar físico e mental, de modo que a distribuição do espaço hospitalar passa a ser vista como instrumento terapêutico.

A medicina social estava vinculada à higiene pública e à medicalização do espaço urbano. José Murilo de Carvalho, no livro “Bestializados”³¹⁹, relata a intervenção do Estado na vida privada, a fim de que o interesse público, da extinção das epidemias, lograsse êxito. No ano de 1903, Oswaldo Cruz foi nomeado diretor do serviço de saúde pública pelo Presidente Rodrigo Alves e enfrentou, no exercício desse cargo, três epidemias: da febre amarela, que combateu com a extinção do mosquito e isolamento dos doentes em hospitais; da peste bubônica, que atacou com a Brigada Sanitária, percorrendo ruas e casas, para desinfetar e limpar, em alguns casos, internar os doentes e exigir reformas das casas; a terceira foi a varíola, cuja ação foi a implementação de vacina obrigatória.

Tal atitude sanitarista gerou na população a revolta da vacina, cuja explicação, segundo a maioria dos historiadores, era a insatisfação com a situação da época, de forma que a obrigatoriedade em vacinar foi apenas o pano de fundo para se iniciar um movimento de rebeldia contra a imposição do Estado. Independentemente do contexto, esse movimento, foi importante passo na história do país, pois mostrou o espírito do associativismo da época³²⁰.

As entidades hospitalares do Século XVIII tinham como prioridade a assistência aos pobres carentes, pois a medicina da época era vista apenas como a cura do paciente. Como, em regra, ele era tratado em casa, apenas os necessitados e os que precisavam ser retirados do convívio da sociedade iam para a instituição hospitalar. Com a evolução da medicina e com o crescimento das políticas sanitaristas, houve mudança de mentalidade em relação a essas instituições³²¹.

³¹⁸ FOUCAULT, Michel. A política de saúde no século XVIII. In: FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Rio de Janeiro: Graal, 2011, p. 195.

³¹⁹ CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados: o Rio de Janeiro e a República que não foi*. São Paulo: Companhia das letras, 1987, p. 93 a 95.

³²⁰ Sobre o tema ver CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados: o Rio de Janeiro e a República que não foi*. São Paulo: Companhia das letras, 1987; MESTRINER, Maria Luiza. *O Estado entre a filantropia e a assistência social*. 4ª ed. São Paulo: Cortez, 2011.

³²¹ Os hospitais operam em um ambiente econômico bastante complexo. Atualmente, não apenas é necessária atualização técnica e tecnológica para garantir qualidade e competência na prestação dos serviços, como também são crescentes o aumento da demanda por serviços e a insuficiência de recursos advindos do Sistema Único de Saúde (SUS) e das operadoras de planos de saúde para fazer frente aos custos operacionais dessas organizações.

Na sua dissertação de mestrado, Liliane Alves Fernandes fez breve histórico do crescimento das Santas Casas de Misericórdia, que foram idealizadas no Século XV em Portugal. No entanto, desde a Idade Média, a pobreza unia as pessoas por meio da solidariedade familiar: desde o Século XIII, a sociedade e as autoridades locais associaram-se na perseguição do mesmo objetivo de combate à pobreza. Diante da miséria desse século, e em virtude da polêmica entre a Igreja com as entidades laicas, as Santas Casas foram criadas: a coroa portuguesa reformulou sua política de caridade e concedeu benefícios às Santas Casas para o desempenho de funções sociais³²².

Na atualidade, praticamente todas as cidades portuguesas dispõem de uma Santa Casa, que presta apenas serviços assistenciais. Essas instituições estão também em outros países: França, Itália, Espanha, Luxemburgo, México, Moçambique, Ucrânia, Macau, São Tomé do Príncipe, Angola e Brasil³²³.

A precariedade da medicina da época foi refletida na vinda das Santas Casas para o Brasil e a criação do espírito do associativismo na área. As Santas Casas foram idealizadas no Século XV em Portugal e na Itália. Praticamente todas as cidades portuguesas possuem uma Santa Casa, que na atualidade, prestam apenas serviços assistenciais. Há outros países que possuem estas instituições, podendo ser citados: França, Itália, Espanha, Luxemburgo, México, Moçambique, Ucrânia, Macau, São Tomé do Príncipe, Angola e Brasil.

Quanto ao Brasil, as Santas Casas vieram juntamente com a coroa portuguesa, para suprir a precariedade da medicina da época, sendo responsável ainda pela criação do espírito de associativismo na área. Como explica Yara Koury “[...] o funcionamento dessas instituições era autorizado por alaraz regidos vindos de Portugal e o Compromisso da Irmandade de Misericórdia de Lisboa orientava o exercício de suas atividades no Brasil”³²⁴. A atuação dessas entidades estava geralmente ligada às epidemias da época.

Esses fatores agravam sobremaneira a situação financeira de hospitais públicos, filantrópicos e até mesmo daqueles com fins lucrativos (COUTO; PEDROSA, 2007). Disponível em BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Acesso em:

portal.anvisa.gov.br/.../A+ANVISA+NA+REDUÇÃO+À+EXPOSIÇÃO+I. Acesso em jun. de 2015.

³²² FERNANDES, Liliane Alves. *As Santas Casas da Misericórdia na República Brasileira- 1922 -1945*. 2009. Dissertação (Mestrado em política de bem-estar em perspectiva: evolução, conceitos e actores. Disponível em: <http://www.ensino.uevora.pt/erasmusmundus/thesis/thesissantascasas_lilianefernandes.pdf>. Acesso em: mar.2015, p. 32.

³²³ PORTUGAL. *Relação das Misericórdias no mundo*. Disponível em: <http://www.ump.pt/misericordias>. Acesso em maio de 2015.

³²⁴ KOURY, Yara Aun (Coord.). *Guia dos Arquivos das Santas Casas de Misericórdias do Brasil: (fundadas entre 1500 e 1900)*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo PUC- SP/CEDIC: FAPESP; 2004. Vol. I e II, p. 26.

Como não há muitos documentos disponíveis que detalham o histórico da saúde no Brasil, cumpre transcrever o entendimento de Conceição Aparecida e Jorge Trindade sobre a origem destas entidades:

A história da organização de ações e serviços públicos de saúde no Brasil é muito recente. Analisando todas as Constituições Brasileiras, verificamos que somente a partir da terceira década do Século XX, na Constituição de 1934, é que começaram a surgir algumas preocupações com a saúde pública enquanto objeto da Lei Maior do país³²⁵.

A saúde desse período, século XX, acompanhada o Estado Liberal. Assim, não havia grande preocupação com estas questões sociais, a saúde era ligada à previdência social, portanto, somente poderia ter acesso à saúde aquele que contribuísse para a previdência³²⁶. Por isso as entidades sem finalidade lucrativa tinham grande importância na prestação de serviço de saúde. Ainda conforme os supramencionados autores, “[...] as Misericórdias, durante quatro séculos, ocuparam e assumiram, praticamente, com exclusividade, o papel do Estado na garantia da oferta de ações e serviços de saúde, além de outros serviços de natureza pública”³²⁷.

A atuação do Ministério da Saúde, antes da implantação do SUS, era precária: a assistência à saúde era restrita a algumas doenças e a quem não tinha acesso ao atendimento pelo Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS). Isso significa dizer que não existia o princípio da universalidade.

O INAMPS, atualmente extinto, era autarquia ligada ao Ministério da Previdência e Assistência Social. A Lei nº 6.439, de 1º de setembro de 1977, instituiu o sistema Nacional de Previdência e Assistência Social. Em artigo sobre as modalidades assistenciais dessa autarquia, Nildo Aguiar cita, além dos serviços prestados por hospitais e consultórios

³²⁵ REZENDE, Conceição Aparecida Pereira; TRINDADE, Jorge; SANTOS, Lenir. Direito sanitário e saúde pública. Disponível em < http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/direito_sanitarioVol2.pdf>. Acesso em: fev. de 2014, p. 12.

³²⁶A Assistência Médica era oferecida aos segurados mediante a tríplex contribuição complementar do segurado, do empregador e da União, sujeita ao mesmo regime de fixação e de arrecadação da contribuição ordinária. O Instituto proporcionava aos segurados ativos e inativos, bem como aos respectivos dependentes inscritos, a assistência médica (clínica, cirúrgica, hospitalar e sanatorial); a assistência farmacêutica; e, a assistência odontológica. No caso de internação do segurado acometido de doença mental, esta era feita por prazo não superior a 12 (doze) meses (REZENDE, Conceição Aparecida Pereira; TRINDADE, Jorge; SANTOS, Lenir. Direito sanitário e saúde pública. Disponível em http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/direito_sanitarioVol2.pdf>. Acesso em: fev. de 2014, p. 20.

³²⁷REZENDE, Conceição Aparecida Pereira; TRINDADE, Jorge; SANTOS, Lenir. Direito sanitário e saúde pública. Disponível em http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/direito_sanitarioVol2.pdf. Acesso em: fev. de 2014, p. 12.

próprios, convênios entre as entidades sem finalidade lucrativa³²⁸, a União e os Estados. Como a lógica do sistema era cuidar da doença e não da saúde, grande parte dos atendimentos era realizada pela iniciativa privada³²⁹.

No final da década de 1970, com a ocorrência de movimentos para a reforma sanitária, foi idealizado o princípio da universalidade³³⁰. No início da década de 1980, foi criado o Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde (SUDS), que era um convênio entre o INAMPS e os governos estaduais, sendo um marco para a seção da saúde na atual Constituição Federal. Em suma, pode ser destacado que:

A implantação do SUS foi realizada de forma gradual: primeiro veio o SUDS; depois, a incorporação do INAMPS ao Ministério da Saúde (Decreto nº 99.060, de 7 de março de 1990); e por fim a Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990) fundou o SUS. Em poucos meses foi lançada a Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990, que imprimiu ao SUS uma de suas principais características: o controle social, ou seja, a participação dos usuários (população) na gestão do serviço. O INAMPS só foi extinto em 27 de julho de 1993 pela Lei nº 8.689³³¹.

Como se pode perceber, a saúde foi implantada com bases em sistema nacional corporativo tutelado pelo Estado por meio de parcerias. Pode-se destacar que, após o paradigma liberal, veio a sua antítese, o paradigma social, a partir do qual o Estado assume a titularidade e a execução das políticas públicas de saúde. Com base na democratização, nas expectativas da promulgação da Constituição foi criado o Sistema Único de Saúde (SUS).

A história de criação do SUS confunde-se com a própria história do Estado Democrático de Direito, na medida em que tanto o SUS quanto o direito à saúde foram disciplinados na Constituição Federal de 1988. Resultado da formulação política organizacional para reordenamento dos serviços e ações de Saúde, o SUS compreende as seguintes diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal: equidade, universalidade, integralidade, controle social³³².

³²⁸ AGUIAR, Nildo. *Modalidades assistenciais do INAMPS*. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/viewFile/7554/6051>. Acesso em: março de 2015, p. 124.

³²⁹ <http://sistemaunicodesaude.weebly.com/histoacuteria.html>

³³⁰ O princípio da universalidade, hoje um dos axiomas do Sistema Único de Saúde, prevê o acesso integral e irrestrito aos serviços de saúde. A universalidade é um dos princípios que desenvolve a ideia de criação de um sistema em que o Município vai organizar e executar seu plano de trabalho. A universalidade é princípio previsto no art. 198 da Constituição Federal e se apresenta juntamente com o da integralidade de assistência, preservação da autonomia, igualdade, acesso à informação e divulgação de informações.

³³¹ BRASIL. Sistema único de saúde. Disponível em: <http://sistemaunicodesaude.weebly.com/histoacuteria.html>. Acesso em fev. de 2014.

³³² MENDES, Gilmar Ferreira. *O direito à saúde na Constituição de 1988*. in MODESTO, Paulo; CUNHA JÚNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da (Coord.). *Terceiro Setor e parceiras na saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.p. 11- 20. p.14.

O que se pretende demonstrar com esse breve histórico é que, desde a vinda da Coroa Portuguesa, os serviços de saúde são prestados à população mediante parceria com certas entidades sem fins lucrativos.

No caso do INAMPS, em num passado recente, a atenção à saúde era realizada por convênio com a iniciativa privada. Assim, antes de se repensar o direito administrativo moderno, a ideia de subsidiariedade norteava as ações de saúde. Pode-se afirmar ainda que as entidades sem finalidade lucrativa, desde sempre, já desempenhavam atuação estratégica e importante para o sistema.

4.2 OS SISTEMAS DE SAÚDE

A Organização Mundial da Saúde conceitua o sistema de saúde como arranjo de pessoas, instituições e recursos com políticas cujo objetivo é melhorar a saúde da população a que se destina o sistema, além de proteger de doença³³³. No que tange às características do funcionamento dos sistemas de saúde, pode ser verificada para uma população específica a estrutura formal, que será definida por leis, regulações, financiamento, administração, bem como produção dos serviços e atividades.

Cada sociedade, embasada no seu contexto social, político e econômico, pode eleger o sistema de saúde a ser adotado, de forma que, ao longo do tempo, as políticas de saúde vão modificando-se. Segundo Fernando Mânica, as políticas sociais instituídas nos países capitalistas podem ser de dois modelos³³⁴: o modelo implantado por Bismarck na Alemanha, na segunda metade do Século XIX, e o de Beveridge, surgido na Inglaterra, após a Segunda Guerra Mundial.

De acordo com Karyna Rocha Mendes, o primeiro modelo foi o adotado para a previdência social, cujo funcionamento se dá a partir da criação de caixa de aposentadorias e pensões compulsórias financiadas por trabalhadores e empregados de base contributiva, e benefícios proporcionais à contribuição. Já no segundo modelo, cuja base do financiamento é o orçamento fiscal, ou seja, proveniente dos tributos, tem como bússola a universalidade de acesso. Esse formato foi adotado para o Sistema Único de Saúde, que tem como princípio a universalidade de atendimento³³⁵.

³³³ BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Acesso em: <portal.anvisa.gov.br/.../A+ANVISA+NA+REDUÇÃO+À+EXPOSIÇÃO+I...> acesso em jun.2015.

³³⁴ MÂNICA, Fernando Borges. *O setor privado nos serviços públicos de saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 30.

³³⁵ MENDES, Karina Rocha. *Curso de direito da saúde*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 127.

A evolução dos sistemas de saúde no Brasil ocorreu da seguinte forma: antes da década de 1929, era adotado o “Sanitarismo Campanhista”, cujo idealizador foi Oswaldo Cruz, e que consistia na intervenção direta sobre a saúde da população, por meio de campanhas de vacinação, internação compulsória de pacientes com tuberculose e hanseníase³³⁶.

A esse respeito, a fim de demonstrar a insatisfação da população, José Murilo Procópio de Carvalho, no livro “Os Bestializados”, descreve a revolta da população sobre a intervenção praticada pela administração pública nas suas residências, como ocorreu no Rio de Janeiro, antes da Proclamação da República.

Fernando Mânica elucida a parte da saúde nas Constituições anteriores a 1988:

Seguindo o padrão europeu e norte americano da época, tanto a Constituição Imperial de 1824 quanto a Constituição da República de 1831, delimitaram as tarefas do Estado brasileiro e não fizeram qualquer menção à prestação de serviço a saúde. Apenas a partir da Constituição Federal de 1934 a saúde passou a constar dos sucessivos textos constitucionais brasileiros em dispositivos que outorgavam competência legislativa para a sua regulamentação e a previação como direito dos trabalhadores³³⁷.

Nos anos de 1929 e 1930, nota-se uma forma de organização que, pelas características apresentadas, aproxima-se mais do sistema de saúde desenvolvidos por Otto Bismarck³³⁸. O principal marco de mudança ocorreu com o surgimento da previdência social, na qual a saúde e a assistência social foram organizadas de forma simultânea, com a institucionalização dos serviços oferecidos³³⁹.

Baseado no princípio do seguro social, esse modelo tem como objetivo central assegurar renda aos trabalhadores em feitos a partir de base contributiva e benefícios proporcionais à contribuição e inspirou, no Brasil, a partir de 1923, a criação de caixas de aposentadorias e pensões compulsórias, sendo considerado o embrião da previdência³⁴⁰.

Os direitos aos benefícios eram garantidos mediante contribuição direta anterior, e o montante da prestação era proporcional à contribuição efetuada, numa identificação com o

³³⁶ MENDES, Karina Rocha. *Curso de direito da saúde*. São Paulo: Saraiva, p. 126.

³³⁷ MÂNICA, Fernando Borges. *O Setor Privado nos Serviços Públicos de Saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 92 e 93.

³³⁸ *Ibidem*, p. 69.

³³⁹ MESTRINER, Maria Luiza. *O Estado entre a filantropia e a assistência social*. 4ª Ed. São Paulo: Editora Cortez, 2011, p. 183.

³⁴⁰ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde. Departamento de Gestão da Educação na Saúde. *Direito sanitário e saúde pública / Ministério da Saúde, Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde, Departamento de Gestão da Educação na Saúde; Márcio Iorio Aranha (Org.) – Brasília: Ministério da Saúde, 2003, 2 v.:il. – (Série E. Legislação de Saúde) Conteúdo: v.1: Coletânea de textos; v. 2: Manual de atuação jurídica em saúde pública e coletânea de leis e julgados em saúde*. ISBN 85-334-0732-7

sistema de seguros sociais, em função de sua semelhança com os seguros privados. Desse modo, as bases do financiamento eram constituídas a partir de recursos recolhidos aos empregados e empregadores.

Com a promulgação da Constituição de 1988, o Brasil passou a adotar o modelo próximo à orientação Beveridgiana. A implantação do Sistema Único de Saúde objetivou estabelecer, no território nacional, pelo financiamento através dos tributos uma rede pública regionalizada e hierarquizada, com acesso universal e integral à saúde. Nesse modelo, a cesta de serviços coberto é abrangente e integral para todos os níveis de atenção à saúde³⁴¹.

Importante destacar que o Sistema Único de Saúde foi idealizado e implantado com a recente democratização do país, tendo como essência a participação social e a igualdade no direito de acesso de todos os cidadãos às ações e serviços de saúde. O ideal escolhido, portanto, para a construção do sistema foi utilizar o princípio da subsidiariedade.

No Brasil, a atenção à saúde é realizada pelo sistema misto, ou seja, combinação de dois sistemas: público, de acesso universal, e privado, de assistência suplementar à saúde. Ou seja, os setores públicos e privados atuam no provimento e no financiamento dos bens e serviços de saúde, que podem ser resumidos da seguinte forma, conforme dados do Quadro 6:

Quadro 6- Comparativo dos sistemas de saúde

Sistemas	Público	Privado
Forma de financiamento	Tributos	Pagamento de mensalidade
Forma de acesso	Universal	Individual
Condição de acesso	Direito de cidadania	Pagamento pelo serviço
Prestação dos serviços	Pública e privada	Iniciativa privada, credenciados pelas operadoras de saúde
Organização	Pública	Iniciativa privada

Fonte: Pesquisa direta a partir de dados sobre o tema e bibliografia.

4.3 O DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal dispõe que a saúde é direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício, mediante políticas sociais e econômicas. Institui ainda que a saúde poderá ser prestada pela iniciativa privada, tendo preferência nessa prestação de serviço as instituições filantrópicas e sem fins lucrativos.

³⁴¹ MÂNICA, Fernando Borges. *O Setor Privado nos Serviços Públicos de Saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 69.

No Brasil, o direito à saúde, além do tratamento extensivo que lhe é dado pelos artigos 196 a 200 do Texto Constitucional, encontra-se disciplinado por lei, em especial pela Lei nº 8.080/1990 (Lei Orgânica da Saúde), que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde bem como a organização e o funcionamento dos respectivos serviços. Nessa perspectiva, o direito à saúde, no ordenamento pátrio, deve ser compreendido tanto em sua fundamentalidade originária quanto derivada, pois, apesar de disciplinado em nível infraconstitucional, eventuais omissões, contradições, obscuridades e excessos legislativos devem dar margem à aplicação direta da normatização constitucional³⁴².

A Constituição Federal do Brasil define, em seu artigo 196, que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas, que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação³⁴³. Nos termos do artigo 198 da Constituição Federal³⁴⁴, as ações e serviços públicos de saúde integram rede regionalizada e

³⁴² MANICA, Fernando Borges. Saúde: um direito fundamental social individual. *Revista Brasileira de Direito da Saúde*. V. 1 (julho/dezembro 2011). Brasil, Confederação das Santas Casas de Misericórdias, Hospitais e Entidades Filantrópicas (CMB), 2012. Semestral. ISSN 2238-0477. 26.

³⁴³ CARVALHO, Guido Ivan de; SANTOS, Lenir. *Sistema Único de Saúde: comentários à Lei Orgânica de Saúde* (Leis nº 8080/90 e nº 8142/90). 4ª ed. Campinas: Editora da UNICAMP, 2006, p. 31.

³⁴⁴ Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - participação da comunidade.

§ 1º O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. (Parágrafo único renumerado para § 1º pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000).

§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000).

I - no caso da União, a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento); (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 86, de 2015).

II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000).

III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000).

§ 3º Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000).

I - os percentuais de que tratam os incisos II e III do § 2º; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 86, de 2015).

II - os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000).

III - as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000).

IV - (revogado). (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 86, de 2015).

hierarquizada e constituem sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: descentralização, atendimento integral, e participação da comunidade.

A descentralização, ao contrário do que informado pela assertiva, terá direção única em cada esfera de governo, de modo que a União financia metade da política de saúde, enquanto os Estados e Municípios dividem o restante, ficando a cargo do Município a execução das políticas³⁴⁵. Dessa forma, o SUS abarca as três esferas de governo: federal, estadual e municipal.

Segundo a Constituição de 1988, o SUS é definido como um sistema descentralizado com comando único. Isso necessariamente implica delegar autonomia para que Estados e Municípios formulem e implementem as respectivas políticas de saúde. Corroborando esse entendimento, a Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/90) definiu os municípios como os responsáveis por gerir e hierarquizar os serviços de saúde em todos os níveis, firmando convênios com prestadores para efetivamente prestar o serviço³⁴⁶.

O estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática do SUS devem ter por base critérios epidemiológicos, de maneira que todos os recursos financeiros do SUS são movimentados sob controle do Ministério da Saúde. A Constituição Brasileira prevê, mas não assegura qual o percentual que deve ser investido em Saúde³⁴⁷. Tanto a Constituição Federal quanto a Lei nº 8.080/90 preveem a participação popular. Uma das diretrizes do SUS é o “[...] fortalecimento da participação social como fundamental na consecução de resultados de promoção da saúde, em especial a equidade e empoderamento individual e comunitário”.

§ 4º Os gestores locais do sistema único de saúde poderão admitir agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias por meio de processo seletivo público, de acordo com a natureza e complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para sua atuação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 51, de 2006).

§ 5º Lei federal disporá sobre o regime jurídico, o piso salarial profissional nacional, as diretrizes para os Planos de Carreira e a regulamentação das atividades de agente comunitário de saúde e agente de combate às endemias, competindo à União, nos termos da lei, prestar assistência financeira complementar aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, para o cumprimento do referido piso salarial. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 63, de 2010) Regulamento.

§ 6º Além das hipóteses previstas no § 1º do art. 41 e no § 4º do art. 169 da Constituição Federal, o servidor que exerça funções equivalentes às de agente comunitário de saúde ou de agente de combate às endemias poderá perder o cargo em caso de descumprimento dos requisitos específicos, fixados em lei, para o seu exercício. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 51, de 2006).

³⁴⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *O direito à saúde na Constituição de 1988*. In MODESTO, Paulo; CUNHA JÚNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da (Coord.). *Terceiro Setor e parceiras na saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 11- 20, p. 17.

³⁴⁶ CARVALHO, Guido Ivan de; SANTOS, Lenir. *Sistema Único de Saúde: comentários à Lei Orgânica de Saúde (Leis nº 8080/90 e nº 8142/90)* 4ª ed. Campinas: Editora da UNICAMP, 2006, p. 175.

³⁴⁷ BRASIL, Lei 8.080. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm>. Acesso em maio de 2015.

O direito à saúde está diretamente ligado ao direito à vida digna. Portanto, a Constituição Federal no art. 196 prevê que: “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. A saúde como dever do Estado deve ser analisada como direito fundamental originário, cabendo, portanto, a ele atuar para a promoção, proteção e recuperação da saúde. Promover a saúde é também promover qualidade de vida e reduzir a vulnerabilidade de riscos. A promoção à saúde inclui os riscos determinantes e condicionantes que seria o modo de viver, as condições de trabalho, habitação, educação, cultura e lazer³⁴⁸.

Nos artigos seguintes da Constituição Federal, o legislador constituinte permitiu que a saúde fosse realizada de forma complementar pela iniciativa privada, de forma que privilegiou antigas entidades que, desde os primórdios do Estado, auxiliam-no na sua função de prestar assistência à saúde. Trata-se das entidades sem finalidade lucrativa.

O §1º do art. 199 da Constituição Federal privilegiou as entidades sem finalidade lucrativa. Esse dispositivo legal foi regulamentado pela Lei Orgânica da Saúde, Lei nº 8080 e pelo art. 24 da Portaria nº 1695, de 13 de setembro de 1994³⁴⁹. É certo que, para a adequada prestação de serviços, há uma soma de esforços por parte do Estado e dos interessados, sendo que o Estado foi obrigado a criar soluções diversas para atender à sociedade pluriclasse. No entendimento de Carlos Ari Sundfeld³⁵⁰, além de prover, o Estado organiza e presta os serviços de saúde.

As transformações das esferas públicas, notadamente, a relação entre o Estado e as entidades de Terceiro Setor transformam-no em agente fundamental para o cumprimento dos direitos sociais. Embora seja dever do Estado, a iniciativa privada pode participar de forma complementar para a promoção da saúde, logo, as entidades filantrópicas e sem fins lucrativos terão preferência para firmar parcerias.

Trata-se de planos de ação e de articulação da sociedade civil organizada em torno de objetivos coletivos ou de interesse público. Essas instituições, conhecidas como “terceiro

³⁴⁸ MANICA, Fernando Borges. Saúde: um direito fundamental social individual. *Revista Brasileira de Direito da Saúde*. V. 1 (julho/dezembro 2011). Brasil, Confederação das Santas Casas de Misericórdias, Hospitais e Entidades Filantrópicas (CMB), 2012. Semestral. ISSN 2238-0477, p. 26.

³⁴⁹ CARVALHO, Cláudio Viveiros de. *A situação das Santas Casas de Misericórdia*. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/areas-da-conle/tema19/2005_6602.pdf. Acesso em: abril de 2015.

³⁵⁰ SUNDFELD, Carlos Ari; DOMINGOS, Liandro. Desafios do direito das políticas sociais em saúde e educação. In: SUNDFELD, Carlos Ari e ROSILHO, Andre (org.). *Direito da Regulação e Políticas Públicas*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 285.

setor”, durante a existência do Estado, auxiliaram-no nas suas funções não essenciais, em alguns momentos tiveram participação maior, e em outros, menor. A partir da promulgação da Constituição de 1988, formatada pela égide do paradigma do Estado Democrático de Direito, a pessoa humana é o centro ético do direito e do Estado, de modo que a participação da sociedade civil torna-se uma das formas de materialização da democracia.

O Sistema Único de Saúde é composto de princípios e diretrizes, entre os quais o princípio da universalidade de acesso, ou seja, o acesso à saúde é universal. Nesse sentido, a parceria entre a Administração pública e as entidades do “terceiro setor” torna-se fundamental para a adequada prestação de serviços da saúde.

A recente busca de eficiência na realização do valor público fundamental – universalizar serviços públicos de educação e saúde a custo viável para a sociedade – vem levando à relativização de outros valores, que no passado tinham sido considerados importantes: executar os serviços diretamente por meio de organizações estatais e assegurar seus trabalhadores a regime funcional especial³⁵¹.

4.4 ORIGEM E DESENVOLVIMENTO DAS SANTAS CASAS DE MISERICÓRDIA

4.4.1 Contexto histórico

Inegável a relevância das Santas Casas para a história da assistência social e da medicina no Brasil, podendo-se afirmar que elas nasceram junto com o nosso País, quando da vinda da coroa portuguesa, no início do século XIX. Essas instituições consistem no exemplo mais antigo de “terceiro setor”, de que tanto se fala nos dias de hoje, quando subsiste grande preocupação com o desenvolvimento social e com a consolidação de valores democráticos, pluralistas comprometidos com a solidariedade humana e com o sentido de comunidade.

A primeira santa casa do mundo foi instituída em Lisboa, no Século XV, pelo rei, que tinha como objetivo aproximar o governante da população, ou seja, a “Misericórdia nascia como confraria *real* que o monarca quis estender a todo o território difundindo com ela a ideia de uma proximidade entre governante e governados que não existia de todo”³⁵².

³⁵¹ SUNDFELD, Carlos Ari; DOMINGOS, Liandro. Desafios do direito das políticas sociais em saúde e educação. In: SUNDFELD, Carlos Ari e ROSILHO, Andre (org.). *Direito da Regulação e Políticas Públicas*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 286.

³⁵² ABREU, Laurinda. *Livro purgatório, Misericórdias e caridade: condições estruturantes da assistência em Portugal (séculos XV-XIX)*. Disponível em <https://www.ugr.es/~dynamis/completo20/PDF/Dyna-13.PDF>, acesso em março/2015, p. 397.

A política de saúde no Século XVIII era baseada no tratamento, e a entidade hospitalar destinada à cura e assistência dos pobres. A medicina, nessa época, com características liberais, estava centrada no indivíduo, apenas na saúde do mesmo, como atesta Michel Foucault: “[...] o desenvolvimento de um mercado médico sob a forma de clientela privadas, a extensão de uma rede de pessoal que oferece intervenções medicalmente qualificadas [...]”³⁵³.

Paralelamente, havia os hospitais, que se destinavam ao tratamento de doenças dos pobres e casos de epidemia. Michel Foucault explica que a medicina como “serviço” foi utilizada apenas para casos específicos de epidemias, de forma que o hospital ordinariamente estava destinado a tratamento dos carentes³⁵⁴, que precisavam ser tratados e extirpados da sociedade. Era caso clássico de exclusão social.

Nesse cenário, foram criadas e idealizadas as misericórdias. Cláudio Viveiro de Carvalho, citando Pereira, afirma que “Misericórdias engloba as Confrarias, Irmandades, Santas Casas, Fundações das Misericórdias, Entidades Beneficentes e Filantrópicas”³⁵⁵.

4.4.2 As Santas Casas de Misericórdia no Brasil

No presente tópico, será analisada a mais antiga entidade de “terceiro setor” existente no país: as Santas Casas de Misericórdia, instituições sem finalidade lucrativa, que prestam serviço à camada menos favorecida da população, adequando-se, portanto, ao disposto no § 1º do art. 199 da Constituição Federal.

Como não corresponde a qualquer qualificação de entidade e não é pessoa jurídica constituída, a nomenclatura “entidade filantrópica” caiu em desuso, por não ser considerado como qualificação legal, conforme visto no item 2.4. Como pontua Leilah Landin,

[...] parece evocar comumente o mundo da caridade pessoalizada, da religião, da assistência a grupos vulneráveis- ou às vezes mesmo do pejorativo e brasileiro assistencialismo, que evoca clientela e lógica avessa aos direitos. Seriam entidades que transitam historicamente, em terrenos ambíguos entre o público e o privado, entre o secular e o religioso³⁵⁶.

³⁵³ FOUCAULT, Michel. *A política da saúde no Século XVIII*. In: FOUCAULT, Michel. *A microfísica do poder*. São Paulo. Graal 2011, p. 194.

³⁵⁴ *Ibidem*, p. 195.

³⁵⁵ CARVALHO, Cláudio Viveiros de. *A situação das Santas Casas de Misericórdia*. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/areas-da-conle/tema19/2005_6602.pdf. Acesso em: abril de 2015, p. 2.

³⁵⁶ LANDIN, Leilah. Caminhos da institucionalização, cooperação internacional, Estado e filantropia. In: NOVAS FACES DA CIDADANIA II. 1997. *Cadernos de pesquisa n° 6*. Disponível em:

Durante muito tempo, tudo o que havia de assistência aos carentes no país, em termos de assistência social, saúde e educação, constituía-se de organizações criadas pela Igreja com o mandato do Estado no sistema de padroado. O financiamento era baseado em doações de indivíduos da classe senhorial, de particulares para obras específicas, bem como do próprio Estado. Com esses recursos arrecadados, destinados à filantropia, criava-se um grande patrimônio³⁵⁷.

O termo filantropia deu origem ao Certificado de Entidade Beneficente, regido pela Lei nº 12.101/2009. O título para as entidades atuantes na área de saúde é conferido pelo respectivo Ministério, ou seja, pelo Ministério da Saúde. Entre as várias condições exigidas para a obtenção desse Certificado, destacam-se duas para os hospitais: a oferta e efetiva prestação de 60% ou mais de internações ao SUS; no caso do gestor local do SUS, declaração de impossibilidade de contratação de 60% de internações, devendo-se a entidade aplicar um percentual da receita bruta em gratuidade, variando entre 5% e 20%, na dependência do efetivo percentual de atendimento ao SUS³⁵⁸.

Os hospitais com essa qualificação são responsáveis por cerca de um terço dos leitos existentes no País³⁵⁹. Apresentam uma rede capilarizada por todo território nacional, com grande número de pequenos hospitais de baixa complexidade, distribuídos em municípios do interior e alguns hospitais de elevada complexidade, geralmente localizados em regiões metropolitanas³⁶⁰. É um importante prestador de serviços para o SUS, do qual retira sua principal fonte de receita, e para o setor de saúde suplementar.

http://www.cebrap.org.br/v2/files/upload/biblioteca_virtual/caminhos_da_institucionalizacao.pdf. Acesso em: jan. de 2015, p. 56.

³⁵⁷ *Ibidem*, p. 59.

³⁵⁸ Art. 6º-A. Para os requerimentos de renovação de certificado, caso a entidade de saúde não cumpra o disposto no inciso III do **caput** do art. 4º no exercício fiscal anterior ao exercício do requerimento, o Ministério da Saúde avaliará o cumprimento do requisito com base na média do total de prestação de serviços ao SUS de que trata o inciso III do **caput** do art. 4º pela entidade durante todo o período de certificação em curso, que deverá ser de, no mínimo, 60% (sessenta por cento). (Incluído pela Lei nº 12.868, de 2013).

§ 1º Para fins do disposto no **caput**, apenas será admitida a avaliação pelo Ministério da Saúde caso a entidade tenha cumprido, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) da prestação de seus serviços ao SUS de que trata o inciso III do **caput** do art. 4º em cada um dos anos do período de certificação. (Incluído pela Lei nº 12.868, de 2013).

§ 2º A comprovação da prestação dos serviços, conforme regulamento do Ministério da Saúde, será feita com base nas internações, nos atendimentos ambulatoriais e nas ações prioritárias realizadas. (Incluído pela Lei nº 12.868, de 2013).

³⁵⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. Relatório da subcomissão. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=D4ED052CE42B4DAAC810B0CE2D2F62E2.node1?codteor=1012274&filename=REL+1/2012+CSSF. Acesso em fev. de 2014, p. 14.

³⁶⁰ CARVALHO, Cláudio Viveiros de. *A situação das Santas Casas de Misericórdia*. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/areas-da-conle/tema19/2005_6602.pdf. Acesso em abril de 2015, p. 7.

Como já se afirmou, as Santas Casas são heranças de Portugal, onde foi criada a primeira santa casa do mundo, em Lisboa, no Século XV, e, no ano de 1539, foi fundada em Olinda a primeira Santa Casa de Misericórdia no Brasil³⁶¹. Ratificando a herança católica, as Santas Casas constituem a expressão mais nítida do princípio da solidariedade, haja vista a preocupação com a situação dos enjeitados e marginalizados. Nota-se, em seu início, escopo muito mais assistencial do que terapêutico, uma vez que, nas tradições religiosas, a noção de doar e de servir está entre as mais altas manifestações do espírito.

A tradição religiosa do “terceiro setor” está presente em suas funções de ajuda ao próximo, compartilhamento e preocupação social. Cumpre salientar, ainda, que essas instituições antecipam-se, muitas vezes, às atividades estatais de assistência social e à saúde. Muitas vezes os recursos arrecadados provinham de doações particulares e do próprio Estado colonial, na forma subvenções, isenções fiscais, doação de bens (terras e escravos). As Santas Casas recebiam esses incentivos do Estado, heranças, terras e imóveis e faziam render esses bens por meio de aluguéis e até mesmo empréstimo de dinheiro a juros³⁶².

Conforme consta do livro *Guias de arquivos das Santas Casas*, essas instituições têm basicamente a mesma estrutura, ou seja: (i) mesa administrativa; (ii) provedoria; (iii) capelas; (iv) dependências, tais como entidades de educação, assistência social, cemitérios e funerárias³⁶³. O representante legal dessas entidades é o provedor³⁶⁴.

Com o passar dos tempos e com a evolução do Estado Brasileiro, e da própria sociedade, notaram-se mudanças estruturais na concepção das finalidades das Santas Casas de Misericórdia, e a instituição assistencial cedeu lugar à terapêutica, ainda que sobrevivendo da caridade e voltada para o doente sem recursos³⁶⁵. Com efeito, elas são a expressão mais forte da saúde pública do país e, geralmente, as maiores prestadoras do Sistema Único de Saúde³⁶⁶.

³⁶¹ SANTOS, Manoel Hygino dos. *Santa Casa de Belo Horizonte – Uma historia de amor à vida*. Belo Horizonte, 2010, p. 17.

³⁶² LANDIN, Leilah. *Caminhos da institucionalização, cooperação internacional, Estado e filantropia*. In: NOVAS FACES DA CIDADANIA II. 1997. *Cadernos de pesquisa n° 6*. Disponível em: http://www.cebrap.org.br/v2/files/upload/biblioteca_virtual/caminhos_da_institucionalizacao.pdf. Acesso em: jan. de 2015, p. 59.

³⁶³ KOURY, Yara Aun (Coord.). *Guia dos arquivos das Santas Casas de Misericórdias do Brasil: (fundadas entre 1500 e 1900)*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo PUC- SP/CEDIC: FAPESP; 2004. Vol. I, p. 38.

³⁶⁴ Algumas Santas Casas, como a de Juiz de Fora, têm um Conselho de Administração, e o representante legal é o presidente. (Disponível em: <http://www.santacasajf.org.br/?pagina=irmandade>). Acesso em: jun. de 2015)

³⁶⁵ SANTOS, Manoel Hygino dos. *Santa Casa de Belo Horizonte – Uma historia de amor à vida*. Belo Horizonte, 2010, p. 54.

³⁶⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. Relatório da subcomissão. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=D4ED052CE42B4DAAC810B0CE2D2F62E2.node1?codteor=1012274&filename=REL+1/2012+CSSF. Acesso em fev. de 2014.

Ao longo da história, o subfinanciamento das atividades dessas instituições foi responsável pela acumulação de dívidas, de modo que nos últimos anos, a grande maioria se passou a enfrentar grave crise financeira, tornando-se manchetes de jornal³⁶⁷. A partir dessa situação, foi criada uma subcomissão especial (da Câmara dos Deputados) destinada a analisar e a diagnosticar a situação em que se encontram as Santas Casas³⁶⁸.

Entre 1500 e 1900 foram criadas 110 Santas Casas no país. Por isto se vê que a atuação destas entidades é antiga e foram sempre voltadas para a área da saúde e da assistência social³⁶⁹.

Conforme relatório extraído do sítio do Ministério da Justiça, 165 Santas Casas têm o título de utilidade pública federal³⁷⁰, enquanto duas de importantes cidades do País – a de São Paulo e a do Rio de Janeiro – não constam como certificadas. Quanto à primeira, deve-se ao fato de ser reconhecida como Organização Social³⁷¹; quanto à do Rio de Janeiro, não se encontra na lista. Embora nesse Estado e no Município utilize-se a forma de Organização Social como parceria, não foi encontrada no sítio da Prefeitura qualquer referência à entidade. A Santa Casa de Belo Horizonte, objeto do presente estudo, será tratada no próximo tópico, mas desde já é importante enfatizar que a mesma tem a qualificação de Utilidade Pública nas três esferas governamentais e, para usufruir da imunidade da contribuição social, tem Certificado de Entidade Beneficente e Assistência Social (CEBAS).

³⁶⁷ NERY, Natuza. Governo federal decide perdoar parte da dívida das Santas Casas. Socorro anistiará uma parcela dos débitos de hospitais filantrópicos no país e refinanciará o restante. *Folha de São Paulo*. Brasília. 02 de maio de 2013; NUBLAT, Johanna. Para Santas Casas, perdão da dívida não resolve crise no setor. Anistia atingiria menos de um terço das entidades em São Paulo. *Folha de São Paulo*. Brasília. 03 de maio de 2013; OLIVEIRA, Fátima. Sem misericórdia para com as Santas Casas brasileiras. Vivem passando o pires, sob a alegação que vão fechar. *O Tempo*. Belo Horizonte, 11 de março de 2014. Opinião; SANTOS, Fausto Pereira dos. Falta de Transparência na saúde paulista. *Folha de São Paulo*. São Paulo. 07 de agosto de 2014. Tendências/debates; MARQUES, Jairo. Santa Casa precisa enxugar e mudar de perfil contra a crise. *Folha de São Paulo*. *São Paulo*. 14 de maio de 2015.

³⁶⁸ Cumpre consignar, ainda, que há a frente parlamentar das Santas Casas, liderada pelo Deputado Antônio Brito.

³⁶⁹ Embora as Santas Casas sejam mais conhecidas, na atualidade, por suas atividades hospitalares, seus objetivos e práticas foram muito mais amplos, voltados para o atendimento aos órfãos, às viúvas e mulheres desamparadas, aos velhos, aos presos, aos loucos, aos mendigos, aos mortos indigentes sem possibilidade de enterramento e à assistência espiritual de todas (KOURY, Yara Aun (Coord.)). *Guia dos Arquivos das Santas Casas de Misericórdias do Brasil*: (fundadas entre 1500 e 1900). São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo PUC- SP/CEDIC: FAPESP; 2004, vol. I, p. 29).

³⁷⁰ Disponível em: <http://portal.mg.gov.br/ConsultaEntidades/resultadoconsulta.asp>. Acesso em fev.2015.

³⁷¹ SÃO PAULO. Prefeitura de São Paulo. Secretaria Municipal de Gestão. Disponível em: http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/planejamento/organizacoes_sociais/index.php?p=13877. Acesso em jun. de 2015.

4.4.3 A Santa Casa de Misericórdia de Belo Horizonte

A Santa Casa de Misericórdia de Belo Horizonte foi fundada em 21 de maio de 1899, dois anos após ser criada a Capital planejada, como divulgado pela própria entidade,

Em uma reunião realizada em 1899, foram abertas inscrições para sócios-fundadores e adotadas providências para um empreendimento do alcance social que um hospital filantrópico deveria ter na cidade recém-inaugurada. Uma comissão formada por médicos e engenheiros propôs e aprovou, junto à Prefeitura de Belo Horizonte, o local mais apropriado à edificação. Nascia a Santa Casa BH³⁷².

A criação dessa instituição ocorreu pela carência de assistência médica aos menos favorecidos, principalmente indigentes, e, inicialmente, formou-se a Associação Humanitária da Cidade de Minas³⁷³. Elucidativa a manifestação de Manoel Hygino dos Santos, em seu livro *Santa Casa de Misericórdia, uma história de amor à vida*:

Constituída a Sociedade Humanitária, seus diretores, conselheiros e zeladoras se puseram incontinenti em ação. Trataram da elaboração do Regimento Interno para regulamentação dos Serviços Hospitalares, da escolha de Comissão de médicos e engenheiros para definir o lugar apropriado para construção do edifício do hospital, de estudar a aquisição de medicamentos e produtos farmacêuticos; da convocação das zeladoras a prestação de serviços, coadjuvando os conselheiros em suas funções. Tudo se processava com agilidade, porque havia pressa em ver o estabelecimento funcionando³⁷⁴.

O local – quarteirão onde hoje se encontra o Complexo Hospitalar José Maria Alkmim – foi escolhido por uma comissão de médicos e engenheiros. Como a construção, seria demorada, a urgência da situação levou à criação dos hospitais barracas³⁷⁵. A denominação Santa Casa de Misericórdia de Belo Horizonte efetivou-se a partir de 21 de abril de 1900.

Em 1º de janeiro de 1903, com todas as dificuldades e com ajuda e apoio financeiro da sociedade, do Estado e da Prefeitura, foi inaugurado o primeiro pavilhão. Anote-se que, em 1900, o Prefeito Bernardo Pinto Monteiro autorizou a gestão dos serviços funerários à Santa Casa de Misericórdia de Belo Horizonte.

Sempre fiel ao seu propósito humanitário, a Santa Casa continuou sua trajetória de atender, com carinho e dedicação, aos mais carentes de Belo Horizonte e interior do Estado,

³⁷² SANTA CASA. História. Disponível em: <http://www.santacasabh.org.br/ver/historia.html>. Acesso em: maio de 2015.

³⁷³ SANTOS, Manoel Hygino dos. *Santa Casa de Belo Horizonte – Uma história de amor à vida*. Belo Horizonte, 2010, p. 25.

³⁷⁴ Ibidem, p. 33.

³⁷⁵ Ibidem, p. 33.

provendo esforços para cumprir seus compromissos solidários, conforme relatado por Manoel Hygino. Nessa perspectiva, em 1912, sob a necessidade de uma instituição que acolhesse os idosos, a entidade fundou o Asilo Afonso Pena³⁷⁶.

Em 24 de junho de 1916, foi inaugurada a primeira maternidade da Santa Casa em Belo Horizonte. Passados 6 (seis) anos, em 1922, a entidade, como fiel cumpridora de suas designas, inaugurou a Casa de Saúde São Lucas³⁷⁷. No fim da década de 1940, decidiu-se pela construção do prédio onde hoje são atendidos os pacientes encaminhados pelo SUS e convênios, além de ambulatorios, instalações médicas e administrativas.

Além da assistência à saúde da população carente, desde seu início, a Santa Casa tem como premissa a educação, motivo pelo qual, em 1992, foi fundada a Escola de Enfermagem João Paulo II³⁷⁸. Na mesma década, mais precisamente em 1996, foi criado o plano de saúde Santa Casa Saúde (SCS).

No Século XXI, seguindo sua trajetória imbuída de espírito humanitário, junto a funcionários e fornecedores, mantendo-se atualizada, a Santa Casa funda o Instituto de Ensino e Pesquisa, a Fundação Santa Casa e, por fim, o Centro de Especialidades Médicas.

O mercado de saúde é diferenciado, não se tratando de bens e serviços comuns. Os custos são altos e a profissionalização necessária. Há quem considere as empresas de saúde instituições burocráticas e complexas. No caso do Grupo Santa Casa, em especial, por ser antigo e ter passado por várias mudanças, apresenta uma cultura baseada em valores morais, humanitários, de lutas, haja vista a dificuldade financeira pela qual passa a maioria das instituições filantrópicas, cuja atividade é voltada para a área da saúde.

O contexto da Santa Casa de Misericórdia de Belo Horizonte está baseado na sua filosofia, que reflete a definição das verdades organizacionais. Resta claro que a filosofia está baseada nos valores e crenças da cultura organizacional, e a base do sucesso corporativo está na retenção do valor agregado que criou. Diante disso, é necessário que a mesma se posicione para que todos os interessados possam participar e melhor conhecer seus propósitos baseados no contexto.

Para manter-se no mercado e continuar cumprindo sua finalidade precípua de prestar serviços à população carente da sociedade mineira, com a profissionalização da área de saúde, a instituição centenária acompanhou todas as mudanças e, em 2007, traçou seu

³⁷⁶SANTOS, Manoel Hygino dos. *Santa Casa de Belo Horizonte – Uma historia de amor à vida*. Belo Horizonte, 2010, p. 59.

³⁷⁷Ibidem, p. 59.

³⁷⁸Ibidem, p. 69.

primeiro planejamento estratégico³⁷⁹. Em 2014, no *workshop* “Diretrizes e Orientações para Gestão do Planejamento estratégico”, foi traçado novo planejamento.

Cumpre, pois, ressaltar a missão, a visão e os princípios dessa instituição centenária, cuja missão é promover o bem-estar social por meio do atendimento integral e humanizado à saúde, valorizando nossos profissionais e desenvolvendo educação e pesquisa. A visão consiste em ser reconhecida como referência nacional em gestão e prestação de serviços de saúde³⁸⁰.

Os dados a seguir, extraídos do sítio oficial da instituição, explicitam os princípios definidos e estabelecidos: (i) Transparência – divulgação pública de todas as atividades; (ii) Respeito – Humanização dos procedimentos de trabalho e do atendimento à saúde; (iii) Excelência – Qualificação permanente dos serviços e dos profissionais e dedicação à pesquisa; (iv) Efetividade – Sustentabilidade e crescimento; (v) Ética – Atitude e ética em todas as ações.

A Santa Casa de Misericórdia de Belo Horizonte tem natureza jurídica de associação³⁸¹ e é reconhecida pelo Ministério da Educação (MEC) como hospital de ensino, uma vez que atende aos requisitos da Portaria Interministerial MEC/MS nº 2.400.³⁸² No próximo tópico será demonstrada com maior acuidade a abrangência e as atividades dessa instituição.

4.4.3.1 Abrangência e atividades

O “terceiro setor” é um dos maiores empregadores na Saúde, predominantemente de profissionais da enfermagem, para os quais os hospitais sem fins lucrativos sempre deram atenção especial, por serem um dos eixos fundamentais do sucesso da atenção à saúde de qualidade³⁸³.

³⁷⁹ O planejamento estratégico pode ser definido como o processo gerencial que permite a concentração de esforços.

³⁸⁰ Disponível em: <http://www.santacasabh.org.br/ver/missao-visao-valores.html>. Acesso em jun. de 2015.

³⁸¹ BRASIL. Receita Federal. Cadastro Nacional de pessoas jurídicas. Disponível em: http://www.receita.fazenda.gov.br/pessoajuridica/cnpj/cnpjreva/cnpjreva_solicitacao.asp. Acesso em: jun. de 2015.

³⁸² BRASIL. Ministério da Saúde. Hospital de Ensino. Disponível em: <http://www.brasilsus.com.br/index.php/legislacoes/gabinete-do-ministro/3237-621gm>. Acesso em: jun. de 2015.

³⁸³ BRASIL. Câmara dos Deputados. Relatório da subcomissão. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=D4ED052CE42B4DAAC810B0CE2D2F62E2.node1?codteor=1012274&filename=REL+1/2012+CSSF. Acesso em fev. de 2014, p. 37.

Tabela 1 – Produção de serviços realizados nos estabelecimentos hospitalares em 2011

Descrição	Produção total dos estabelecimentos hospitalares	Produção dos hospitais filantrópicos	% hospitais filantrópicos em relação ao total de estabelecimentos hospitalares
Média complexidade	11.572.641.110,02	4.719.313.163,00	40,7%
Alta complexidade	6.035.565.830,04	3.717.204.410,63	61,59%
FAEC	1.550.125.386,17	885.445.621,42	57,12%
Total	19.158.332.326,233	9.321.963.255,05	48,66%

Fonte: Relatório da Comissão de subcomissão especial da Câmara dos Deputados. BRASIL. Câmara dos Deputados. Relatório da subcomissão. Disponível em:

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=D4ED052CE42B4DAAC810B0CE2D2F62E2.node1?codteor=1012274&filename=REL+1/2012+CSSF. Acesso em fev. de 2014.

De acordo com a Confederação das Santas Casas de Misericórdia, Hospitais e Entidades Filantrópicas (CMB), as instituições que compõem o “terceiro setor” respondem por 35% dos leitos do país e quase metade delas está concentrada na Região Sudeste³⁸⁴.

Embora as atividades preponderantes sejam na área de saúde, durante muitos anos essas entidades prestaram serviço na área de assistência social³⁸⁵. A Santa Casa de Misericórdia de Belo Horizonte, segundo o art. 5º do Estatuto Social, consta até os dias de hoje com a Instituição de Assistência Social (IGAP) e com a Funerária. Até o ano de 2006 mantinha atividades complementares de plano de saúde³⁸⁶.

Na linha de assistência social, que nasce juntamente com a saúde, conforme Maria Luiza Mestriner³⁸⁷, no ano de 1912 foi criado o Asilo Afonso Pena. Atualmente recebe o nome de Instituto Geriátrico Afonso Pena³⁸⁸.

Nos idos de 1944, o Prefeito Juscelino Kubitschek, firmou parceria com a Santa Casa de Misericórdia de Belo Horizonte, formalizada por contrato, a partir do qual a instituição se tornaria responsável pela execução dos serviços funerários no Município, os quais compreendiam fornecimento de caixões, urnas, coroas e flores, transporte e preparo dos

CONFEDERAÇÃO DAS SANTAS CASA DE MISERICÓRDIA, HOSPITAIS E ENTIDADES FILANTRÓPICAS- CMB. BALANÇO SOCIAL. Disponível em:

<http://www.cmb.org.br/index.php/template/publicacoes/balanco-social>. Acesso em maio de 2014.

³⁸⁵ KOURY, Yara Aun (Coord.). *Guia dos Arquivos das Santas Casas de Misericórdias do Brasil*: (fundadas entre 1500 e 1900). São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo PUC (SP)/CEDIC: FAPESP, 2004, vol. I, p. 29.

³⁸⁶ Por uma intervenção da ANS, denominada Direção Fiscal, precisou desmembrar o plano de saúde e criar outra pessoa jurídica, posto que os déficits do hospital estavam refletindo negativamente nas garantias financeiras.

³⁸⁷ Sobre o tema, MESTRINER, Maria Luiza. *O Estado entre a filantropia e a assistência social*. 4ª ed. São Paulo: Cortez, 2011, p. 41; “Criadas com preocupações caritativa e beneficente, as obras pias, localizadas junto a conventos e igrejas católicas, ampliaram-se de forma acelerada nos séculos seguintes. Inicialmente procuraram apenas abrigar necessitados, sem separá-los e classificá-los, medida posterior que vai confundir assistência e repressão”.

³⁸⁸ SANTA CASA, disponível em: <http://www.santacasabh.org.br/ver/apresentacao-8.html>. Acesso em: jun. de 2015.

corpos. Em contrapartida, a Santa Casa se responsabilizou pelo sepultamento dos indigentes e carentes falecidos³⁸⁹.

Somam-se às atividades desenvolvidas pela Santa Casa de Misericórdia de Belo Horizonte as voltadas ao ensino, como o Hospital de Ensino. Além dos incentivos financeiros, a mesma recebe médicos residentes e especializando em seu quadro de profissionais. A instituição mantém, além dos cursos de especialização e residência médica, curso técnico em enfermagem, programas de pós-graduação *lato e stricto sensu*³⁹⁰. No que tange à saúde – sua atividade preponderante – o maior projeto desenvolvido em conjunto com a Prefeitura foi o denominado 1000 leitos SUS, no qual se comprometeu a manter 100% dos leitos do Hospital Central para atendimento de pacientes vindos desse sistema.

Segundo informações divulgadas no sítio da instituição, em números, a Santa Casa apresenta os seguintes dados:

Essa ‘cidade hospitalar’ realiza por dia cerca de 120 internações. Deste total, 24 são admissões em UTI. Pacientes de 608 municípios mineiros - de um total de 853 - foram admitidos em 2014 para internação clínica e cirúrgica, incluindo cirurgias em regime de hospital-dia (para mais de 71% das cidades), confirmando sua importância no atendimento hospitalar de Minas Gerais.

Em média, são realizadas mensalmente 4.256 consultas, 1.470 cirurgias, 129 mil exames e 300 partos. Tudo isso sem contar o trabalho desenvolvido pelo Centro de Especialidades Médicas SCBH, unidade pertencente ao Grupo Santa Casa BH que também atende usuários do SUS e realiza 19 tipos de exames e pequenas cirurgias ambulatoriais, contabilizando cerca de 54 mil atendimentos mensais.

Para essa ‘cidade’ funcionar, o Grupo SCBH conta com o trabalho de cerca de 5 mil funcionários, divididos entre as áreas administrativa, de suporte e assistencial³⁹¹.

4.4.3.2 Fomento

A administração pública municipal tem um contrato de prestação de serviço com a Santa Casa de Misericórdia de Belo Horizonte, com fomento direto ou repasse financeiro. Faz parte desse contrato, conforme dito acima, o plano operativo anual no qual constam todos os convênios estabelecidos com a Santa Casa.

Tal fato ocorre devido à organização do sistema de saúde atualmente. A NOB estabeleceu regras para a Gestão Plena³⁹², de modo que toda a porta de entrada ocorre por

³⁸⁹ BECHARA, Daniel Michel de Souza. Peculiaridades do contrato de prestação de serviços funerários em Belo Horizonte. In: CASTRO, Dayse Starling Lima (coord.). *Direito Público: constitucional, processo constitucional, administrativo eleitoral, previdenciário tributário*. Belo Horizonte: PUC Minas, Instituto de Educação Continuada, 2008, p. 746-753, p. 747.

³⁹⁰ SANTA CASA, disponível em: <http://www.santacasabh.org.br/ver/apresentacao-8.html>. Acesso em jun. de 2015.

³⁹¹ SANTA CASA, disponível em: <http://www.santacasabh.org.br/ver/apresentacao-8.html>. Acesso em jun. de 2015.

meio do Município: todos os convênios existentes – na esfera municipal ou não – serão de conhecimento do Município, sendo que os prestadores deverão fazer a prestação de contas ao Município de Belo Horizonte.

A Santa Casa tem ainda o Certificado de Entidade Beneficente e Assistência Social, razão pela qual a instituição é imune aos impostos e às contribuições para a seguridade social. Isso significa dizer que a instituição recebe incentivos diretos e indiretos, além de doações de particulares. Recentemente foi criada – a exemplo do que ocorre no Hospital da Baleia e no Instituto Mario Pena – a central de doações, que pode ser acessada pelo link <http://www.santacasabh.org.br/ver/central-de-doacoes.html>.

4.4.3.3 Situação econômico-financeira

Segundo o relatório da subcomissão especial,

A força do setor filantrópico pode ser constatada pelos números que apontam a existência de cerca de 2.100 estabelecimentos hospitalares privados sem fins lucrativos (filantrópicos), com mais de 155.000 leitos, correspondendo a 31% do total do Brasil. Deste total, cerca de 130.000 são mantidos pelo Sistema Único de Saúde (SUS). Ademais, o segmento superou a casa dos 7,5 milhões de internações, das quais o SUS responde por mais de 5 milhões, o que perfaz a cerca de 45% do total de internações realizadas anualmente em seu âmbito.

Por sua vez, a análise mais refinada do gasto federal com as internações, por tipo de prestador e complexidade da assistência, aponta que o segmento sem fins lucrativo responde pelo maior volume das cirurgias oncológicas, neurológicas, transplantes e outras de alta complexidade realizadas no âmbito do Sistema.

Outro aspecto a ser considerado é o crescimento relativo do papel e da responsabilidade dos segmentos filantrópico e público, tendo em vista o comportamento do setor privado lucrativo, que nos últimos anos vem reduzindo sua participação no total de internações do SUS, que já foi de 19%, em 2004, caiu para a casa dos 10%, em 2011. (Ver quadro Internações SUS (2004 a 2011) apresentado à Subcomissão pela CMB)³⁹³.

Do quadro acima, tabela 1, vê-se que mais de 1/3 das internações SUS é de responsabilidade das entidades sem finalidade lucrativa, evidenciando a inegável importância desse segmento para a saúde pública do Brasil. Com o passar do tempo, essa importância foi

³⁹² A sistemática da Norma Operacional Básica do SUS será melhor detalhada no item 4.5. Contudo, cumpre consignar que o ideal da NOB 96 é a mudança no modelo de atenção à saúde no Brasil, a partir da responsabilização do gestor da atenção básica à saúde dos municípios, conforme previsto nos arts. 30 e 32 da Constituição Federal. Assim, “o município passa a ser, de fato, o responsável imediato pelo atendimento das necessidades e demandas de saúde do seu povo e das exigências de intervenções saneadoras em seu território”. (Norma Operacional Básica do Sistema Único de Saúde/NOB- SUS 96 – Brasília: Ministério da Saúde, 1997. p. 9. Disponível em: http://bvsm.sau.gov.br/bvs/sau/legis/gm/1996/prt2203_05_11_1996.html. Acesso em mar. de 2015.

³⁹³ BRASIL. Câmara dos Deputados. Relatório da subcomissão. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=D4ED052CE42B4DAAC810B0CE2D2F62E2.node1?codteor=1012274&filename=REL+1/2012+CSSF. Acesso em fev. de 2014.

expressando-se através das inúmeras ações de recuperação das Santas Casas, como a criação da Frente Parlamentar e a recente edição da lei nº12.873/2013, denominada PROSUS, que instituiu o Programa de fortalecimento e recuperação das Santas Casas e Hospitais sem finalidade lucrativa.

O direito à saúde, que era relegado à sorte do indivíduo, na seara dos direitos sociais de primeira dimensão, passou a ser direito fundamental, garantido pela Constituição Federal, que prevê a saúde é direito de todos e dever do Estado, restando positivado com a promulgação da Constituição de 1988.

Restou ainda positivado, no mesmo Texto, a criação do Sistema Único de Saúde bem como a atuação em caráter complementar das entidades sem finalidade lucrativa (§1º do art. 199 da CR/1988). Da mesma forma que o direito à saúde é fundamental, o direito à livre associação também o é. Desse modo, esse dispositivo reforça o sentimento de importância que se dá às entidades sem finalidade lucrativa, que podem assumir a forma de associação ou fundação.

No Brasil, a forma de relação mais antiga, tradicional e, possivelmente, ainda a mais institucionalizada entre Estado e “terceiro setor” é a parceria firmada entre as Santas Casas, na saúde, as quais detêm historicamente relevante papel na assistência hospitalar³⁹⁴. Nos dias atuais, esse segmento responsabiliza-se por cerca de 1/3 da capacidade instalada hospitalar, além de apresentar amplitude geográfica e capilaridade de rede (único estabelecimento de saúde em municípios de pequeno porte) que o credencia a cumprir papel de relevo nas políticas públicas de universalização do acesso aos serviços de saúde.

Com a evolução do Estado Brasileiro e da própria sociedade, notam-se mudanças estruturais na concepção das finalidades das Santas Casas de Misericórdia, de forma que a instituição assistencial cede lugar à terapêutica. Apesar disso, ela não abandona sua função precípua, continuando voltada ao doente carente. De fato, expressão mais forte da saúde pública do país, elas são hoje os maiores prestadores do Sistema Único de Saúde.

Na atualidade, essas instituições têm enfrentado problemas econômico-financeiros, necessitando do auxílio da própria administração pública para manterem-se como prestadora de serviço. A Lei nº 12.873/2013 instituiu o Programa de Fortalecimento das Entidades Privadas Filantrópicas e das Entidades sem Fins Lucrativos que Atuam na Área da Saúde e que Participam de Forma Complementar do Sistema Único de Saúde – PROSUS.

³⁹⁴ BRASIL. Câmara dos Deputados. Relatório da subcomissão. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=D4ED052CE42B4DAAC810B0CE2D2F62E2.node1?codteor=1012274&filename=REL+1/2012+CSSF. Acesso em fev. de 2014.

Com a finalidade de auxiliar na recuperação financeira das entidades sem finalidade lucrativa e promover a recuperação de créditos tributários e não tributários devidos à União³⁹⁵, esse programa permite às entidades solicitar, até noventa dias após o deferimento do pedido de adesão, moratória das dívidas em até 180 meses, junto à Secretaria da Receita Federal do Brasil e à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

O programa contemplou entidades em grave situação econômico-financeira, cujo montante das dívidas tributárias e previdenciárias, em 31 de dezembro de 2012, fosse igual ou superior a 15% da sua receita bruta no mesmo ano ou cujo montante das dívidas tributárias e previdenciárias, somando-se às dívidas com instituições financeiras, também em 31 de dezembro de 2012, fosse igual ou superior a 30% da sua receita bruta no mesmo ano³⁹⁶.

Ao aderir ao PROSUS, as entidades tinham que, entre outras exigências, apresentar um plano que comprovasse sua capacidade econômica e financeira, garantindo a manutenção das suas atividades, além de oferta adicional de serviços ao SUS em percentual não inferior a 5% ao ofertado em 2012³⁹⁷.

³⁹⁵ Art. 24. O Prosus tem as seguintes finalidades:

- I - garantir o acesso e a qualidade de ações e serviços públicos de saúde oferecidos pelo SUS por entidades de saúde privadas filantrópicas e entidades de saúde sem fins lucrativos;
- II - viabilizar a manutenção da capacidade e qualidade de atendimento das entidades referidas no art. 23;
- III - promover a recuperação de créditos tributários e não tributários devidos à União; e
- IV - apoiar a recuperação econômica e financeira das entidades de saúde privadas filantrópicas e das entidades de saúde sem fins lucrativos.

³⁹⁶ Art. 26. O PROSUS aplica-se às entidades de saúde privadas filantrópicas e às entidades de saúde sem fins lucrativos que se encontrem em grave situação econômico-financeira, mediante a concessão de moratória e remissão das dívidas vencidas no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil e da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observadas as condições previstas nesta Lei.

§ 1º Considera-se em grave situação econômico-financeira a entidade privada filantrópica ou a entidade sem fins lucrativos cuja razão entre:

- I - a dívida consolidada no âmbito da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e da Secretaria da Receita Federal do Brasil, em 31 de dezembro de 2013, e a receita bruta aferida no ano de 2013 seja igual ou superior a 15% (quinze por cento); ou
- II - a dívida consolidada no âmbito da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e da Secretaria da Receita Federal do Brasil, em 31 de dezembro de 2013, adicionada à dívida existente para com as instituições financeiras, públicas ou privadas, também em 31 de dezembro de 2013, e a receita bruta aferida no ano de 2013 seja igual ou superior a 30% (trinta por cento).

§ 2º Para apuração do percentual de que tratam os incisos I e II do § 1º, as dívidas ainda não constituídas no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil poderão ser informadas pelas entidades de saúde ao Ministério da Saúde.

³⁹⁷ Art. 27. São requisitos para adesão da entidade de saúde privada filantrópica e da entidade de saúde sem fins lucrativos ao PROSUS, além da comprovação da grave situação econômico-financeira: [...]

- IV - apresentação de plano que comprove a capacidade de manutenção das atividades, contemplando destacadamente os recursos destinados ao pagamento dos tributos devidos a partir da concessão da moratória de que trata o art. 37; e

- V - apresentação de relação de dívidas para com as instituições financeiras.

Art. 32. A manutenção da entidade de saúde privada filantrópica e da entidade de saúde sem fins lucrativos no PROSUS é condicionada ao cumprimento, cumulativo, dos seguintes requisitos:

- I - execução do plano de recuperação econômica e financeira;

Para tanto, o pedido de moratória foi acompanhado de autorização ao gestor local do SUS para a retenção mensal para fins de pagamento das obrigações tributárias correntes³⁹⁸. O montante do recolhimento dos tributos correntes efetuados anualmente implicará remissão do mesmo valor das dívidas incluídas na moratória a que a entidade faz jus. Pautado em uma moratória³⁹⁹ com remissão⁴⁰⁰, esse programa dá direito, a cada ano de pagamento do tributo corrente, ao perdão do valor respectivo. Segundo informação extraída do sítio do Ministério da Saúde:

II - recolhimento regular e espontâneo das obrigações tributárias federais correntes, devidas a partir do mês seguinte ao da data da publicação do deferimento do pedido de adesão à moratória, inclusive as retenções legais na condição de responsável tributário na forma da lei;

III - atendimento das demais condições estabelecidas pelo Ministério da Saúde;

IV - adimplemento do contrato, convênio ou instrumento congênere firmado com o gestor local do SUS e das regras fixadas no âmbito do SUS para a prestação de serviços a serem executados no âmbito do PROSUS; e

V - incremento da oferta da prestação de serviços ao SUS de, no mínimo, 5% (cinco por cento) do montante já ofertado, com referência no ano de 2013.

³⁹⁸ Art. 38. O pedido de moratória deverá vir acompanhado de autorização do gestor local do SUS para a retenção mensal pela União, para fins de pagamento das obrigações tributárias correntes, de valores do Fundo Nacional de Saúde que lhe seriam destinados para fins de repasse à entidade de saúde privada filantrópica ou à entidade de saúde sem fins lucrativos que requereu adesão ao PROSUS.

§ 1º Concedida a moratória, seus efeitos ocorrerão a partir do primeiro dia do mês seguinte ao do pedido.

§ 2º A concessão da moratória prevista no PROSUS não gera direito adquirido, tampouco implica a liberação dos bens e direitos da entidade de saúde privada filantrópica ou a entidade de saúde sem fins lucrativos ou de seus controladores, administradores, gestores e representantes legais que tenham sido constituídos em garantia dos respectivos créditos tributários e não tributários.

§ 3º A exclusão da entidade de saúde privada filantrópica ou da entidade de saúde sem fins lucrativos do PROSUS importa revogação da moratória concedida e autoriza o imediato restabelecimento da cobrança de toda a dívida tributária e não tributária remanescente, com todos os seus acréscimos legais.

Art. 39. A partir da concessão da moratória, o recolhimento das obrigações tributárias correntes devidas pelas entidades de saúde privadas filantrópicas ou pelas entidades de saúde sem fins lucrativos será operacionalizado mediante retenção de cotas do Fundo Nacional de Saúde a serem destinadas ao gestor local do SUS para posterior repasse à entidade respectiva, conforme autorizado pelo gestor local do SUS.

§ 1º Enquanto não operacionalizada a retenção, o recolhimento das obrigações deverá ser promovido pela entidade de saúde por intermédio de documento de arrecadação próprio.

§ 2º No mês em que o valor da retenção a que se refere o caput não for suficiente para solver o montante dos tributos correntes, o sujeito passivo deverá promover o seu recolhimento na forma disciplinada em ato da Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Art. 40. O montante recolhido anualmente a título de tributos correntes implicará remissão, no mesmo valor, das dívidas incluídas na moratória.

§ 1º A remissão será feita na seguinte ordem:

I - débitos inscritos em Dívida Ativa da União; e

II - débitos no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil.

§ 2º No âmbito de cada órgão, serão remetidos, primeiramente, os débitos mais antigos.

§ 3º O pagamento do tributo efetuado antes ou após a publicação desta Lei em nenhuma hipótese autoriza a repetição de valores.

§ 4º Considera-se ocorrida a remissão no mês seguinte ao término do período anual de recolhimento a que faz menção o caput.

§ 5º Para fins de cálculo do montante a ser remitido, não incidirão juros ou correção monetária sobre os valores recolhidos a título de obrigação tributária corrente.

³⁹⁹ Nas palavras de Ricardo Lobo Torres: “A moratória é o alargamento dos prazos para cumprimento da obrigação tributária.” (TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 287).

⁴⁰⁰ Ainda Ricardo Lobo Torres sobre a remissão “[...] é o perdão do crédito tributário pela Administração, previamente, autorizado por lei.” (TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 301).

O Ministério da Saúde aprovou o primeiro pedido de adesão ao Programa de Fortalecimento das Santas Casas e hospitais filantrópicos (PROSUS). A unidade beneficiada é a Santa Casa de Misericórdia de Belo Horizonte, que fez adesão ao programa e apresentou seu plano de estabilidade financeira e de atendimento ao Ministério da Saúde. Com isso, o hospital referência em procedimentos de média e alta complexidade, na capital mineira, poderá parcelar débitos com a União, e em contrapartida, deverá ampliar em 5% o atendimento à população. A decisão foi publicada no Diário Oficial da União desta terça-feira (05).

A Santa Casa de Misericórdia de Belo Horizonte foi um dos 259 hospitais filantrópicos que fizeram a adesão ao PROSUS até 09 de julho. O programa de renegociação das dívidas integra uma série de medidas criadas, no final do ano passado, pelo governo federal para desafogar a crise financeira das Santas Casas do país. Na prática, significa que a cada real pago em dívidas de tributos, outro é abatido. A negociação também permite à entidade retirar a Certidão Negativa de Débito (CND), permitindo a contratação de empréstimos, financiamentos para ampliação de serviços e modernização de infraestrutura. [...]

Atualmente, a Santa Casa de Belo Horizonte é responsável pela assistência em 36 serviços como transplante, cirurgia e hemodiálise, em mais de mil leitos do SUS, sendo 185 de Unidade de Terapia Intensiva (UTI). O Ministério da Saúde repassa R\$ 128,3 milhões ao ano em produção e outros R\$ 60,6 milhões anuais em incentivos federais à Santa Casa de Belo Horizonte. Com a aprovação do PROSUS, a entidade filantrópica deverá ampliar a oferta em assistência em 5%, passando a realizar 30 mil novos atendimentos e internações⁴⁰¹.

Nota-se o esforço mútuo do Poder Público e das entidades para continuar prestando os serviços prestacionais sociais. A Santa de Misericórdia de Belo Horizonte aderiu ao supramencionado programa e, por meio da portaria nº 669, de 04 de agosto de 2014, requereu, no mês de novembro, o pedido de moratória, que foi deferido, culminando na regularização fiscal da entidade com a administração pública.

4.5 A SANTA CASA DE MISERICÓRDIA E A PARCERIA COM O MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE

4.5.1 A declaração de utilidade pública e a Santa Casa de Misericórdia de Belo Horizonte

Considerando a escassez de material existente na doutrina sobre o tema, a grande maioria das informações foi obtida por meio do sítio oficial da instituição. A Santa Casa recebeu o título de Utilidade Pública Federal por meio da Lei nº 47.778⁴⁰², de 09/02/1960. Esse título é o reconhecimento da União aos relevantes serviços prestados pelas associações e

⁴⁰¹ BRASIL. Ministério da Saúde. Notícias Santa Casa tem pedido de renegociação de dívida aprovado. Disponível em < <http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/principal/agencia-saude/14167-santa-casa-tem-pedido-de-renegociacao-de-divida-aprovado>>: Acesso em: agosto.2014.

⁴⁰² BALANÇO SOCIAL. Santa Casa de Misericórdia de Belo Horizonte. Minas Gerais. Disponível em: http://www.santacasabh.org.br/files/downloads/relatorio_gestao_2014.pdf. Acesso em jun. de 2015.

fundações constituídas no País, que servem desinteressadamente à sociedade, motivo pelo qual Alberto Shinji denomina essa qualificação como fomento de caráter honorífico:

A outorga de títulos jurídicos às organizações do Terceiro Setor no Brasil, a par das lições de Jordana de Pozas, tinha inicialmente o caráter de fomento honorífico, como, por exemplo, o título de Utilidade Pública Federal, cujo art. 3º da Lei nº 91/35 nega expressamente qualquer direito decorrente da concessão, exceto o de garantir o uso exclusivo de emblemas, flâmulas, bandeiras ou distintivos próprios, devidamente registrados no Ministério da Justiça, e da menção do título concedido⁴⁰³.

A respeito deste título se manifesta Damião Azevedo:

A mais antiga qualificação federal destinada a organizações civis é o título de utilidade pública. Apesar de criado pela Lei nº 91/35, antes dessa lei já era conferido a certas tanto pelo Executivo quanto pelo legislativo. Não havendo requisitos para concessão, ela dependia unicamente da vontade das autoridades públicas⁴⁰⁴.

Para entender o título, há três importantes passagens a serem ressaltadas: (i) a mais antiga qualificação federal, (ii) conferido antes da lei, (iii) dependendo da vontade das autoridades públicas. Tais características cercam, de certo modo, essa qualificação até os dias de hoje e devem ser aplicadas para a averiguação da “utilidade pública” para a Santa Casa. Isso porque as parcerias estabelecidas entre essas instituições e o Estado, além de antecederem qualquer espécie de qualificação, dependiam da vontade das autoridades públicas, uma vez que o dirigente – denominado provedor – não raro era proveniente de famílias da elite colonial.

A Lei nº 91/1935, que disciplinou o título, é federal, razão pela qual tanto o Município quanto o Estado deverão publicar as suas respectivas leis. Para requerer o título de utilidade pública federal, as pessoas jurídicas de direito privado sem finalidade lucrativa, que exerçam atividade de prestação de serviços sociais, deverão comprovar funcionamento de, no mínimo, três anos de atividade. O pedido formulado ocorre perante o Ministério da Justiça. Para requerer a declaração de UPF, a entidade interessada deverá atender aos requisitos da Lei nº 91/35, regulamentada pelo Decreto nº 50.517/61.

Como demonstrado nos itens anteriores, embora as parcerias estabelecidas no âmbito da saúde sejam antigas, durante muito tempo, elas foram estabelecidas sem forma específica, sem que a Administração pública e a iniciativa privada reconhecessem tal vínculo,

⁴⁰³ HIGA, Alberto Shinji. *Terceiro Setor: da responsabilidade civil do Estado e do agente fomentado*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 161.

⁴⁰⁴ AZEVEDO, Damião Alves. *Publico não estatal? A cooperação entre o Estado e a sociedade civil em busca da legitimidade*. In: PEREIRA, Claudia Fernanda de Oliveira (coord.). *O Novo direito administrativo brasileiro: o público e o privado em debate*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, vol. 2, p. 289-317, p. 291.

notadamente, porque essas entidades iniciaram suas atividades juntamente com a formação do Estado Brasileiro.

A alínea “d”, do art. 2º, do Decreto nº 50.517/61, que dispõe sobre a declaração de utilidade pública federal, prevê que, nos pedidos de declaração, deve ser provado pelo requerente o requisito de que não são remunerados, por quaisquer formas, os cargos de diretoria e de que não são distribuídos lucros, bonificados ou vantagens a dirigentes, mantenedores ou associados, sob nenhuma forma ou pretextos.

No que tange ao título de Utilidade Pública Estadual, a mesma foi disciplinada somente no ato de 1998 e recebeu o nº 12. 972. A Lei que conferiu o título à Santa Casa de Belo Horizonte é de nº 11.127⁴⁰⁵, de 07/07/1993. Os requisitos que devem ser preenchidos pelas entidades sem finalidade lucrativa interessadas estão previstos no art. 1º dessa lei. As entidades devem estar em funcionamento há mais de um ano. O título é conferido por Lei e o pedido deve ser dirigido à Assembleia Legislativa.

A declaração de Utilidade Pública Municipal é feita por decreto, com ofício do Prefeito ou atendendo à indicação de vereadores. O Prefeito deve baixar o decreto no prazo de 15 dias contados do recebimento da indicação dos Vereadores, somente podendo deixar de fazê-lo caso algum requisito previsto na lei não seja atendido⁴⁰⁶.

O sítio da Assembleia do Estado de Minas Gerais mostra que, antes da promulgação da Constituição Federal, a parceria era firmada diretamente entre o Município de Belo Horizonte e a Santa Casa, havendo repasse de verbas e doação de terrenos⁴⁰⁷. A despeito de a Lei Federal de Utilidade Pública 6.648 ter sido publicada no ano de 1935, somente em 27 de maio de 1994 o Município de Belo Horizonte sancionou-a, de modo que a Santa Casa foi reconhecida de Utilidade Pública Municipal pelo Decreto nº 6.270⁴⁰⁸, de 24/11/1992. Nesse longo lapso temporal entre a regulamentação da legislação federal pela legislação municipal, a legislação utilizada era a federal.

Conforme destacado no sítio da prefeitura, e já afirmado anteriormente, o título de Utilidade Pública garante às entidades, associações civis e fundações o reconhecimento como

⁴⁰⁵ BALANÇO SOCIAL. Santa Casa de Misericórdia de Belo Horizonte. Minas Gerais. Disponível em: http://www.santacasabh.org.br/files/downloads/relatorio_gestao_2014.pdf. Acesso em jun. de 2015.

⁴⁰⁶BELO HORIZONTE. Título de utilidade pública. Disponível em: <http://portalpbh.pbh.gov.br/pbh/ecp/comunidade>. Acesso em mar. de 2015.

⁴⁰⁷Para análise desses dados, foram consultadas as publicações em nome da entidade. MINAS GERAIS. Assembleia Legislativa. Disponível em:

http://www.almg.gov.br/busca/busca_geral.html?abaSelecionada=legislacao&submitPrincipal=submitPrincipal&busca=+santa++casa+de+miseric%C3%B3rdia+de+belo+horizonte&selectboxCategoria=legislacao. Acesso em jun. de 2015.

⁴⁰⁸ BALANÇO SOCIAL. Santa Casa de Misericórdia de Belo Horizonte. Minas Gerais. Disponível em: http://www.santacasabh.org.br/files/downloads/relatorio_gestao_2014.pdf. Acesso em jun. de 2015.

instituições sem fins lucrativos prestadoras de serviços à sociedade, sob as exigências de funcionamento da instituição há pelo menos dois anos e de não remuneração dos dirigentes.

Após a criação do SUS, em 1988, a parceria com o Município ganha importância, haja vista o princípio da descentralização da gestão dos serviços, que Monica Viegas define como a “municipalização da saúde”⁴⁰⁹, tratada no item 4.5.2.

Quadro 7- Comparativo das exigências para qualificação dos títulos de utilidade pública dos três entes federados

Lei	Lei nº 91/35	Lei nº 12.972/98	Lei nº 6.648/94
Ente Federado	Título de Utilidade Pública Federal	Título de Utilidade Pública Federal Estadual	Título de Utilidade Pública Federal Municipal
Requerimento	Ministério da Justiça	Assembleia Legislativa	Câmara Municipal
Tempo de atuação	3 anos	1 ano	1 ano
Renovação	Anualmente	Não há	Não há
Forma de declaração	Lei	Lei	Decreto

Fonte: pesquisa direta a partir da legislação editada sobre o assunto e bibliografia.

Uma das maiores entidades sem finalidade lucrativa na área da saúde do país, a Santa Casa de Misericórdia de Belo Horizonte atualmente disponibiliza 1093 leitos ao SUS⁴¹⁰. Como neste capítulo o escopo foi demonstrar a relação existente entre o Município de Belo Horizonte com seu maior prestador de serviço de saúde, será tratado, a seguir, o instrumento de parceria, que é um contrato de prestação de serviço.

4.5.2 A parceria com o Município de Belo Horizonte

Neste tópico será tratada a parceria estabelecida entre a Santa Casa de Misericórdia de Belo Horizonte e o respectivo Município. Esta tratativa, segundo Mônica Viegas, se dá no âmbito municipal, haja vista as diversas “[...] particularidades dos bens e serviços de saúde e o desenho da sistemática institucional brasileira, no qual a responsabilidade pela gestão e provisão dos serviços é compartilhada entre as três esferas de governo”.

Dispondo sobre o direito à saúde, regulamentado pela Lei 8.080/90, a Constituição Federal prevê ainda a descentralização, que tem como objetivo aproximar o

⁴⁰⁹ VIEGAS, Monica. A Saúde em Belo Horizonte. VIEGA, Monica (coord.). Disponível em: <http://pesquisa.bvs.br/brasil/?lang=pt&q=au:%22Andrade,%20Monica%20Viegas%22>. Acesso em jun. de 2015, p. 4.

⁴¹⁰ BALANÇO SOCIAL. Santa Casa de Misericórdia de Belo Horizonte. Minas Gerais. Disponível em: http://www.santacasabh.org.br/files/downloads/relatorio_gestao_2014.pdf. Acesso em jun. de 2015.

gestor da sociedade⁴¹¹. Essas normas explicitam, portanto, a participação do particular de forma complementar. A operacionalização dessa descentralização se dará com a Norma Operacional Básica (NOB) nº 96 do Sistema único de Saúde (SUS), a qual dispõe que cada ente federado tem uma responsabilidade, e que a gestão do sistema municipal é exclusiva dessa esfera do governo⁴¹². Conforme Monica Viegas, essa norma apresentou ainda as formas de gestão municipal: gestão plena de atenção básica e gestão plena do sistema municipal⁴¹³.

Com 59 municípios habilitados na gestão plena, entre os quais a cidade de Belo Horizonte, o Estado de Minas Gerais passa a responder pela atenção primária, secundária e terciária, recebendo recursos diretamente do governo federal⁴¹⁴. Outra consequência que decorre dessa gestão plena é o fato de que toda a porta de entrada se dará por ela, de forma que a Santa Casa dispõe de um instrumento jurídico com o município – o Plano Operacional Anual (POA) –, que faz parte dos “acordos administrativos” estabelecidos.

A solicitação dos instrumentos de parceria⁴¹⁵ foi feita no setor de faturamento da instituição, disponibilizado pela gerente Ana Paula De Felippo, e a conferência dos mesmos aconteceu nos extratos publicados no Diário Oficial do Município – DOM⁴¹⁶. Foram analisados os últimos contratos vigentes, cuja parte é a Santa Casa de Misericórdia de Belo Horizonte e o objeto é prestação de serviços médico-hospitalares, em complementariedade ao SUS⁴¹⁷. Haja vista a cláusula de confidencialidade que mantém os contratos, serão reproduzidos, na presente pesquisa, apenas os dados que interessam a este estudo, ou seja, se consta em algum deles exigências para a qualificação da instituição de título de utilidade pública.

⁴¹¹ VIEGAS, Monica. A Saúde em Belo Horizonte. VIEGA, Monica (coord.). Disponível em: <http://pesquisa.bvs.br/brasil/?lang=pt&q=au:%22Andrade,%20Monica%20Viegas%22>. Acesso em jun. de 2015, p. 11.

⁴¹² BRASIL. Ministério ⁴¹² VIEGAS, Monica. A Saúde em Belo Horizonte. VIEGA, Monica (coord.). Disponível em: <http://pesquisa.bvs.br/brasil/?lang=pt&q=au:%22Andrade,%20Monica%20Viegas%22>. Acesso em jun. de 2015, p. 11.

⁴¹³ *Ibidem*, p. 12.

⁴¹⁴ MINAS GERAIS. Secretaria estadual de saúde. Disponível em: http://www.saude.mg.gov.br/index.php?option=com_gmg&controller=document&id=265-municipios-habilitados-em-gestao-plena-de-sistema-municipal-gpsm-sesmg. Acesso em: abril de 2015.

⁴¹⁵ Estão sendo chamados de instrumentos jurídicos, pois nos documentos analisados ora eram denominados convenio, ora eram denominados contrato global.

⁴¹⁶ BELO HORIZONTE. Diário Oficial do Município. Disponível em:

<http://portal6.pbh.gov.br/dom/pesquisaCidadao.do?method=Pesquisar>>. Acesso em abril de 2015.

⁴¹⁷ Isso porque a funerária tem convênio com hospitais públicos para instalar posto nos respectivos estabelecimentos, portanto o objeto é diverso, ou seja, serviços funerários. Além disso, o Centro de Especialidades Médicas, que é uma filial da Santa Casa, dispõe de instrumento jurídico que o habilita à prestação de serviços ambulatoriais, bem como a Maternidade Hilda Brandão, e vários incentivos, tais como hospital de ensino, PROHOSP, Rede Gekonha.

Foram analisados instrumentos jurídicos de 3 (três) épocas distintas, iniciando pelo ano de 2005, cujo objeto é a prestação de serviço médico-hospitalares:

- Termo de compromisso, publicado em 2005, cujo objeto é a regularização e legalidade de prestações de serviços no âmbito do SUS, com três aditivos, cujo objeto é a prorrogação;
- Convênio de prestação de serviço ao SUS, assinado em 2008, com vigência de um ano, e dois aditivos, cujo objeto é a prorrogação;
- Contrato global, assinado em 2011, com vigência de 5 anos.

Desses “acordos administrativos” analisados, restaram constatados em todos eles pontos de interseção, ou seja, cláusulas com o mesmo sentido, de prestação de serviços médicos hospitalares, metas e compromissos por parte da Santa Casa, bem como o plano operativo anual. Em contrapartida, em nenhum deles restou constatada a exigência de a instituição ser qualificada com o título de utilidade pública.

Esse último documento analisado, do ano de 2011, é o ajuste vigente, que determina à Santa Casa de Misericórdia de Belo Horizonte, para o quinquênio em curso, com o Município de Belo Horizonte, contrato de prestação de serviço, denominado contrato global, que prevê, além das metas a serem cumpridas, os valores dos procedimentos: ultrapassando-se um limite máximo, será pago valor fixo.

A quarta cláusula do contrato estabelece as condições gerais, as obrigações que deverão ser observadas na prestação de serviços, como acesso preferencialmente pelas unidades básicas de saúde, encaminhamento de usuários pela rede de referência e contrarreferência, gratuidade das ações e dos serviços executados no âmbito do contrato, atendimento humanizado, estabelecimento de metas e indicadores de qualidade para todas as atividades.

A cláusula quinta estabelece obrigações, algumas comuns entre as partes, tais como a criação de mecanismos para inserção de alunos e profissionais de saúde na rede de atenção integral à saúde da secretaria municipal, criação de mecanismos para assegurar as referências de atividades de atenção básica, considerando a pactuação local, elaboração de protocolos técnicos de encaminhamento para ações de saúde, e elaboração do POA.

A cláusula sexta estabelece a obrigação de elaboração do POA, que deverá conter: todas as condições e serviços objeto do contrato, estrutura tecnológica e capacidade instalada, definições de metas físicas das internações hospitalares e atendimentos, metas de qualidade, descrição da atividade de ensino e pesquisa e recursos financeiros.

As demais cláusulas preveem a prestação de contas, instrumentos de controle, rescisão, penalidades, e a obrigação de publicar o instrumento jurídico.

A Santa Casa é credenciada como hospital geral, por isso a rede cegonha e a rede de atenção às urgências fazem parte dos incentivos do contrato⁴¹⁸, sendo ainda reconhecida como hospital de ensino. Um projeto importante é o “1000 leitos SUS” e o PROHOSP, cujo valor é repassado pela municipalidade, a despeito de ser incentivo estadual.

Atualmente o vínculo jurídico estabelecido entre a Santa Casa de Belo Horizonte e o respectivo Município é o contrato de prestação de serviço, que tem como base legal o art. 199 da Constituição Federal e o art. 24 da Lei Orgânica da Saúde, Lei nº 8.080/90. Claro está que, embora 165 Santas Casas tenham o título de utilidade pública federal, conforme pesquisa realizada, ele não é condição *sine qua non* para o estabelecimento dessa parceria, na medida em que não produz benefícios materiais para as entidades qualificadas, sendo apenas mera honraria⁴¹⁹.

⁴¹⁸ BELO HORIZONTE. Portaria SMSA/SUS-BH N° 0023/2012. Disponível em:

<http://portal6.pbh.gov.br/dom/iniciaEdicao.do?method=DetalheArtigo&pk=1092705>. Acesso em jun. de 2015.

⁴¹⁹ BRASIL. Ministério da Justiça. Consulta das Santas Casas que possuem título de utilidade pública. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/ConsultaEntidades/resultadoconsulta.asp>. Acesso em fev. de 2015.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O crescimento do denominado “terceiro setor” representa mudança e evolução no direito administrativo, no que diz respeito ao papel do Estado, ao mercado e à forma de participação do cidadão na esfera pública. Nessa perspectiva, as entidades sem finalidade lucrativa surgem como parceiras do Estado, a fim de atender às demandas sociais. Alguns fatores ajudaram no “recrudescimento” das entidades de “terceiro setor” tais como a globalização, a reforma gerencial, a renovação do princípio da subsidiariedade.

A Constituição de 1998, em diversos dispositivos, notadamente, no Título VIII, denominado “Da ordem social”, prevê a parceria estabelecida entre a Administração pública e as entidades sem finalidade lucrativa – que são hoje conhecidas como “terceiro setor”. O crescente número de parcerias estabelecidas com a Administração pública e essas entidades fizeram surgir problemas e críticas de todas as ordens, desde escândalos midiáticos a evidência da defasagem legislativa e estrutural. Via de consequência, os *stakeholders*⁴²⁰ passam a somar esforços em busca da valorização e do fortalecimento dessas entidades.

Se, por um lado, não se podem ignorar várias questões, como falta de uniformidade nas distintas naturezas jurídicas das entidades de “terceiro setor”, nas várias qualificações, bem como na legislação esparsa, dificultando seu estudo sistematizado, por outro lado, urge a importância e a necessidade de se estudar esse fenômeno, que modificou e cresceu juntamente com o direito administrativo moderno.

No ano de 2011, mais exatamente no dia 16 de setembro, a Chefe do Poder Executivo, Presidente da República, instituiu, pelo Decreto nº 7568, de 16 de setembro, o Grupo de Trabalho denominado Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil. Esse grupo de trabalho interministerial, cuja coordenação ficou sob responsabilidade da Secretaria Geral da Presidência da República, teve como escopo a busca de soluções para os problemas concernentes às parcerias estabelecidas entre a Administração pública e as entidades sem finalidade lucrativa. Participaram do marco regulatório: organizações da sociedade civil, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), a Casa Civil, a Controladoria Geral da União, a Advocacia Geral da União, os Ministérios da Justiça, da Fazenda e do Planejamento, Orçamento e Gestão⁴²¹.

⁴²⁰ Stakeholders, para a linguagem da administração gerencial são os interessados, todos os atores envolvidos em um processo.

⁴²¹ BRASIL. Secretaria Geral da Presidência da República. Marco regulatório das OSCs: Relatório. Disponível em: <http://www.secretariageral.gov.br/mrosc>. Acesso em fev. de 2014.

A partir desse grupo de trabalho, notou-se a criação de mais uma terminologia para as entidades sem fins lucrativos. Nos trabalhos publicados acerca do marco regulatório, nota-se que foi adotado o nome de organizações da sociedade civil. Tal mudança também foi observada na Projeto de Lei do Senado n° 649, proposto no ano de 2011 e que teve como objetivo o estabelecimento do regime jurídico das parcerias entre a Administração pública e as entidades privadas sem fins lucrativos⁴²². Após a aprovação de emendas, o projeto foi definitivamente aprovado nos termos do art. 65 da Constituição Federal e encaminhado à Câmara dos Deputados, onde foi recebido sob o número 7168/2014, aprovado e sancionado em 31 de julho de 2014, na forma da Lei n° 13.019/2014.

A despeito de todo o espectro negativo que ronda o “terceiro setor” e a despeito de este trabalho não ter ficado alheio aos problemas existentes, a abordagem foi feita a partir da ideia de subsidiariedade a fim de que fosse justificada a parceria existente com as Santas Casas de Misericórdia desde o tempo do Brasil Império. Inegável, pois, que a forma de organização da sociedade civil é antiga e muitas vezes baseada em valores religiosos, como a solidariedade. A noção de dar e servir se manifesta-se em antigas instituições cuja finalidade precípua é o auxílio ao mais necessitado, baseando-se em tradições religiosas, como a ajuda ao próximo.

Para melhor elucidar as parcerias envolvendo o Estado e as entidades do “terceiro setor”, foi utilizada a lógica da subsidiariedade, que está pautada na sociedade civil. Desse modo, onde a sociedade civil puder atuar, não haverá interferência do Estado. Trata-se de distribuição de competência, através da qual o Estado participa complementando a sociedade. Essas práticas de cooperação consistem em formas de encontrar caminhos e legitimidade para intervir na realidade social complexa. Para fomentar as atividades, o Estado cria mecanismos jurídicos como incentivo à população a participar da prestação de serviços sociais.

A primeira forma de parceria foi observada por meio das Santas Casas de Misericórdia, herança da Coroa Portuguesa e, durante muitos anos, suas atividades estiveram pautadas na saúde e na assistência social. Até mesmo porque a concepção de hospital como se conhece hoje, é relativamente nova. Isso justifica o fato de essas entidades sem finalidade lucrativa terem demorado para se profissionalizar e acumular problemas de gestão desde o início de suas atividades. A história da Medicina demonstra que, embora o hospital deste século não se apresente como organização de saúde, tem como mister a assistência aos pobres.

⁴²² A proposta foi apresentada pelo Senador Aloysio Nunes Ferreira e teve como relator o Senador Rodrigo Rollemberg.

Essa perspectiva, de hospital como assistência aos pobres, só começa a mudar no final do Século XVIII com a evolução da medicina e com a mudança de concepção da organização hospitalar, que passa a ser gerido de forma clínica à cura dos enfermos. Nessa base filosófica, crescem as Casas de Misericórdia como organizações destinadas a prestar assistência aos pobres e necessitados.

Outro fator igualmente importante para entender as Santas Casas, não só quanto à parceria com a Administração pública, mas também quanto à compreensão dos problemas hoje existentes, diz respeito às raízes capitalistas e às criações no modelo de administração pública patrimonialista. Aquelas entidades foram criadas e idealizadas no cenário em que o Estado não dispunha política de saúde e assistência, tampouco se preocupava com essas questões sociais.

Pelo tempo de existência e de funcionamento, e pelo modo como as Santas Casas atuaram, foram constituídas com raízes patrimonialistas, ou seja, marcadas pela ausência de limites entre o público e o privado e entre as vontades particulares e os interesses da coletividade. Dessa forma, ao longo de sua existência, elas se profissionalizam, a fim de manter-se no mercado como prestadoras de serviços da saúde. Para a presente pesquisa, foram apontados dois problemas: a inserção das Santas Casas no conceito de entidade do “terceiro setor”, e os efeitos do título de utilidade pública para o estabelecimento das parcerias.

Embora não haja conceito único do que vem a ser “terceiro setor”, segundo Lester Salamon⁴²³, essa diversidade engrandece e fortalece essas entidades, ainda que haja um movimento de interessados em definir o que vem a ser essas entidades que atuam na prestação de serviços sociais, como a publicação da Lei 13.019/2014, a partir da qual foi analisada a inserção da Santa Casa no denominado “terceiro setor”.

A conclusão elementar deste trabalho é que a Santa Casa de Misericórdia de Belo Horizonte não distribui lucro, não remunera os diretores e associados. O patrimônio auferido é revestido integralmente na consecução da função precípua, descrita no estatuto social, razão pela qual é considerada organização da sociedade civil, mesmo considerando o novo conceito legal desenvolvido ao longo deste trabalho (art. 2º, inciso I, da Lei nº 13.019/2014).

Em relação aos efeitos do título de utilidade pública, não foi encontrado qualquer documento nos instrumentos jurídicos disponibilizados pelo setor de faturamento, qualquer exigência no que tange à obrigação de ser reconhecida como entidade de utilidade pública para que a parceria seja firmada. Soma-se a isso o fato de que a Constituição Federal prevê

⁴²³ Cf. < <http://ccss.jhu.edu/> >

expressamente a participação das entidades sem finalidade lucrativa de forma complementar na prestação social dos serviços de saúde. Assim, os efeitos jurídicos produzidos pela qualificação de utilidade pública não é verificado.

Logo, a Santa Casa de Misericórdia de Belo Horizonte dispõe de exatamente 1093 leitos voltados ao atendimento dos pacientes do SUS, tendo em vista o permissivo Constitucional, reproduzido pela Lei nº 8.080/1990. As entidades sem finalidade lucrativa terão preferência para atuar de forma complementar na prestação de serviço de saúde.

Ainda que, em um dos vínculos da Santa Casa com o Estado, o mesmo receba o nome de contrato global de prestação de serviço, nos termos do que restou recentemente decidido na ADI nº 1923, julgada pelo STF, qualquer vínculo estabelecido com o Estado, independentemente do nome, tais como termo de fomento e termo de cooperação, é visto como instrumento de mútua cooperação, posto que a intenção das partes é comum, coletiva.

A partir da publicação da Lei 13.019/2014, e com a restrição do convenio às relações voluntárias de cooperação interfederativa, os termos de fomento e colaboração, tais como o termo de parceria e o contrato de gestão, são espécies das quais os “acordos administrativos” são gêneros. Desse modo, as entidades que possuem o título de utilidade pública irão celebrar termos de fomento e de colaboração, devendo ser aplicada a lei na íntegra para as parcerias estabelecidas.

REFERÊNCIAS

ABREU, Laurinda. *Purgatório, Misericórdias e caridade: condições estruturantes da assistência em Portugal (séculos XV-XIX)*. Disponível em: <https://www.ugr.es/~dynamis/completo20/PDF/Dyna-13.PDF>. Acesso em: março de 2015.

AGUIAR, Nildo. *Modalidades assistenciais do INAMPS*. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/viewFile/7554/6051>. Acesso em março de 2015.

ALVES, Sérgio Luis Mendonça. O papel constitucional da sociedade civil na definição de políticas públicas. In Terceiro Setor. SZAZI, Eduardo (org.). São Paulo: Peirópolis, 2005, vol. II.

AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ANDRADE, Érico. *O mandado de segurança: a busca da verdadeira especialidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. Os entes sem escopo de lucro no direito italiano e no direito brasileiro. In: BERTI, Silma Mendes (org.). *Direito privado sem fronteiras*. Belo Horizonte: Imprensa Universitária da UFMG, 2009.

ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público Sobre o Privado”. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 171-216.

AZEVEDO, Damião Alves de. Público não estatal? A cooperação entre o Estado e a sociedade civil em busca da legitimidade. In: PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira (coord.). *O Novo direito administrativo brasileiro: o público e o privado em debate*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, vol. 2, p. 289-317.

BALANÇO SOCIAL. Santa Casa de Misericórdia de Belo Horizonte. Minas Gerais. Disponível em: http://www.santacasabh.org.br/files/downloads/relatorio_gestao_2014.pdf. Acesso em jun. de 2015.

BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 8ª ed. Atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARACHO, José Alfredo. *O Princípio da Subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BARBIERI, Carla Bertucci. *Terceiro Setor: desafios perspectivas constitucionais*. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado. Sub-área do Direito Constitucional – Faculdade de Direito, Universidade Católica de São Paulo (SP), 2006. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp012906.pdf>. Acesso em jan. de 2014.

BELO HORIZONTE, Câmara Municipal. Disponível em: <http://www.camara.leg.br/internet/SitaqWeb/TextoHTquML.asp?etapa=5&nuSessao=199.2.54.O&nuQuarto=57&nuOrador=1&nuInsercao=19&dtHorarioQuarto=16:24&sgFaseSessao=OD&Data=11/07/2012&txApelido=RUBENS%20BUENO,%20PPS-PR#>. Acesso em jun. de 2015.

BELO HORIZONTE, Câmara Municipal. Disponível em: <http://www.cmbh.mg.gov.br/chapeu/utilidade-publica>. Acesso em jun. de 2015.

BELO HORIZONTE, Diário Oficial do Município. Disponível em: <http://portal6.pbh.gov.br/dom/pesquisaCidadao.do?method=Pesquisar>. Acesso em abril de 2015.

BERCOVIC, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BIANCHI, Sérgio. *Quanto vale ou é por quilo?* Brasil: Agravo Produções Cinematográficas, Riofilme, 2005.

BINEMBOJM. Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Campus. 1992. 18ª Tiragem.

_____. *Estado, governo e sociedade; para uma teoria geral da política*. 8ª ed. São Paulo: Paz e terra, 2000.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Relatório da subcomissão. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=D4ED052CE42B4DAAC810B0CE2D2F62E2.node1?codteor=1012274&filename=REL+1/2012+CSSF. Acesso em fev. de 2014.

BRASIL, Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em maio de 2015.

BRASIL, Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em maio de 2015.

BRASIL, Lei 91. Determina regras pelas quais são as sociedades declaradas de utilidade pública. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1930-1949/L0091.htm. Acesso em jun. de 2015.

BRASIL, Lei 8.080. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras

providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em maio de 2015.

BRASIL, Lei 9.637. Dispõe sobre a 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, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9637.htm. Acesso em: maio de 2015.

BRASIL, Lei 9.790. Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9790.htm. Acesso em maio de 2015.

BRASIL, Lei 12.101. Dispõe sobre a certificação das entidades beneficentes de assistência social; regula os procedimentos de isenção de contribuições para a seguridade social; altera a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993; revoga dispositivos das Leis nºs 8.212, de 24 de julho de 1991, 9.429, de 26 de dezembro de 1996, 9.732, de 11 de dezembro de 1998, 10.684, de 30 de maio de 2003, e da Medida Provisória nº 2.187-13, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12101.htm. Acesso em jun. de 2015.

BRASIL, Lei 13.019. Estabelece o regime jurídico das parcerias voluntárias, envolvendo ou não transferências de recursos financeiros, entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público; define diretrizes para a política de fomento e de colaboração com organizações da sociedade civil; institui o termo de colaboração e o termo de fomento; e altera as Leis nºs 8.429, de 2 de junho de 1992, e 9.790, de 23 de março de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13019.htm. Acesso em ago. de 2014.

BRASIL. Ministério da Justiça. Modernização do sistema de convênio da administração pública com a sociedade civil. Série Pensando o Direito, nº 16, 2009. P 65-139. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=329D6EB2-8AB0-4606-B054-4CAD3C53EE73>. Acesso em jul. de 2014.

BRASIL. Ministério da Justiça. Modernização do sistema de convênio da administração pública com a sociedade civil. Série Pensando o Direito, nº 41, 2012, p. 14- 64.

BRASIL. Ministério da Saúde. Notícias Santa Casa tem pedido de renegociação de dívida aprovado. Disponível em: <http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/principal/agencia-saude/14167-santa-casa-tem-pedido-de-renegociacao-de-divida-aprovado>: Acesso em: ago. de 2014.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde. Departamento de Gestão da Educação na Saúde. Direito sanitário e saúde pública / Ministério da Saúde, Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde, Departamento de Gestão da Educação na Saúde; Márcio Iorio Aranha (Org.) – Brasília: Ministério da Saúde, 2003. 2 v. :il. – (Série E. Legislação de Saúde) Conteúdo: v .1: Coletânea de textos; v. 2: Manual de

atuação jurídica em saúde pública e coletânea de leis e julgados em saúde . ISBN 85-334-0732-7

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social. Perguntas e respostas. Disponível em: <<http://www.mds.gov.br/falemds/perguntas-frequentes/assistencia-social/financiamento/siconv>> Acesso em jun. de 2015.

BRASIL. Ministério do Planejamento. Secretaria de Gestão. Anteprojeto Proposta de Organização da Administração pública e das relações com entes de colaboração. Disponível em: www.planejamento.gov.br/.../090729_segex_Arq_leiOrganica.pdf

BRASIL. Ministério Público Federal. Notícias. Disponível em: <http://www.prmg.mpf.mp.br/imprensa/noticias/improbidade/mpf-obtem-bloqueio-de-r-2-8-milhoes-por-desvio-de-verba-do-projovem-trabalhador>>. Acesso em maio de 2015.

BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 649, de 24 de outubro de 2011. Estabelece o regime jurídico das parcerias entre a Administração pública e as entidades privadas sem fins lucrativos para a consecução de finalidades de interesse público. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=98462&tp=1>. Acesso em fev. de 2014.

BRASIL. Projeto de Lei nº 7168/2014. Estabelece o regime jurídico das parcerias entre a Administração pública e as entidades privadas sem fins lucrativos para a consecução de finalidades de interesse público. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=606626>. Acesso em: jul. de 2014.

BRASIL. Senado Federal. Relatório CPI das ONGs. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194594/CPIongs.pdf?sequence=6>. Acesso em: fev. de 2014.

BRASIL, Secretaria Geral Presidência da República. Legislação Federal. Disponível em: <http://www.secretariageral.gov.br/atuacao/mrosc/legislacao-federal>. Acesso em jan. de 2015.

BRASIL. Secretaria Geral da Presidência da República. Marco regulatório das OSCs: Relatório. Disponível em: <http://www.secretariageral.gov.br/mrosc>. Acesso em fev. de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923. Relator: Ministro Luiz Fux. Data de julgamento 16 abril 2015. Órgão julgador: Plenário. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>. Acesso em maio de 2015.

BRITO, Hugo Machado. *Curso de Direito Tributário*. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Do estado patrimonial ao gerencial. In PINHEIRO, Wilhelm e Sachs (orgs.), *Brasil: Um Século de Transformações*. S. Paulo: Cia. das Letras, 2001: 222-259.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; GRAU, Nuria Cunill. *O Público não Estatal na reforma do Estado*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Reforma do Estado para a Cidadania*. Brasília: Editora 34, 1999.

BUENO, Rudson Domingos. O reconhecimento da imunidade do ISS- Imposto sobre serviços para entidades de educação e assistência social: aspectos constitucionais, tributários e administrativos quanto aos requisitos, alcance e forma de conhecimento. In: PAES, José Eduardo Sabo (coord.). *Terceiro Setor e Tributação*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Vol. 4, p. 119-128.

CABRAL, Heloisa Helena de Souza. *Terceiro setor: gestão e controle social*. São Paulo: Método, 2007.

CARVALHO, Cláudio Viveiros de. *A situação das Santas Casas de Misericórdia*. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/areas-da-conle/tema19/2005_6602.pdf>. Acesso em abril de 2015.

CARVALHO, Guido Ivan de; SANTOS, Lenir. *Sistema Único de Saúde: comentários à Lei Orgânica de Saúde (Leis nº 8080/90 e nº 8142/90)*, 4ª ed. Campinas: Editora da UNICAMP, 2006.

CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados: o Rio de Janeiro e a República que não foi*. São Paulo: Companhia das letras, 1987.

CICONELLO, Alexandre. *O conceito legal de público no Terceiro Setor*. In: Terceiro Setor. SZAZI, Eduardo (org.). São Paulo: Peirópolis, 2004. Vol. I

COELHO, Simone de C. *Terceiro Setor: Um estudo comparado entre Brasil e Estados Unidos*. São Paulo: Editora SENAC, 2000.

CONFEDERAÇÃO DAS SANTAS CASAS DE MISERICÓRDIA, HOSPITAIS E ENTIDADES FILANTRÓPICAS- CMB. BALANÇO SOCIAL. Disponível em <http://www.cmb.org.br/index.php/template/publicacoes/balanco-social>. Acesso em maio de 2014.

COPOLA, Gina. *Desestatização e terceirização*. São Paulo: Editora NDJ, 2006;

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Habermas e o direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

DAGNINO Evelina. *Confluência perversa, deslocamentos de sentido, crise discursiva*. Disponível em: http://biblioteca.clacso.edu.ar/ar/libros/grupos/grim_crisis/11Confluencia.pdf Acesso em set. de 2013.

_____. *Sociedade civil, participação e cidadania: do que estamos falando?* Em Daniel Mato (coord.). Políticas de ciudadanía y sociedade civil em tempos de globalización. Caracas: FACES, Universidad Central de Venezuela. Pp. 95-110.

DE BONIS, Daniel. Para além da norma: reflexões sobre as instituições de regulação das organizações da sociedade civil de interesse público. In: *Boletim do Centro de Pesquisa Jurídica Aplicada*, São Paulo, 2013, p. 33-45.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. *Parcerias na Administração pública, Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e outras formas*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. Acordos administrativos: reflexões e apontamentos para a revisão da legislação dos contratos administrativos. In: BATISTA JUNIOR, Onofre Alves; ARÊDES, Sierele Nunes. MATOS, Frederico Nunes de (Coord.). *Contratos administrativos: estudos em homenagem ao Professor Florivaldo Dutra de Araújo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 205-224.

_____. *Direito administrativo pós-moderno: novos paradigmas do Direito Administrativo no estudo da relação entre o Estado e a Sociedade*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

_____. O chamamento público para a seleção de entidades do terceiro setor e a realização de convênios: legalidade, obrigatoriedade, procedimento e propostas de reformulação. In: DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Contratações públicas: estudos em homenagem ao Professor Carlos Pinto Coelho Motta*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

_____. Políticas públicas e terceiro setor. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio Cesar dos Santos; DIAS, Maria Fonseca (org.). *Políticas públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 261-291.

_____. *Terceiro Setor e Estado: Legitimidade e Regulação – Por um novo marco jurídico*. Belo Horizonte: Fórum: 2008.

DUPAS, Gilberto. *Tensões contemporâneas entre o público e o privado*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003.

ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração pública*. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. Tradução Gilson Cesar Cardoso de Souza. 24ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2012.

FALCAO, Joaquim. *Democracia Direito e Terceiro setor*. 2ª ed. Rio de Janeiro, 2006.

_____. *Novas parcerias entre os setores público e privado*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2011.

FARINHO, Domingos Miguel Soares. *Direito Administrativo Fundacional: enquadramento Dogmático: contributo para o estudo da influência do conceito normativo de interesse público sobre o espectro de administratividade do direito fundacional português*. Tese (Doutoramento em Direito - Ramo de Ciências Jurídico-Políticas - Especialidade em Direito Administrativo) – Universidade de Lisboa, Lisboa, 2012.va:

FERNANDES, Liliane Alves. *As Santas Casas da Misericórdia na República Brasileira- 1922-1945*. 2009. Dissertação (Mestrado em política de bem-estar em perspectiva: evolução, conceitos e actores. Disponível em:

http://www.ensino.uevora.pt/erasmusmundus/thesis/thesissantascasas_lilianefernandes.pdf. Acesso em: mar. de 2015.

FERREIRA DA ROCHA, Sílvio Luís. *Terceiro Setor*. São Paulo: Malheiros, 2003.

FOCAULT, Michel. A política de saúde no século XVIII. In: FOCAULT, Michel. *A microfísica do poder* Tradução Roberto Machado. 25 ed. Rio de Janeiro: Graal, 2008.

_____. O nascimento da medicina social. In: FOCAULT, Michel. *A microfísica do poder*. Tradução Roberto Machado. 25 ed. Rio de Janeiro: Graal, 2008.

_____. *O nascimento do hospital*. In: FOCAULT, Michel. *A microfísica do poder*. Tradução Roberto Machado. 25 ed. Rio de Janeiro: Graal, 2008.

FRANCO, Augusto de. *Terceiro setor: a nova sociedade civil e seu papel estratégico para o desenvolvimento*. 2003. Disponível em: <http://www.mc2.com.br/brasiljunior/fotos/TI-6.pdf>. Acesso em: jan. de 2015.

FRATTARI, Rafael. *Decadência e prescrição no direito tributário: em defesa da normal geral no direito brasileiro*. Belo Horizonte, Arraes Editores, 2009.

FREITAS, Juarez. *Controle Administrativo*. Rio de Janeiro: Malheiros, 2009.

GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GARCIA, Ana Carolina Ramos; CASTRO, Camila Crespi. *Lei federal nº13.019 (parcerias voluntárias) e anteprojeto de nova lei orgânica da Administração pública do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão: tendências de normatização da matéria de parcerias do Estado com o terceiro setor no Brasil: considerações de lege lata e lege ferenda*. Revista de Direito do Terceiro Setor. Belo Horizonte, ano 8, n 16 jul./dez. 2014.[*on line*]. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/Default.aspx>. Acesso em maio de 2015.

GIL, Antônio Carlos. *Estudo de Caso: fundamentação científica subsídios para coleta e análise de dados como redigir o relatório*. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

GLOBEKNER, Osmir Antônio. *A Saúde Entre o Público e o Privado: O Desafio da Alocação Social dos Recursos Sanitários Escassos*. Curitiba: Juruá, 2011.

GONÇALVES, Vânia Mara Nascimento. *Estado, sociedade civil e princípio da subsidiariedade na era da globalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GRAU, Eros. *Um novo paradigma dos contratos? Crítica jurídica: revista latino-americana de política, filosofia y derecho*. Santa Ursula Xitla-Tipalpna. n 18, p. 121-130, jun. 2001, p. 121.

GREGORI, Maria Filomena. Caminhos da institucionalização, cooperação internacional, Estado e filantropia. In: NOVAS FACES DA CIDADANIA II. 1997. *Cadernos de pesquisa* n^o 6. Disponível em:

http://www.cebrap.org.br/v2/files/upload/biblioteca_virtual/caminhos_da_institucionalizacao.pdf. Acesso em jan. de 2015.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza, DIAS, Maria Tereza Fonseca. (Re) *Pensando a pesquisa jurídica*. 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2013.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre a facticidade e validade*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Tempo Brasileiro, 2003. Vol. I e II.

HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

HIGA, Alberto Shinji. *Terceiro Setor: da responsabilidade civil do Estado e do agente fomentado*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *1902-1982. Raízes do Brasil*. 26ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

JIMÉNEZ ESCOBAR, Julio; MORALES GUTIÉRREZ, Alfonso Carlos. Tercer sector y univocidad conceptual: necesidad y elementos configuradores. *Revista Katálysis*, Florianópolis, v. 11 n. 1 p. 84-95 jan./jun. 2008. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-49802008000100008. Acesso em março de 2013.

KOURY, Yara Aun (Coord). *Guia dos Arquivos das Santas Casas de Misericórdias do Brasil: (fundadas entre 1500 e 1900)*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo PUC- SP/CEDIC: FAPESP; 2004. Vol. I e II.

LANDIN, Leilah. Caminhos da institucionalização, cooperação internacional, Estado e filantropia. In: NOVAS FACES DA CIDADANIA II. 1997. *Cadernos de pesquisa nº 6*. Disponível em: http://www.cebrap.org.br/v2/files/upload/biblioteca_virtual/caminhos_da_institucionalizacao.pdf. Acesso em jan. de 2015.

_____. *A Invenção das ONGs: do serviço invisível à profissão sem nome*. Disponível em: <http://empreende.org.br/pdf/ONG%27s,%20OSCIP%27S%20e%20Terceiro%20Setor/A%20inven%27E3o%20das%20ONGs.pdf>. Acesso em março de 2015.

LARA, Ana Carolina Siqueira. *A organização do terceiro setor e a renovação da relação do estado com a sociedade civil*. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_LaraAC_1.pdf Acesso em: agosto/2013.

LEAL, Rogério Cesta. *Estado Administração pública e Sociedade – novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Associações sem fins econômicos*. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2014.

LOPES, Ana Frazao de Azevedo. Aspectos funcionais da personalidade jurídica de direito privado das organizações sociais e das organizações da sociedade civil de interesse público.

In: PEREIRA, Claudia Fernanda de Oliveira (Coord.). *O Novo direito administrativo brasileiro: o publico e o privado em debate*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, vol. 2. Pag. 289-317.

MAGALHAES, Gustavo Alexandre. *Convênios administrativos: uma proposta de releitura do seu regime jurídico à luz de sua natureza contratual*. Tese (Doutorado em Direito Administrativo) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011. Disponível em: http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-8G2QLZ/tese_07.04.2011_____texto_principal.pdf?sequence=1. Acesso em dez. de 2013.

MÂNICA, Fernando Borges. *O Setor Privado nos Serviços Públicos de Saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

_____. Panorama histórico-legislativo do Terceiro Setor no Brasil: do conceito de Terceiro Setor à Lei das OSCIP. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (Coord.). *Terceiro Setor, Empresas e Estado: novas fronteiras entre o publico e o privado*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 163-194.

_____. *Terceiro Setor e imunidade tributária: teoria e prática*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____. In: Revista Brasileira de Direito da Saúde. V. 1 (julho/dezembro 2011). Brasil, Confederação das Santas Casas de Misericórdias, Hospitais e Entidades Filantrópicas (CMB), 2012. Semestral. ISSN 2238-0477

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo em evolução*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Direito administrativo moderno*. 14 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. O direito à saúde na Constituição de 1988. In MODESTO, Paulo; CUNHA JÚNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da(Coord.). *Terceiro Setor e parceiras na saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 11- 20.

MEREGE, Luiz Carlos e Barbosa, Maria Nazaré Lins (Org.). *3º Setor: reflexões sobre o marco legal*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998.

MESTRINER, Maria Luiza. *O Estado entre a filantropia e a assistência social*. 4ª ed. São Paulo: Cortez, 2011.

MINAS GERAIS. Assembleia Legislativa. Disponível em: http://www.almg.gov.br/busca/busca_geral.html?abaSelecionada=legislacao&submitPrincipal=submitPrincipal&busca=+santa++casa+de+miseric%C3%B3rdia+de+belo+horizonte&selectboxCategoria=legislacao. Acesso em jun. de 2015.

MINAS GERAIS. Secretaria estadual de saúde. Disponível em: http://www.saude.mg.gov.br/index.php?option=com_gmg&controller=document&id=265-

municipios-habilitados-em-gestao-plena-de-sistema-municipal-gpsm-sesmg. Acesso em abril de 2015.

MODESTO, Paulo. O direito administrativo do Terceiro Setor: a aplicação do direito público às entidades privadas sem fins lucrativos. In: MODESTO, Paulo; CUNHA JUNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da (coord.) *Terceiro Setor e as parcerias na área de saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 21-40.

_____. *Reforma do marco legal do terceiro setor no Brasil*. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/paulo-modesto/reforma-do-marco-legal-do-terceiro-setor-no-brasil>. Acesso em dez. de 2014.

MONTAÑO, Carlos. *Terceiro Setor e a questão social: crítica ao padrão emergente de intervenção social*. 6ª ed. São Paulo: Cortez, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. *Mutações do Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos: estrutura da contratação, concessões e permissões, responsabilidade fiscal, pregão- parcerias publico-privadas*. 10ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

NERY, Natuza. Governo federal decide perdoar parte da dívida das Santas Casas. Socorro anistiará uma parcela dos débitos de hospitais filantrópicos no país e refinanciará o restante. Brasília. 02 de maio de 2013.

NOTÍCIAS. Santa Casa. Folha de São Paulo. São Paulo, Disponível em: <http://edicaodigital.folha.com.br/home.aspx>. Acesso em maio de 2015.

NUBLAT, Johanna. Para Santas Casas, perdão da dívida não resolve crise no setor. Anistia atingiria menos de um terço das entidades em São Paulo. *Folha de São Paulo*. Brasília. 03 de maio de 2013.

OLIVEIRA, Fátima. Sem misericórdia para com as Santas Casas brasileiras. Vivem passando o pires, sob a alegação que vão fechar. *O Tempo*. Belo Horizonte, 11 de março de 2014. Opinião.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Administração pública, Concessões e Terceiro Setor*. 3ª ed. São Paulo: Editora Método, 2015.

PORTUGAL. Relação das Misericórdias no mundo. Disponível em: <http://www.ump.pt/misericordias>. Acesso em maio de 2015.

PAES, José Eduardo Sabo. *Fundação e Entidades de Interesse Social*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

PARREIRA, Lêda Maria Ramos. Frentes Parlamentares: o caso da frente parlamentar de apoio às Santas Casas de Misericórdias, Hospitais e entidade filantrópicas na área de saúde.

Disponível em: file:///C:/Users/User/Downloads/frentes_parlamentares_parreira.pdf. Acesso em jun. de 2015.

PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário: completo*. 4ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

ROCHA, Silvio Luiz Ferreira da. *Terceiro Setor*. São Paulo: Malheiros, 2003 (Coleção Temas de Direito Administrativo, 7).

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A reinvenção solidária e a participativa do Estado*. Disponível em: <<http://www.secretariageral.gov.br/atuacao/mros/artigos/artigo-boaventura>>. Acesso em set. de 2013.

SANTOS, Fausto Pereira dos. Falta de Transparência na saúde paulista. *In: Folha de São Paulo*. São Paulo. 07 de agosto de 2014. Tendências/debates.

SANTOS Lenir. Por que a lei 13019 não se aplica ao regime da complementariedade dos serviços de saúde? Disponível em: <http://www.idisa.org.br/img/File/Por%20que%20a%20Lei%20n%C2%BA%2013019,%20de%202014,%20n%C3%A3o%20se%20aplica%20ao%20SUS.pdf>. Acesso em jun. de 2015.

SANTOS, Manoel Hygino dos. *Santa Casa de Belo Horizonte: uma historia de amor à vida*. Belo Horizonte: 2010.

SÃO PAULO. Prefeitura de São Paulo. Secretaria Municipal de Gestão. Disponível em: http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/planejamento/organizacoes_sociais/index.php?p=13877. Acesso em jun. de 2015.

SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria da Filosofia Constitucional. *In: SARMENTO, Daniel (org.). Interesses públicos versus interesse privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SEVERINO, Sérgio Murilo. A imunidade tributária das entidades de assistência social consoante o art. 150, VI, “C”, da Constituição Federal como instrumento de políticas públicas. *In: PAES, José Eduardo Sabo. (Coord.). Terceiro Setor e Tributação*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Vol. 4- p. 49-78.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 2003.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Estímulos Positivos. *In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (coord.). Terceiro Setor: Empresas e Estado: novas fronteiras entre o público e o privado*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 15-38.

SUNDFELD, Carlos Ari; DOMINGOS, Liandro. Desafios do direito das políticas sociais em saúde e educação. *In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, Andre (org.). Direito da Regulação e Políticas Públicas*. São Paulo: Malheiros, 2014. P. 273-285.

SZAZI, Eduardo. *Terceiro Setor: regulação no Brasil*. São Paulo: Petrópolis, 2000.

_____. Parcerias entre o Estado e o terceiro setor na saúde. *In: Revista de Direito do Terceiro Setor*. Belo Horizonte, ano 1, n 1 jan./jun. 2007. [on line]. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/Default.aspx>. Acesso em maio de 2015.

TEIXEIRA, Josenir. *O terceiro setor em perspectiva: da estrutura a função social*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

TORRES, Silvia Faber. *O princípio da subsidiariedade no Direito Público contemporâneo*. Rio de Janeiro, Renovar, 2001.

TOURINHO, Rita. Terceiro Setor no ordenamento jurídico brasileiro: constatações e expectativas. *In: MODESTO, Paulo (coord.). Nova organização administrativa brasileira*. 2ª ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

VIOLIN, Tarso Cabral. *Terceiro setor e as parcerias com a Administração pública: uma análise crítica*. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

ANEXO A- Quadro composto pela legislação federal

Legislação federal	
Convênios	Constituição Federal
	(Art. 116) Lei 8.666 de 21.06.1993
	Decreto-Lei 200 de 25.02.1967
	Decreto 93.872 de 23.12.1986
	Decreto nº 5.504 de 05.08.2005
	Decreto nº 6.170 de 25.07.2007
	Decreto nº 7.592 de 28.10.2011
	Portaria MPOG/CGU nº 507 de 24.11.2011
	Instrução Normativa - TCU nº 56 de 05.12.2007
Contrato Administrativo	Lei 8.666 de 21.06.1993
Contrato de repasse	Decreto nº 6.170 de 25.07.2007
	Decreto nº 1.819 de 16.02.1996
	Portaria MPOG/CGU nº 507 de 24.11.2011
	Portaria MPOG/CGU nº 205 de 14.05.2012
Termo de Parceria	Lei nº 9.790 de 23.03.1999
	Lei nº 10.637 de 30.12.2002
	Decreto nº 3.100 de 30.06.1999
	Portaria MPOG/CGU nº 507 de 24.11.2011
	Portaria SNJ nº 30 de 20.06.2005
	Portaria SNJ nº 31 de 20.06.2005
	Portaria MJ nº 361 de 27.07.1999
	Portaria interministerial nº 492 de 10.11.2011
	Medida Provisória nº 2.158/35 de 24.08.2001
	Medida Provisória nº 2.172/32 de 23.08.2001
	Resolução nº 144, de 11.08.2005
Contrato de Gestão	Lei nº 9.637 de 15.05.1998
	Decreto 5.396 de 21.03.2005

Transferências voluntárias: subvenção, auxílio e contribuições	Lei nº 4.320 de 17.03.1964
	Lei Complementar nº 101 de 04.05.2000
	Leis de Diretrizes Orçamentárias
Imunidades	(art.150,VI, “c” e no art. 195, §7º) Constituição Federal
	(art.14) Código Tributário Nacional
	Lei nº 9.532 de 10.12.1997
	Lei nº 12.101 de 27.11.2009
Isenções	(art. 175, I) Código Tributário Nacional
	(art.1º) Lei nº 8.010 de 29.03.1990
	(art.2º) Lei nº 8.032 de 12.04.1990
	(art. 55) Lei nº 8.212 de 24.07.1991
	(art.1º) Lei nº 8.402 de 08.01.1992
	(art.1º) Lei nº 8.961 de 23.12.1994
	Lei no 9.532 de 10.12.1997
	(art. 1º) Lei nº 9.766 de 18.12.1998
	Convênio ICMS nº 38/82, ratificado pelo Convênio ICMS nº 52/90
	Lei no 12.101, 27.11.2009
	(art. 38) da Lei nº 11.488 de 15.06.2007
	Decreto nº 3.142 de 16.08.1999
	(art.62) Decreto nº 4.543 de 26.12.2002
	Decreto nº 7.729 de 25.05.2012
	Medida Provisória no 2.158-35 de 24.08.2001
Medida Provisória nº 2.228-1 de 06.09.2001	
Incentivo fiscal para doações a entidades que atendam a determinados requisitos	Lei nº 9.249 de 26.12.1995
Incentivo fiscal para doações aos Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente	Art. 260 e seguintes da Lei nº 8.069 de 13.07.1990
	Art. 22 da Lei nº 9.532 de 10.12.1997

	Lei nº 12.594 de 18.01.2012
	IN SRF nº 267 de 23.12.2002
	IN RFB 1.131 de 21.02.2011
	IN RFB nº 1.246 de 03.02.2012
Incentivo fiscal para doações ao Fundo Nacional do Idoso	Lei nº 9.250 de 26.12.1995
	Lei nº 12.213 de 20.01.2010
	Decreto nº 5.109 de 17.06.2004
	IN RFB 1.131 de 21.02.2011
Incentivo fiscal para doações ao Fundo Nacional de Cultura	Lei nº 8.313 de 23.12.1991
	Lei nº 9.532 de 10.12.1997
	Portaria nº 6 de 27.02.2009
	IN SRF nº 267 de 23.12.2002
Incentivo fiscal - Fundos de Financiamento da Indústria Cinematográfica Nacional	Lei nº 9.532 de 10.12.1997
	Medida Provisória nº 2.228-1 de 06.07.2001
	Instrução CVM nº 398 de 28.10.2003
Incentivos fiscais na área cultural	Lei nº 8.313 de 23.12.1991
	Lei 10.179 de 06.02.2001
	Instrução Normativa MinC nº 1 de 09.02.2012
Incentivos fiscais à atividade audiovisual	Lei nº 8.685 de 20.07.1993
	Decreto nº 6.304 de 12.12.2007
	Portaria nº 127 de 13.12.2011
Incentivos fiscais ao Pronon e ao Pronas	Lei nº 12.715, de 17.09.2012.
	Lei nº 9.250 de 26.12.1995
	Decreto nº 7.921, de 15.02.2013
Incentivo fiscal na área do desporto	Lei nº 11.438 de 29.12.2006
	Decreto nº 6.180 de 03.08.2007
	Portaria nº 86 de 21.07.2011
	Portaria nº 79 de 05.07.2011

	Portaria nº 152 de 12.08.2010
	Portaria nº 180 de 15.08.2009
	Portaria nº 120 de 03.07.2009
Sorteio Filantrópico	Lei nº 5.768 de 20.12.1971
	Lei nº 9.649 de 27.05.1998
	Portaria SEAE 88 de 28.09.2000
Acesso às mercadorias apreendidas	Decreto-lei nº 1455 de 07.04.1976
	Decreto nº 6.759 de 05.02.2009
	Portaria MF nº 282 de 09.06.2011
	Portaria SRF nº 3.010 de 29.06.2011

ANEXO A – Legislação Federal

Fonte: <http://www.secretariageral.gov.br/atuacao/mrosc/legislacao-federal>

ANEXO B- QUALIFICAÇÕES FEDERAIS ATRIBUÍDAS ÀS ENTIDADES PRIVADAS SEM FINS LUCRATIVOS (TERCEIRO SETOR)

Característica	UPF Utilidade Pública Federal	OSCIP Organização da Sociedade Civil de Interesse Público	CEBAS Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social
Natureza jurídica	Entidades civis sem fins lucrativos	Entidades civis sem fins lucrativos	Entidades civis sem fins lucrativos
Base legal	Lei nº 91/1935 Decreto nº 50.517/1961 (Alterado pelo Decreto nº 60.931/1967); Decreto nº 3.415/2000	Lei nº 9.790/1999 Decreto nº 3.100/1999 (alterado pelo Decreto nº 7.568/2011)	Lei nº 12.101/2009 Decreto nº 7.237/2010 (alterado pelo Decreto nº 7.300, de 1...
Criação	Pelo particular, sob a forma de associação ou fundação civil	Pelo particular, sob a forma de associação ou fundação civil	Pelo particular, sob a forma de associação ou fundação civil, nas áreas de saúde, e assistência social
Conceito legal	“As sociedades civis, as associações e as fundações constituídas no país com o fim exclusivo de servir desinteressadamente à coletividade podem ser declaradas de utilidade pública, provados os seguintes requisitos: [...]” (art. 1º, da Lei n. 91, de 28 de agosto de 1935)	“[...] pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, desde que os respectivos objetivos sociais e normas estatutárias atendam aos requisitos instituídos por esta Lei. (art. 1º e § 1º Lei n. 9.790/1999)	“[...] pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, reconhecidas como beneficentes de assistência social, cuja finalidade de prestação de serviços de assistência social, saúde ou educação atendam ao disposto nesta Lei.” (art. 1º, Lei n. 12.101/2009)
Qualificação (Forma)	Portaria do Ministro da Justiça	Portaria do Ministro da Justiça	Portaria do Ministro da área resp...
Participação do Poder Público no sistema de governança	Sem participação	Sem participação	Sem participação
Relações com o poder público	Fomento direto: convênio; indireto na forma da lei	Fomento direto: convenio e termo de parceria; indireto na forma da lei	Fomento indireto
Recebimento de recursos públicos	Recursos orçamentários (subvenções sociais, contribuições, auxílios)	Transferência a título de fomento	De forma indireta: notadamente (imunidade/isenção) da contribuição de renda (art. 195, §7º, CR/1988)
Observância de regras de direito público	Aplicam-se as decorrentes da qualificação como UPF e da celebração de convênios previsto na Lei nº 8.666/1993	Aplicam-se as decorrentes da qualificação como OSCIP e da celebração de termo de parceria previstas na Lei nº 9790/1999	Aplicam-se as decorrentes da qualificação como CEBAS, previstas na Lei nº 11.101/2005
Cessão de servidores públicos	Não está prevista	Não está prevista	Não está prevista

Fontes: DIAS, Maria Tereza Fonseca. Terceiro Setor e Estado... (2008, p. 176-178); BRASIL, Ministério do Planejamento. Relações de Parceria entre o poder público e entre de cooperação e colaboração no Brasil...(2010, p. 22-23). Data atualização: 07/04/2013