

A ORGANIZAÇÃO SOCIAL COMO INSTRUMENTO DE CONCREÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

SOCIAL ORGANIZATION AS A TOOL
FOR SOCIAL RIGHTS CONCRETION

Fabianne Manhães Maciel e Diego Ribeiro[□]

RESUMO

A Organização Social, desde sua criação pela Lei nº 9.637/98, tem suscitado profícuos debates no direito público brasileiro, principalmente, no que concerne a alguns dispositivos da sua legislação disciplinadora que tiveram sua constitucionalidade posta em xeque no STF por meio da ADI nº 1923. Embora a Organização Social possa se prestar a atender diversas atividades, a ênfase será na área da saúde, o que propicia uma análise própria e, de certa maneira, mais acurada, pois envolve a atuação do Estado na consecução desse direito em consonância com a dignidade da pessoa humana, os limites orçamentários, o mínimo que é imprescindível a ser concedido com o propósito de encontrar respostas para aprimorar a efetividade da organização social como meio de realização dos direitos sociais.

PALAVRAS CHAVES: ORGANIZAÇÃO SOCIAL – DIREITOS SOCIAIS – ADI 1923 – EFETIVIDADE

ABSTRACT/ou RESUMEN/ ou RÉSUMÉ/ ETC.

The Social Organization, since its creation by Law 9.637/98, has sparked fruitful discussions in Brazilian public law, especially regarding to some of its disciplinary legislation pieces that had called into question its constitutionality in the Supreme Court by ADI 1923. While Social Organization may share itself to meet various activities, emphasis will be on health, which provides its own analysis and, in someway more accurate, because it involves state action in achieving the right for keeping the dignity of the human person, budget constraints, the minimum that is needed to be granted for the purpose of finding answers to enhance the effectiveness of social organization as a means of realization of social rights.

KEYWORDS: SOCIAL ORGANIZATION – SOCIAL RIGHTS – ADI 1923 – EFFECTIVENESS

INTRODUÇÃO

[□] Fabianne Manhães é doutora em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e professora adjunta na Universidade Federal Fluminense. Diego Ribeiro é graduando em Direito na Universidade Federal Fluminense.

O artigo em questão, como o título prenuncia, propõe-se a discutir a relação que há entre “organização social” e “direitos sociais”, tendo em conta os debates acalorados que os expertos em direito público trazem à tona. Num primeiro momento, a análise consistirá no enfoque dado pelo direito administrativo à organização social, buscando compreender rapidamente o contexto histórico do surgimento dela, sua definição teórica, a regulamentação legal, a “simbiose jurídica” e alguns pontos polêmicos quanto à licitação e à responsabilidade civil.

Num segundo plano, a organização social será compreendida à luz da Constituição Federal, sendo assim se verificará a compatibilidade de alguns dispositivos legais da lei federal disciplinadora da OS (nº 9.637/98) com os preceitos constitucionais por meio dos votos que os ministros da Suprema Corte proferiram em sede da ação direta de inconstitucionalidade (nº 1923/DF).

Depois, não obstante o rol vasto de direitos sociais, o direito à saúde¹ receberá um tratamento especial, entrelaçando-o a uma das atividades que a OS se presta a perseguir com sua atuação, qual seja a saúde. Além do papel do Estado na consecução desse direito, serão apresentados sucintamente a teoria do mínimo existencial em face da reserva do possível e o meio para harmonizar esse tema complexo.

Ao final, munidos do arsenal argumentativo desenvolvidos no transcurso do trabalho procuraremos dar uma resposta constitucionalmente válida a essa relação e, de modo geral, aprimorar os meios de efetividade da organização social como instrumento de concreção dos direitos sociais, em que sociedade e poder público se unem para perseguir o bem comum.

1 - DESENVOLVIMENTO

1.1 - A organização social na ótica administrativista

Antes de qualquer coisa, convém definir o que é a organização social. Para conceituá-la, valemo-nos do magistério de Maria Sylvia que aduz que a organização social é uma qualificação jurídica concedida a pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, instituída por iniciativa de particulares, e, que recebe delegação do Poder

¹ A expressão “direito à saúde” é imprecisa, porque se trata de uma metonímia, isto é, o legislador constituinte quando nomeou esse direito tomou o efeito (saúde) pela sua causa (prestação de saúde), por isso há quem o caracterize como direito a prestação de saúde, e não, direito à saúde. Não obstante a crítica, usaremos esta designação.

Público por meio de contrato de gestão, tendo em vista o desempenho de serviço público de natureza social (DI PIETRO, 2011, p. 565).

A Organização Social² (OS) está inserida no contexto histórico que a doutrina designa como Terceiro Setor. O primeiro setor seria o Estado quando atua sozinho na busca do interesse público, ao passo que o segundo são os particulares que exploram atividade econômica com finalidade lucrativa. E, por sua vez, o terceiro setor são os particulares que cooperam com o Estado, sem fins lucrativos, na prestação de serviços públicos.

Há dois marcos históricos ocorridos na década de 90 que introduzem o Terceiro Setor em nosso país. O primeiro foi o Programa Nacional de Desestatização que se desenvolveu na gestão do ex-Presidente Collor mediante a Lei 8.031/90 e o segundo foi o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, sob o comando do ex-Presidente FHC, em 1995. Cabe frisar que ambos partem de uma premissa de que o Estado, por si mesmo, não é capaz de satisfazer as necessidades coletivas de sua população (ARAÚJO, 2005, p. 265) e, com o advento da Constituição de 1988, o Estado brasileiro está direcionado por objetivos fundamentais, os quais não podem ser renunciados de serem perseguidos por meio de políticas públicas (art. 3º, CF).

Nessa esteira, o que se tentou efetivamente empreender foi a transformação do Estado burocrático no gerencial, em que aquele marcado fortemente pela morosidade, ineficiência, excessivos gastos, baixos resultados e carência de agentes qualificados, enquanto que este possui como traços distintivos o empreendedorismo e dinamicidade da atividade privada (BRESSER-PEREIRA, 2010). Nessa árdua tarefa, o Plano Diretor da Reforma previu a organização social como um dos meios para atingir à meta da conversão do Estado brasileiro no molde gerencial, já que se supunha que os “serviços serão mais eficientemente realizados se, mantendo o financiamento do Estado, forem realizados pelo setor público não-estatal”. (BRESSER-PEREIRA, 1995, p. 60)

Dado esse salto histórico que devido ao espaço contíguo e à vastidão de assuntos a serem tratados e articulados, não há como nos estendermos no que se refere ao surgimento do Terceiro Setor, insta salientar que a disciplina a respeito da organização social do que estipulava o Plano Diretor veio em 1998 quando o Congresso Nacional converteu a MP 1648-7, editada pelo ex-Presidente FHC, na Lei 9.637/98. Ademais, há também outra figura que integra o Terceiro Setor é a OSCIP (organização social de interesse público) regulamentada pela Lei 9.790/99.

² A sigla OS é a abreviatura de Organização Social e será adotada ao decorrer do trabalho.

Passando à análise dos principais dispositivos que compõem a Lei nº 9.637. Como já dito, a normatização surgiu, inicialmente, como Medida Provisória que tinha como escopo implantar o Plano Diretor e seu texto se manteve íntegro, isto é, o Congresso Nacional não realizou um debate profundo sobre ele, sendo aprovado sem maiores dificuldades. Graças a essa atitude, o imbróglio se instalou em nossa ordem jurídica.

No art. 1º da Lei 9.637, é possível perceber que organização social não é uma nova pessoa jurídica e, pois, não integra a Administração direta e indireta. Trata-se de uma qualificação conferida pelo poder público a uma associação ou a uma fundação, assim está na órbita do direito privado, não possui fins lucrativos e dirige sua prestação às atividades de interesse público, tais como saúde, educação, cultura etc.

O art. 2º traz requisitos importantes para a habilitação da pessoa jurídica de direito privado ser qualificada como organização social, os quais destacamos apenas alguns: natureza social de seus objetivos relativos à respectiva área de atuação (art. 2º, I, a, Lei 9.637); finalidade não-lucrativa, com a obrigatoriedade de investimento de seus excedentes financeiros no desenvolvimento das próprias atividades (art. 2º, I, b, Lei 9.637); previsão de participação, no órgão colegiado de deliberação superior, de representantes do Poder Público e de membros da comunidade, de notória capacidade profissional e idoneidade moral (art. 2º, I, d, Lei 9.637); proibição de distribuição de bens ou de parcela do patrimônio líquido em qualquer hipótese, inclusive em razão de desligamento, retirada ou falecimento de associado ou membro da entidade (art. 2º, I, h, Lei 9.637), entre outros.

O artigo 2º, inciso II, é muito criticado, já que afirma que a qualificação será discricionária, isto é, cabe ao “Ministro ou titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social e do Ministro de Estado da Administração Federal e Reforma do Estado”, segundo o juízo de mérito administrativo eleger qual associação ou fundação faz jus a que o poder público celebre com ela contrato de gestão, assim recebendo tratamento de organização social e usufruindo das benesses que isso lhe acarreta. Nesse sentido, Sílvio da Rocha:

O art. 2º, II, da Lei nº 9.637/98, que concedeu competência discricionária à Administração, é inconstitucional, por violar o princípio da igualdade, pois se duas pessoas jurídicas preenchem os requisitos exigidos pelo referido artigo, e ambas pedem a qualidade de organização social, a Administração não poderá escolher uma das duas, porque dificilmente estarão reunidos os elementos enunciados por Celso Antônio Bandeira de Mello que possibilitam a um *discrímen* legal conviver com a isonomia. (ROCHA, 2003, p. 116)

Nesse diapasão, Celso Antônio acrescenta um “limite” quanto à “desobrigação” do Estado em prestar diretamente o serviço público na saúde e na educação, porque os arts. 196, 205, 206 e 208 configuram esses dois direitos sociais como deveres do Estado, “circunstâncias que o impedem de se despedir dos correspondentes encargos de prestação pelo processo de transpassá-los a organizações sociais” (MELLO, 2008, p. 239).

O art. 3º fala da composição de um Conselho de Administração que deliberará sobre as ações da OS, o que chama a atenção é a participação de membros do poder público (de 20 a 40%), membros da sociedade civil (de 20 a 30%) e outros conforme definido no Estatuto, sendo que o somatório de participação de poder público e sociedade civil devem corresponder a mais de 50% do Conselho.

O art. 6º consagra que a qualificação se dá por meio de contrato de gestão. Apesar de a expressão ser idêntica, não se confunde com o contrato de gestão que ganhou status constitucional com a EC 19/98 e que está previsto no art. 37, §8º, da Constituição, pois este se presta a fim diverso daquele. O contrato de gestão constitucional visa à recuperação da eficiência de um órgão ou entidade e quando celebrado com o poder público (ente federativo), este lhe confere mais autonomia financeira, orçamentária e gerencial. Enquanto o contrato de gestão da Lei 9.637 é o pactuado entre o poder público e a associação ou fundação que concede a ela a qualificação de organização social com os benefícios inerentes.

A respeito da terminologia empregada pelo legislador, qual seja “contrato”, Diogo de Figueiredo tece crítica ao dizer que não são acordadas prestações recíprocas voltadas à satisfação de interesses de cada uma delas à parte, “senão, que distintamente, as partes ajustam prestações conjugadas em regime de colaboração, dirigidas à satisfação de um mesmo interesse público que lhes é comum, o que caracteriza um pacto não contratual” (MOREIRA NETO, 2003, p. 269).

Os artigos de 11 a 14 provocam críticas pesadas dos expertos no assunto, uma vez que autorizam à OS a destinação de recursos orçamentários, bens públicos em cessão e servidores públicos também cedidos, porém com ônus para o poder público. Não há como não citar o lúcido ensinamento de Celso Antônio:

Enquanto para travar com o Poder Público relações contratuais singelas (como um contrato de prestação de serviços ou de execução de obras – conforme exigidos na Lei de Licitações, Lei 8.666, de 21.6.93, a teor de seus arts, 27 e ss.) o pretendente é obrigado a minuciosas demonstrações de aptidão, inversamente, não se faz exigência de capital mínimo nem demonstração de qualquer suficiência técnica para que um interessado receba bens públicos,

móveis ou imóveis, verbas públicas e servidores públicos, custeados pelo Estado, considerando-se bastante para a realização de tal operação a simples aquiescência de dois Ministros de Estado ou, conforme o caso, de um Ministro e de um supervisor da área correspondente à atividade exercida pela pessoa postulante ao qualificativo de “organização social”. Trata-se, pois, da outorga de uma discricionariedade literalmente inconcebível, até mesmo escandalosa, por sua desmedida amplitude, e que permitirá favorecimentos de toda espécie. Há nisto uma inconstitucionalidade manifesta, pois se trata de postergar o princípio constitucional da licitação (art. 37, XXI) e, pois, o princípio constitucional da isonomia (art. 5º), do qual a licitação é simples manifestação puntual, conquanto abrangente também de outro propósito (a busca do melhor negócio). (MELLO, 2008, p. 239)

Já para encerrar essa seção, a título de curiosidade trazemos a lume as leis que o Estado do Rio de Janeiro promulgou. A primeira é a Lei 5.498/09 que regulamenta sobre a qualificação³ da OS, enquanto a segunda é a Lei 6.043/11⁴, cujo objeto é propriamente o do artigo, porque trata da qualificação da OS, que atue no âmbito da saúde. Além do Estado do Rio, há a lei criada pelo Município de Macaé, cujo número é 3.712 de 2011. Enfim, conforme lição pontificada por Diogo de Figueiredo, “cabe às unidades federadas suplementarem segundo seus respectivos interesses peculiares, a legislação federal sobre organizações sociais” (MOREIRA NETO, 2003, p. 188)

A princípio, para definição da expressão “simbiose”, recorremos ao conceito na biologia que a trata como a associação de dois indivíduos de espécies diferentes com benefício mútuo. Trazendo para a seara jurídica, podemos dizer que a simbiose, no direito, é a associação de dois ramos, público e privado, com proveito para ambos, sendo que o interesse de ambos deve ser, necessariamente, público.⁵ Em 1998, a Lei nº 9.637 inaugura essa tendência simbiótica, frise-se, trata-se de propensão à simbiose que não atingiu sua plenitude. Ainda é uma controvertida relação, tendo em vistas as polêmicas que suscita na doutrina e na jurisprudência.

É inegável que no caso da lei das organizações sociais há mais espaço para a atuação dos particulares, sendo que esta diminui a depender do grau de simbiose que se opte no estatuto de cada entidade. Importa sinalizar que a simbiose ocorre por vontade expressa do legislador e este concede a liberdade para que o setor privado e poder

³ Dois decretos expedidos pelo Governador do Rio foram expedidos para dar fiel execução à Lei 5.498/09, quais sejam os Decretos nº 42.506/10 e nº 42.882/11.

⁴ O decreto que o Prefeito do Município de Macaé à época expediu foi o de número 266 no ano de 2011.

⁵ Por suposto, estaria excluído desse conceito a tradicional participação da sociedade de economia mista na atividade econômica, em que cooperam capital público e privado, com maioria votante do primeiro, como ocorre com a Petrobras. E a Lei de Parceria Público-Privada (nº. 11.079/04), em que o poder público se associa com o particular, embora ambos com fins diversos, aquele em prol do interesse público e este à procura do lucro.

público graduem o nível que consideram adequados na necessidade do dia a dia da prestação do serviço público.

Nesse sentido, a inclinação que se nos revela é que setor privado e poder público envidem esforços em conjunto na consecução do interesse público o que ampliará a legitimação das políticas públicas adotadas com a participação da sociedade. Trata-se de uma autonomia privada sujeita ao interesse público. Em suma, os particulares, coligados ao poder público, possuem discricionariedade para atingir os fins públicos.

Cabe traçar alguns pontos importantes. Quando falamos em “simbiose” não queremos trazer a perspectiva clássica no direito administrativo de predomínio do direito público ou privado em determinada pessoa jurídica. É evidente que há incidência, por exemplo, de normas de direito público numa empresa estatal como exigência de concurso, dever de licitar etc., ao passo que quando um particular contrata com a Administração se submete às normas de direito público como cláusulas exorbitantes etc. Não falamos em prevalência de um ramo sobre outro. A proposta inovadora é de associação dos ramos naquilo que lhes compete, segundo a lei, com benefício mútuo visando ao interesse público, sem sobreposição.⁶

Passemos à análise da controvérsia. Há quem sustente que quando uma fundação ou associação recebe a qualificação de OS e passa a prestar a atividade a que se propôs no contrato de gestão seria mera atuação privada com fomento público (ARAÚJO, 2005, p. 273) ou “muito similar à estatal, o que pode caracterizar uma atividade administrativa não estatal” (JUSTEN FILHO, 2012, p. 284), o que consideramos incorreto, pois a OS quando age nas atividades “dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde” (art. 1º, Lei 9.637), presta efetiva e concretamente serviço público em sentido amplo, pois se trata de ente “delegado”⁷ (melhor seria, qualificado) que visa à satisfação de necessidades essenciais ou secundárias da coletividade (MEIRELLES, 2009, p. 320).

É pertinente a crítica contundente da professora Maria Sylvania que afirma que, pelo menos, de forma “aparente”, a organização social se propõe a exercer atividade de

⁶ Paulo Fernando em tese de mestrado colaciona a experiência do direito italiano em que as entidades sem fins lucrativo com finalidade pública integram o conceito de *subsidiariedade horizontal* (SOUZA, 2010, p. 149), o que tem como escopo aproximar as instituições dos cidadãos. É o que, analogamente, fazem as organizações sociais

⁷ Di Pietro (2011, p. 565) entende que se trata de delegação que a OS recebe para desempenhar serviço público. E Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 238) também está de acordo que o art. 1º da Lei disciplinadora da OS trata dos “serviços públicos” que ela terá de prestar.

natureza privada com fomento do Poder Público, porém, na realidade, o propósito autêntico parece ser o de privatizar a forma de gestão de serviço público delegado pelo Estado. Está implícito, prossegue ela, que a Lei 9.637/98, mesmo que não diga expressamente, pretende que as organizações sociais absorvam atividades atualmente desempenhas por órgãos ou entidades estatais. Outro ponto que merece destaque é que “nos casos em que as organizações sociais prestem estas atividades, mantendo a natureza de serviços públicos, o contrato de gestão muito se assemelha à concessão administrativa” (DI PIETRO, 2011, p. 566).

Por isso, a designação de “serviço público de natureza social” é adequada. A sociedade e o Estado se unem com o mesmo propósito. Há outro dispositivo complicado na Lei 9.637, trata-se do art. 18, que cria uma nova possibilidade, já que autoriza à OS “absorver” atividades de entidade federal extinta no âmbito da área da saúde, submetendo-se aos princípios constitucionais do SUS (art. 198, CF) e à Lei 8080/90, ou seja, em apenas um caso, notoriamente, a lei admite a prestação de serviço público pela organização social.

Ademais de ser considerada a atividade da organização social como serviço público em sentido amplo, há que temperar a posição com o que nomeamos de ingerência pública direta e indireta. A ingerência direta ocorre em duas hipóteses, são elas: participação do poder público nas decisões no Conselho de Administração em maior ou menor gradação a depender do previsto no estatuto da organização social (oscilando entre 20% a 40%) e cessão de servidores públicos com ônus para a origem (art. 3º, I, a, e art. 14, Lei 9.637/98, respectivamente). É uma ingerência direta, pois os agentes públicos atuam pessoalmente na deliberação e na execução de atividades da organização social, tendo em vista o interesse público e eles estão submetidos ao regime jurídico de direito público.

Por seu turno, a ingerência indireta se dá em duas situações também: com a transferência de recursos orçamentários e cessão de bens públicos. Aqui não se vislumbra o elemento volitivo de modo marcante, não obstante que para se conceder os bens e os recursos requer o pedido da organização social e a aceitação do poder público. Na indireta, o poder público age moderadamente.

Não se pode negar que a organização social quando presta uma atividade sem finalidade lucrativa, caminha em direção ao cumprimento do interesse público, não só dos seus membros pormenorizadamente, como de toda a sociedade, não é à toa que a lei concede a participação desta na quota de 20% a 30% (art. 3º, I, b, Lei 9.637/98).

Todavia, não é só por esse motivo que a OS se torna um instrumento na mão do Estado, em que este (des)manda como bem entender, mas, ao revés, não se pode negar que ao proceder à qualificação o Estado tem em mente sempre a supremacia do interesse público, não obstante a crítica feita quanto à discricionariedade na qualificação e na contratação de bens e serviços.

Nessa esteira, o Estado quando subvenciona a OS, busca o interesse público, mas concede a ela, em nome próprio, uma margem de liberdade para atingi-lo com financiamento estatal. Analogicamente, é como um pai que ensina seu filho a andar de bicicleta. O pai dá ao filho os meios e este se valerá também do que possui para realizar a empreitada (força, inteligência, perspicácia etc.). Não há conflito de interesses entre ambos. Eles estão associados para um benefício comum. O resultado obtido (andar de bicicleta) não pode ser dissociado da assistência do pai, tampouco se pode dizer que o pai quem fez tudo sozinho ou “forçou” o rumo a ser trilhado.⁸ Quando o filho cumpre a meta, ambos se alegram. O pai fica contente e o filho também. Todavia, importa dizer que em casos excepcionais, o pai, valendo-se de sua supremacia, toma o controle do desvio de rota prejudicial, não deixando o filho à mercê da sua própria vontade. A associação conjunta não se trata de indistinção ou equiparação. É possível definir os papéis atinentes a cada um no processo.

Por fim, a adoção dessa simbiose e das formas de manifestação da ingerência, tanto direta quanto indireta, possuem reflexos em variados pontos do direito, por exemplo, na responsabilidade, no dever de licitar, na mão de obra usada etc., veremos apenas alguns. Para concluir, é importante esclarecer que, salvo a participação do poder público que é obrigatória, a presença das outras hipóteses é facultativa. Mas a ingerência direta *fixa*, por si, é suficiente para manter o enquadramento da atividade como serviço público e surtir os efeitos, ainda que de modo mitigado, como a proibição da discricionariedade em observação do princípio da isonomia (art. 5º, *caput*, CF) e exigência do processo licitatório em atenção aos princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade (arts. 37, *caput* e 70, *caput*, CF).

A lei que regulamenta a OS é omissa quanto à responsabilidade civil dos seus atos que causem danos a terceiros, havendo ou não culpa. Esse tema na doutrina não é menos controverso e polêmico. Levando em consideração o posicionamento adotado no

⁸ Parece que quem defende a posição diversa tem um medo do “intervencionismo estatal” e anseia a todo custo relegar à ação da OS a um exclusivismo privado ou mesmo livrar o serviço público das “amarras” do direito público. Sabemos que não é adequado pensar assim, pois a própria lei prevê essa ingerência e a Constituição não desincumbiu o Estado.

tópico anterior, importante trazer à baila uma distinção relevante. Em regra, o Estado responderá objetivamente pelos danos causados a terceiros em virtude de atos praticados pela OS, ressalvada a ação regressiva em face desta em caso de culpa ou dolo (art. 37, §6º, CF).

A essa perspectiva clássica acrescentamos o que designamos por “critério de irresponsabilidade por ingerência pública”. Embora o nome seja extenso, a ideia é simples. O ente estatal quando for aferir a culpa ou dolo da OS, encontrará “obstáculos à responsabilidade”, isto é, a OS não se responsabilizará, via de regra, por esses atos, pois decorrentes da própria vontade do legislador em criá-los e imiscuí-los no complexo de relações jurídicas atinentes à atividade da mesma.

Para não nos delongarmos excessivamente, os exemplos clarificam melhor esse critério. É o caso de bens públicos cedidos (art. 12, Lei 9.637), em que por falha técnica ou qualquer outro problema venha a causar dano a terceiros, sendo a OS isenta de responsabilidade como regra, salvo em hipótese de culpa *in vigilando*, o que configuraria responsabilidade solidária. Outro exemplo é o de servidores cedidos que com sua conduta dolosa ou culposa prejudiquem a outrem, visto que não subsiste a alegação de que o mero cumprimento de ordens emanadas da OS retiraria a responsabilidade do Estado, pois este não teria o poder de fiscalizar diretamente seus servidores, o que parece desarrazoado, uma vez que os servidores não perdem o “múnus” de observar o interesse público com a cessão, ainda mantêm o vínculo econômico com o erário público, já que permanece o ônus do poder cedente em remunerá-los (art. 14, Lei 9.637) e há participação do poder público na deliberação do Conselho de Administração (art. 3º, I, a, Lei 9.637).

De modo específico, a OS quando atua na saúde, é atingida por uma responsabilidade mitigada por não prestar os medicamentos e serviços esperados, não tendo, em todos os casos, a OS que fornecê-los como se fosse o Estado, porque não goza dos recursos financeiros de que este dispõe e não tem escopo lucrativo. Sem adentrar o mérito da reserva do possível e mínimo existencial nesta seção, visto que isso será trabalhado mais à frente, mister se faz traçar uns apontamentos teóricos sobre o assunto.

Entendemos que há responsabilidade objetiva da OS quando ela fornece os medicamentos e serviços aquém do limite previsto no contrato de gestão sem a presença de excludente (caso fortuito ou força maior), sendo compelida a cumprir concretamente o que se dispôs a fazê-lo perante o poder público, independentemente da proveniência

de seus recursos, se privados ou se públicos. Exaurido seu “compromisso”, isto é, atingida a meta estipulada, é o Estado quem será demandado subsidiariamente, já que ela ao cumprir os termos contratuais, preenche seu dever constitucional atraído, por via oblíqua, do dever do Estado em cuidar da saúde (art. 196, *caput*, CF).

Outro ponto em que o critério acima explicado incide é o do famoso “erro médico”. Se o médico acusado de erro for servidor público, não há responsabilidade da OS, a menos que esta concorra de alguma maneira para o dano. A regra é de que ela não se responsabiliza nos casos enquadrados no critério, e sim, o Estado objetivamente em respeito ao art. 37, §6º, CF.

Afinal, esperamos que esses apontamentos, quais sejam o critério de irresponsabilidade por ingerência pública e a responsabilidade objetiva na prestação de medicamentos aquém do previsto, sirvam para orientar os debates acerca da responsabilidade da OS, já que o legislador se omitiu, como sói ocorrer, conquanto consideremos que uma lei que afaste a responsabilidade objetiva do Estado na atuação corriqueira da OS será inconstitucional por violar explicitamente o art. 37, §6º, de nossa Carta Magna, cabendo os instrumentos preventivo e repressivo de controle de constitucionalidade.

A princípio, assinalamos que não analisaremos os pormenores da problemática nessa seção em virtude de dedicarmos um capítulo próprio quando formos estudar a ADI 1923 e os dispositivos da Lei 9.637 que tiveram sua constitucionalidade obstada. De modo resumido, a Constituição consagra o princípio da obrigatoriedade da licitação (art. 37, XXI, CF) quando o poder público “contrata” com o particular com o fito de se privilegiar a isonomia (art. 5º, *caput*), a impessoalidade e moralidade administrativa (art. 37, *caput*, CF) e a economicidade com a busca pela proposta mais vantajosa (art. 70, *caput*, CF). Por sua vez, a regulamentação veio na década de 90 com a Lei de Licitações (nº. 8.666) que, em caráter excepcional, anui com a contratação direta em três casos: licitação dispensada (art. 17), dispensável (art. 24) e inexigível (art. 25).

O texto originário da Lei 8.666 não previa, mas com a Lei 9.648, em 1998, acrescentou-se mais um inciso (XXIV), ao art. 24 com a finalidade de tornar a “contratação” com a organização social licitação dispensável, isto é, o critério para se contratar diretamente é discricionário, depende do mérito administrativo do “Ministro ou titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social e do Ministro de Estado da Administração Federal e Reforma do Estado”

(art. 2º, II, Lei 9.637). Caso proceda pela dispensa, deverá fundamentar o ato que a motivou (art. 26, Lei 8.666).

Nesse sentido, preleciona Valter de Araújo:

O dispositivo é criticável, pois impede a competitividade entre organizações sociais que atuem na mesma área. Se uma entidade funciona melhor que outra, cremos não haver motivos para que a dispensa ocorra. Apesar de a Lei nº 8.666 não fazer restrições, o seu art. 24, XXIV, deve apenas ser empregado, por conta dos princípios da competitividade, da isonomia e da moralidade, quando não existirem motivos que justifiquem uma competição entre as organizações sociais da área que se pretende contratar. Fora dessa circunstância, a licitação merece ser promovida. (ARAÚJO, 2005, p. 275)

O que foi explicado se refere ao processo de escolha da fundação ou da associação civil que receberá a qualificação de organização social e só deve ser empregado, repisa-se, em caráter excepcional de ausência de competição. Por seu turno, a Lei 9.637/98 prevê que, quanto aos bens e serviços que serão necessários para OS realizar suas atividades, seja expedido um regulamento próprio contendo os procedimentos que “adotará para a contratação de obras e serviços, bem como para compras com emprego de recursos provenientes do Poder Público” (art. 17, Lei nº 9.637), apesar de a mudança de objeto, entendemos que o dever de licitar permanece.

Não obstante, o Dec. 5.504/2005 exige que as organizações sociais relativamente aos recursos por ela administrados oriundos de repasse voluntário de recursos públicos da União, realizem licitação para as obras, compras, serviços e alienações (art. 1º). O §1º do referido artigo obriga que se os bens e serviços forem comuns, impõe-se a modalidade pregão, preferencialmente, na forma eletrônica (Lei nº 10.520).

Posteriormente, foi expedido outra regulamentação em 2007, o Dec. nº 6.170, que dispõe sobre normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, estabelecendo exigência diferente da do Dec. nº 5.504, em que a aquisição de produtos e a contratação de serviços com recursos da União repassados a entidades privadas sem escopo lucrativo observarão os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, sendo necessária, no mínimo, a realização de cotação prévia de preços no mercado antes da celebração do contrato.

Se formos aplicar os critérios de resolução de antinomia das leis (especial, cronológico e hierárquico) aos decretos em questão, teremos que o Dec. nº 5.504 recai,

de forma específica, sobre bens e serviços comuns⁹ e a necessidade de licitar na modalidade pregação, preferencialmente, na forma eletrônica quando houver repasse de verbas da União, ao passo que o Dec. nº 6.170 trata, de maneira geral, que o repasse de verbas da União exige apenas realização de cotação prévia de preços antes de celebração do contrato. A incidência dos decretos é distinta e o “conflito aparente” se resolve pela especialidade (*lex generalis non derogat lex specialis*). Em suma, quando se tratar de bens e serviços comuns, a organização social deve licitar para contratá-los, enquanto os que não forem bens e serviços comuns, basta que se empreenda prévia cotação dos preços.

Para concluir esse tópico, o impasse não está no art. 175 da Lei Magna, pois este é aplicável ao serviço público privativo e no tocante ao não privativo, como saúde (art. 209) e educação (art. 197), prevalece o entendimento de não se obrigar a licitação, pois é possível que os particulares exerçam independentemente do ato negocial (concessão, permissão ou autorização). Logo, a organização social não está obrigada por força desse artigo.

O impasse se dá na discricionariedade que o ministro ou supervisor responsável tem em qualificar ou não uma pessoa jurídica de direito privado, o que acarretará a esta uma série de benefícios que em outras circunstâncias a própria Lei 8.666 torna indispensável a licitação. Esse *discrimen* é inconstitucional, pois fere o princípio isonômico (art. 5º, caput, CF) e a própria Lei 9.648 quando acrescentou o inciso XXIV à Lei de Licitações sinalizou que a licitação pode ocorrer, como também pode ser dispensada, desde que o responsável fundamente seu ato, o que queremos é dar interpretação conforme a Constituição a esse dispositivo no sentido de que a dispensabilidade só seja possível ante a ausência de competidores.

Além do mais, há o que a doutrina moderna tem chamado de função regulatória na licitação, mesmo que não haja obrigação expressa de licitação, pois serve ao propósito de atender aos outros princípios constitucionais, como a economicidade (art. 70, caput, CF) quando se propõe a busca da proposta mais vantajosa (art. 3º, Lei nº 8.666), moralidade e impessoalidade, vedando a concessão de favoritismos e a eficiência (art. 37, caput, CF) e induzir a práticas sociais benéficas (FERRAZ, 2009, p. 2). Esse entendimento se encaixa perfeitamente no conceito apontado de simbiose jurídica e na lisura que se deve ter com o trato da *res publica*, ainda mais quando se tem

⁹ A definição de bens e serviços comuns se encontra na Lei do Pregão (10.520): Art. 1º, Parágrafo único. *Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.*

em conta que o contrato de gestão não possui tempo determinado, mais rigor na escolha do particular afinado com o interesse público se impõe.

Apesar de que em muitas ocasiões se reste provado a fraude ocorrida no bojo do processo licitatório, ainda é o que de melhor criou nossa comunidade jurídica para combater as “primeiras irregularidades”. Portanto, não haveria que se falar em dispensa da licitação, seja na qualificação - salvo quando não houver competição, seja nos bens e serviços contratados pela OS com outros particulares, salvo nesta hipótese quando não receba fomento do erário público, sendo patente inconstitucionalidade o que fez o legislador ordinário ao dispensar o processo licitatório.

1.2 ADI 1923: organização social e a pecha da inconstitucionalidade

Trata-se de uma ação direta de inconstitucionalidade impetrada no Supremo Tribunal Federal pelo Partido dos Trabalhadores e Partido Democrático Trabalhista, cujo pedido na inicial era pela total inconstitucionalidade da Lei nº 9.637/98 e pelo art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93. Em poucas linhas, eles alegaram que houve ofensa aos deveres de prestação de serviços públicos pelo Estado nas seguintes áreas saúde, educação, meio ambiente, patrimônio histórico e acesso à ciência;¹⁰ violação à impessoalidade (art. 37, *caput*) e interferência impertinente do Estado em associações (art. 5º, XVII e XVIII); descumprimento do dever de licitação (arts. 22, XXVII, 37, XXI, e 175); ofensa aos princípios da legalidade e do concurso público na gestão de pessoal (arts. 37, II e X, e 169); descumprimento de direitos previdenciários dos servidores (art. 40, *caput* e §4º), insubmissão a controles externos (arts. 70, 71 e 74) e, por fim, restrição de atuação do MP (art. 129).

Na ADI, havia o pedido liminar que foi indeferido pelo ministro relator Ilmar Galvão à época e acompanhado integralmente pelo ministro Moreira Alves e, quanto aos serviços de saúde, pelos ministros Sepúlveda Pertence e Néri da Silveira. Além disso, pediram concessão de medida cautelar que foi indeferida pela maioria do Supremo, conforme ementa lavrada em 2007 que, em síntese, afirma que não o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, já que se passaram nove anos desde a criação da lei em 1998 e, na análise do mérito, poderia ser modulado os efeitos da lei. Como o ministro Eros Grau abriu divergência no julgamento da medida cautelar, insta analisar

¹⁰ Dispositivos constitucionais atingidos no entendimento dos partidos: arts. 23, 196, 197, 199, § 1º, 205, 206, 208, 209, 215, 216, § 1º, 218 e 225, todos da Constituição.

os argumentos levantados, pois estão, parcialmente, em conformidade com o apontado no artigo até então.

De plano, o ministro Eros Grau alerta que se trata de “inconstitucionalidade nociva e perniciosa, que torna corrente o periculum in mora”. Ele destaca que a saúde e a educação constituem serviços públicos não privativos, mesmo que possam ser prestados pelos particulares independentemente de concessão, permissão ou autorização, frise-se, não perdem o caráter de serviços públicos. Quanto às demais atividades não há “privilégio estatal”, tais como proteção e preserva do meio ambiente, cultura etc.

Afirma que a remodelação do papel do Estado, com a diminuição e redefinição deste, são inconstitucionais por ofensa aos artigos 1º, 3º e 170, que não consagram o Estado neoliberal que relega à ação privada a prestação de serviços públicos e defende um Estado enxuto, mas, ao revés, cuida de instituir um Estado sensível às questões sociais e à realização da justiça social. Critica a lei que ao tratar do “contrato de gestão” diz se tratar de “instrumento” e não “vínculo” como seria o correto, ademais fala que ela concede “favores desmedidos” sem o crivo prévio do processo licitatório.

Continua se opondo à lei, pois ela inova no ordenamento ao conceder recursos e bens públicos com dispensa de licitação, bastando a discricionariedade do ministro ou supervisor responsável pela qualificação. Sem contar da cessão de servidores para a organização social com ônus para origem que considera patente absurdo. Sobre a licitação, afirma que o fato de a Constituição abrir brecha para excepcionar a necessidade de licitação nos termos da lei (art. 37, XXI, CF), essa autorização não pode ser feita arbitrariamente pelo legislador infraconstitucional. Vale-se da hermenêutica para reforçar, uma vez que não se interpreta a Lei Maior com “textos isolados de direito”, e sim, no todo, isto é, na totalidade normativa da Constituição.

Ademais, trata da violação ao princípio da isonomia (art. 5º, caput), já que não se sustenta o tratamento diferenciado dado à organização social com os privilégios inerentes à celebração do contrato de gestão com dispensa de licitação, o que se configura “inconstitucionalidade chapada” do art. 24, XXIV, Lei nº 8.666/98. Ele repete a crítica ao contrato de gestão e as incorreções pertinentes a ele, além de aduzir que o plano que pretendia “publicizar”, na verdade, tratou de “privatizar” as funções estatais. Por fim, não analisa os arts. 21 a 23 da Lei nº 9.637/98 por considerá-los dotados de efeitos concretos, não apreciáveis em sede de controle abstrato, e concede a liminar para suspender o art. 1º da Lei nº 9.648/98 e os arts. 5º, 11 a 15 e 20 da Lei nº 9.637/98.

Em 2011, o relator da ação ministro Ayres Britto votou pela procedência parcial dos pedidos. Ele alegou a inconstitucionalidade da expressão “quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social” (art. 2º, II, Lei 9.637/98) e também da “com recursos provenientes do contrato de gestão, ressalvada a hipótese de adicional relativo ao exercício de função temporária de direção e assessoria” (art. 14, §2º, Lei 9.637/98). Quanto aos artigos 18 a 22, fez a modulação dos efeitos da decisão no sentido de que as organizações sociais que “absorveram” atividades de entidades públicas extintas até a data do julgamento deverão continuar prestando os respectivos serviços.

Ele concedeu aos artigos 5º, 6º e 7º da referida lei e ao inciso XXIV do art. 24 da Lei nº 8.666/93 a interpretação conforme a Constituição, para deles afastar qualquer entendimento que exclua a realização de um próprio processo competitivo público e objetivo para a qualificação de entidade privada como organização social e a celebração de “contrato de gestão”. Prossegue explicando que os serviços prestados tanto pelo poder público, diretamente ou sob regime de concessão, permissão ou autorização, quanto os prestados pela iniciativa privada possuiriam natureza pública, uma vez que o serviço não se “despublicizaria” pelo fato da “transferência” de sua prestação ao setor privado. Nessa linha, as atividades teriam natureza pública, se prestadas pelo próprio Estado ou em parceria com o setor privado e, se desempenhadas exclusivamente pelo setor privado, seriam definidas como atividades ou serviços de relevância pública (CF, artigos 129, II, e 197).¹¹

Para concluir esse tópico, o ministro Luiz Fux pediu vista da ação e proferiu voto pela parcial procedência do pedido, apenas assinalando o respeito aos princípios regentes da Administração e afastando interpretações restritivas quanto ao controle do MP e do TCU. E a ação ainda aguarda a manifestação dos outros ministros.¹²

1.3 A essencialidade do direito à saúde

A saúde, segundo ensina o professor Uadi Lamego Bulos, é “o estado de completo bem-estar físico, mental e espiritual do homem, e não apenas a ausência de afecções e doenças” (BULOS, 2008, p. 1287) A Constituição de 88 quis dar especial guarida a esse direito social (art. 6º, CF), alçando-o a um dos pilares da seguridade

¹¹ Para complementar os pontos abordados na decisão do Ministro Ayres, tais como a necessidade de contratação por concurso e a remuneração “extra” do servidor cedido pela organização social, recomendamos a leitura do Informativo 621 do STF.

¹² Até a data de apresentação desse artigo, a saber, 24 de fevereiro de 2014.

social (art. 194, CF) e o tornando oponível ao Estado mediante a exigência de políticas sociais e econômicas com o fito de garantir o acesso universal e igualitário (art. 196, CF).

Tal é a relevância e precedência desse direito que o STF, guardião magno da Lei Fundamental, possui farta jurisprudência no sentido de dar concretude ao pretendido pelo legislador constituinte graças à inação ou à insuficiência de medidas dos outros poderes. Como ilustremente destacou o Ministro Celso de Mello não é possível separar o direito à saúde do direito à vida, pois aquele é consequência deste e, nessa esteira, é impostergável sua efetividade (*RE-AgR 271286/RS*). Estão unidos por derivação lógica.

Nesse sentido, é que a saúde mostra sua essencialidade, como em outra ocasião assinalou Celso de Mello em outro aresto¹³, e precedência em relação aos outros direitos sociais, ou melhor, quando atrelada ao mínimo existencial (o que será visto em tópico superveniente). Assim alguns entendem que se trata de efetivo direito subjetivo público como ficou consignado na ADPF 45, pois, valemo-nos do magistério do ministro Gilmar Mendes que coteja os limites desse direito:

Dizer que a norma do art. 196, por tratar de um direito social, consubstancia-se tão somente em norma programática, incapaz de produzir efeitos, apenas indicando diretrizes a serem observadas pelo poder público, significaria negar a força normativa da Constituição. [...] Não obstante, esse direito subjetivo é assegurado mediante políticas sociais e econômicas. Ou seja, não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde”. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 832)

É consabido que o direito à saúde é “dever do Estado” e consiste na efetivação de “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” (art. 196, CF). Esse dispositivo constitucional elucida que há o direito à saúde que está relacionado a todos e, para além do direito, há o dever do Estado (concepção genérica) de assegurá-lo. Não existe direito sem uma obrigação correspondente, ou seja, sem uma vinculação a um ente munido de meios garantidores

¹³ "Cumpra assinalar que a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse, como prestações de relevância pública, as ações e serviços de saúde (CF, art. 197), em ordem a legitimar a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário naquelas hipóteses em que os órgãos estatais, anomalmente, deixassem de respeitar o mandamento constitucional, frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social, seja por intolerável omissão, seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante” (*STA 175-AgR*, Rel. Min. Presidente Gilmar Mendes, voto do Min. Celso de Mello, julgamento em 17-3-2010, Plenário, *DJE* de 30-4-2010.)

de que o direito seja prestado. Não é diferente quando se trata do direito à saúde, aliás, do direito a prestações de saúde.

Por sua vez, o art. 23, II, da Constituição redistribuiu a competência para cuidar da saúde entre todos os entes políticos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios¹⁴), isto é, todos são responsáveis pela efetivação de políticas públicas, devem se empenhar em concretizá-las e configuram, solidariamente, o polo passivo de demandas, sejam coletivas, sejam individuais, quando se tratar de prestações de saúde. Nessa perspectiva, a própria lei regulamentadora do SUS (nº. 8.080) deixou isso consignado em seu art. 7º, XI, ao apregoar o princípio de conjugação de recursos de todas entidades federativas e o Supremo tem entendimento pacificado quanto à solidariedade na responsabilidade estatal¹⁵.

Por fim, impende o realce de que a assistência à saúde é livre à iniciativa privada, podendo, inclusive participar de forma complementar do SUS (art. 209, §1º, CF), conquanto pontue com sagacidade o jurista Manoel Jorge e Silva Neto e sirva como diretiva para a participação da organização social nessa seara:

Não se poderá, assim, contratar com entes privados para, no âmbito de cada estrutura de governo, deslocar-se para instituições privadas mais da metade dos serviços e ações de saúde. Se isso acontecer, é possível a declaração de incompatibilidade da delegação ou concessão, inclusive em sede de ação civil pública proposta para reconduzir a política pública de saúde à determinação promanada do §1º do art. 199, máxime porque o signo “complementar” impede a particulares a assunção de obrigação em nível superior àquela que, de ordinário e de acordo com o parâmetro constitucional, deva ser atribuída ao Estado”. (SILVA NETO, 2006, p. 609)

O debate que permeia o mínimo existencial e a reserva do possível é extremamente delicado e difícil de ser travado, pois envolve questões que, muitas vezes, fogem à análise estrita do direito e se espalha para outras searas (filosófica, política, econômica etc.), cujos conhecimentos são indispensáveis para cotejar mais luzes ao enevoado problema de se efetivarem os direitos sociais, sob pena de que estes se transformem em “arranjos nominais”¹⁶ da Constituição.

Inicialmente, cabe esclarecer que o art. 5º, §1º, CF, consagra, segundo a doutrina, o princípio da máxima efetividade, já que textualmente diz que “as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, poderíamos

¹⁴ Segundo o Texto Magno, ao Município cabe prestar com a ajuda financeira e técnica da União e do Estado respectivo serviço de atendimento à saúde da população (art. 30, VII, CF).

¹⁵ Nesse sentido, o seguinte julgado: STF, RE 195.192, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 31-3-2000.

¹⁶ A expressão deve ser entendida dentro da classificação proposta por Karl Loewenstein, uma vez que os direitos sociais seriam nominais na medida em que se mostrasse o descompasso com a realidade, tendo caráter meramente decorativo no texto constitucional, sem eficácia alguma.

acrescer mais uma impropriedade legislativa quanto à terminologia adotada, mas isso seria um pormenor. De todo modo, é importante diferenciar os vocábulos, pois “máxima”, para o direito, não se confunde com “plena”, ou seja, dotar um direito de “máxima efetividade” não implica dizer que ele produzirá todos os seus efeitos para todos, isto é, ele não atenderá todos os desejos das pessoas, ao contrário, significa conceder tantos efeitos quanto forem possíveis seja por ato comissivo, seja por ato omissivo.

Nesse diapasão, resta evidente que os direitos e garantias individuais possuem mais efetividade que os sociais, pois aqueles, tradicionalmente, surgiram num contexto histórico que bastava a abstenção dos poderes públicos em violá-los para serem cumpridos (prestações negativas), ao passo que estes requerem políticas públicas para serem implementados (prestações positivas), uns mais outros menos também é óbvio. Embora essa ideia clássica esteja sendo revista pela doutrina moderna, como será esclarecido depois.

Em primeiro lugar, o mínimo existencial desenvolvido teoricamente pelo direito alemão se refere, como a expressão sugere, ao necessário que um ser humano precisa para sobreviver dignamente, isto é, os direitos que são indispensáveis para que se assegure a sobrevivência desse indivíduo sem ter em conta, de plano, a sociedade que o circunda. É como se os olhos se fechassem aos arredores e focalizassem uma única pessoa. Esse princípio decorre da dignidade humana (art. 1º, III, CF) que institui o homem como um fim em si mesmo, ou seja, o homem não pode ser instrumentalizado para qualquer fim, sob risco de ter ultrajada sua dignidade. Nesse ponto, o direito ocidental deve muito ao cristianismo que difundiu a noção de dignidade do ser humano em virtude de ter sido criado à imagem e semelhança de Deus, fato que *per se*, confere ao homem valor intrínseco (MORAES, 2003, p. 77).

Além disso, o mínimo existencial também emana do art. 3º, III, CF, que aduz na sua primeira parte a “erradicação da pobreza e da marginalização”. Tendo isso em conta, é possível perceber que, mesmo que não haja hierarquia entre os direitos fundamentais, uns não se superpõem a outros, há entre eles precedência, ou seja, existem direitos que antecedem outros, estão divididos em várias partes como num tronco de uma árvore que ao ser cortado e visto transversalmente revela o “cerne primordial”. A analogia é pertinente, porque em biologia o termo designa a parte mais interna e dura dos troncos de uma árvore.

Ao se definir o “cerne primordial” do rol dos direitos fundamentais, teremos encontrado logicamente o mínimo existencial, não obstante a dificuldade que Gisele Citaddino aponta em sua obra para a definição de um critério objetivamente verificável de vida digna em sociedades plurais como a nossa sem o construto de um consenso, haja vista “a multiplicidade de valores culturais, visões religiosas de mundo, compromissos morais, concepções sobre vida digna, enfim, isso que designamos por pluralismo” (CITADDINO, 2004, p. 78).

Em linhas gerais, o mínimo existencial trata desse núcleo duríssimo de direitos sociais, constituído pelos bens e utilidades impreteríveis a uma vida digna, já que se pressupõem os direitos individuais em gozo (vida, liberdade e segurança e outros), ao encontro disso Daniel Sarmiento salienta, na linha de pensamento habermasiano, que a garantia de condições mínimas de existência é um pressuposto da própria democracia (SARMENTO, 2004, p. 345).

Desta feita, entendemos que três direitos sociais integram esse cerne, quais sejam: saúde (art. 196, CF), alimentação (art. 6º, CF) e assistência em caso de necessidade (art. 203)¹⁷. Não é preciso tratar do primeiro, porque no tópico sobre a essencialidade do direito à saúde repisamos bastante sua relevância. Quanto ao segundo, parece evidente que um indivíduo esfomeado, pela sua terrível condição revela que sua dignidade está sendo concreta e sistematicamente violada¹⁸.

Nessa perspectiva, o poema de Manoel Bandeira intitulado “*O Bicho*” confirma o espanto de alguém que se depara com o máximo desrespeito ao não se fornecer o mínimo necessário na concreção do direito à alimentação, assim entoa tristemente o poeta ao descobrir que o “bicho”, que celeradamente catava comida no lixo para prover sua “subsistência”, ao qual aludia, não era nada mais, nada menos, que um ser humano: “O bicho, meu Deus, era um homem!”.

Não se trata de fazer propaganda a qualquer ideologia socializante que seja, porque o espaço acadêmico não se destina à formação de militância ideologicamente “adestrada” (art. 206, III). Cuida-se em retirar o direito à alimentação da cômoda “zona programática” e associá-lo incontestemente ao mínimo existencial. Também não se trata de utopia jurídica, construção de idealismo inalcançável, pois se é para aferir

¹⁷ Na assistência social vigora o princípio da seletividade, uma vez que, além de outros objetivos, o legislador escolheu dois grupos especiais para conceder o benefício de um salário mínimo, os idosos e portadores de deficiência, desde que não tenham meios de prover o próprio sustento (art. 203, V, CF).

¹⁸ Não iremos fazer devaneios sobre o conceito de fome. Quando usarmos esse vocábulo, estamos nos referindo tanto ao desnutrido quanto ao subnutrido. O parâmetro utilizado é o cálculo feito pela taxa de metabolismo basal (TMB) que conjuga os fatores peso, altura e idade. Por exemplo, em média um homem adulto necessita da ingestão de 2 mil calorias por dia.

prodigalidade o art. 3, III, vence sobremaneira, haja vista que previu como objetivo fundamental a “erradicação da pobreza”¹⁹ e propomos como cumprimento, ainda de forma parcimoniosa, a erradicação da atroz fome.

Aliás, não se resolve esse impasse com desdém que decreta interiormente a inocuidade da argumentação e a inviabilidade econômica. Não propugnamos a concessão de todos os direitos sociais a todos os brasileiros como moradia, trabalho, previdência e outros, pois eles se chocam com a trincheira da “reserva do possível”, o que defendemos, corajosamente, aqui é que esse tripé (saúde, alimentação e assistência), munido de blindagem constitucional, transponha o campo de batalha de divergências doutrinárias fácil e comodamente refletidas e debatidas em situações muito distintas das quais os miseráveis estão subjugados.

Em outros dispositivos constitucionais, é possível detectar que o legislador constituinte quis albergar a proteção a esse direito, porque deu precedência ao direito à alimentação em face da liberdade individual em caso do devedor de alimentos (art. 5º, LXVII, CF), consagrou a alimentação como uma “necessidade vital básica” quando trata do salário mínimo (art. 7º, IV, CF), instituiu como competência material comum dos entes federativos a organização do abastecimento de alimentos (art. 23, VIII, CF), priorizou no pagamento de precatório os débitos de natureza alimentícia (art. 100, §1º, CF), incumbiu ao SUS a fiscalização dos alimentos (art. 200, VI, CF) etc.

Não é preciso ser um experto no assunto, tampouco despender muito esforço para se perceber a interconexão necessária que há entre alimentação e saúde. A primeira é pressuposto para a segunda. Uma pessoa mal nutrida terá sua saúde afetada, ainda que os sintomas demorem a se manifestar, ainda mais sem comida, cujos danos à saúde são graves. Sem patamares mínimos de alimentação extensíveis a todos que estejam com escassez de recursos para provê-los, tampouco se pode garantir a saúde. A manutenção

¹⁹ A professora Aldacy Coutinho (2007, p. 14-20) afirma que uma das plataformas do Governo Lula era o combate à fome (Fome Zero), porém nos discursos presidenciais isso foi perdendo força e houve uma equivocada identificação de pobreza com fome. Segundo ela, não basta a concessão de alimentos para cuidar da questão da pobreza, e sim, de uma série de serviços públicos conjugados com a inserção social do indivíduo marginalizado. Considera também que nos moldes do *Bolsa Família* à época (e até hoje) só servia para manter as pessoas presas à dependência do Governo, o que configura, sem dúvida, política assistencialista e clientelista. André Copetti (2007, p. 33) também está de acordo e afirma que adoção de políticas públicas como as dos últimos governos (FHC e Lula) carecem de fundamento constitucional e não contribuem para a realização dos direitos fundamentais. O perigo de só conceder a alimentação é a dependência do assistencialismo como dito. O ideal seria que, em contrapartida, o cidadão fosse reintegrado por políticas públicas acessórias como de educação, de trabalho e outras, como exemplo a redução tributária de empresas que contratarem as pessoas atingidas por esses programas de combate à fome etc.

desse estado de miserabilidade extrema é intolerável e, pelo escândalo que é por si mesmo, deveria ser a tarefa principal de qualquer governo erradicá-lo²⁰.

Uma saída para a efetivação dos direitos sociais que alguns autores apontam é a chamada vinculação das receitas de impostos. Não é uma figura nova e está presente no texto da Constituição desde 1988 quando trata da educação (art. 212, CF) e saúde (art. 198, §2º, CF). A vinculação impõe um mínimo de gastos fixos que o Estado terá que despender quando for dar destinação ao orçamento público. O cuidado que se deve ter ao adotar tal posição é que não pode haver uma vinculação integral do orçamento, sob pena de causar a alardeada ingovernabilidade. André Copetti (2007, p. 35) defende a imposição de um “sistema sancionatório rigoroso” para que os agentes políticos cumpram o estabelecido pela vinculação, se não o fizessem, seriam apenados.

Desde 1994, o Congresso Nacional tem desrespeitado a vinculação orçamentária e, pois, as receitas estão sendo desviadas para outras finalidades como salienta Fernando Scaff (2007, p. 86-87), contando com a inércia do Ministério Público e do Judiciário, um total de aproximadamente 20%. Por sua vez, a utilidade política da vinculação seria que o administrador, ao cumpri-la e executá-la por meio infralegal, estaria atendendo a um projeto constitucional, e não, governamental casuístico. Por exemplo, quando um doente ou um mendigo recebesse ajuda na sua necessidade, seria graças à Constituição, sendo ela ponto de partida e de chegada de toda política pública, e não ao político X ou Y, o que afastaria o clientelismo. A respeito do elucidado, Ricardo Torres (2007, p. 359) esclarece que já tramita no Congresso PEC que cria a vinculação de receitas tributárias para a saúde (EC 29/00) e para fundos de pobreza (EC 31/00). Os recursos destinados a estes, se aprovada a proposta de emenda, poderiam servir para a concreção do direito à alimentação, dentre outras medidas com fulcro no mínimo existencial.

Antes de concluir, urge expor a relação interessante que existe entre reserva do possível fática e o princípio da isonomia a que Daniel Sarmento alude, pois não se poderia exigir do poder público a efetivação de um direito social, que não pudesse ser

²⁰ Assim não seria absurdo entender o direito à alimentação mínima como um direito público subjetivo exigível do Estado. A concessão de alimentos para os miseráveis não poderia ficar ao talante do poder público na implantação de suas políticas. É urgente dizer que a pressuposição de gozo dos direitos individuais é ficta em casos como o de desnutrição, pois pessoas nessa condição estão alijadas, como ficou demonstrado de praticamente todos os bens jurídicos, assim o acesso à justiça para o reclamo de um direito público subjetivo poderia ocorrer por ações coletivas propostas pelo Ministério Público, Defensoria Pública (ADI 558/RJ), associações e outras entidades, com o fito de vincular o Estado para cuidar do problema. Não há espaço aqui para desenvolver toda a questão que envolve o direito à alimentação, mas o objetivo de imediato é apenas corporificá-lo teoricamente e inseri-lo no mínimo existencial.

concedido a todos que se encontrem na mesma situação, tendo em vista que se deve empregar o mesmo tratamento aos que estão em situação idêntica. Valendo-se dessa baliza, muitas pessoas, ao necessitarem de remédios caríssimos devido a moléstias raras, veriam suas demandas judiciais frustradas e suas vidas seriam ceifadas graças à excepcionalidade do mal que padecem.

Ao revés, a trágica situação da ausência de alimentação mínima passa pelo crivo que ele defende, pois atende à “razoabilidade da universalização da prestação exigida, considerando os recursos efetivamente existentes” (SARMENTO, 2013, p. 11-12). Há milhares de brasileiros nessas condições e recursos disponíveis. Se alegarem a insuficiência destes para o fornecimento mínimo de alimentos, o direito perde sua razão de ser, ao menos para uma parcela da população à margem da possibilidade de gozo irrisório dos bens vitais, podendo tachar o discurso jurídico, sem dúvida, como verborragia.²¹

Em termos mais contidos, é o que defende Fernando Facury Scaff (2005, p. 85-87), quando expõe o conceito extraído de Robert Alexy de liberdade real como pressuposto da liberdade jurídica, sem a efetividade daquela esta não tem valor, ou seja, não só os direitos sociais como também os individuais seriam vazios para um grupo de excluídos. Além do conceito de Alexy, ele explica o de Amartya Sen sobre a possibilidade de exercer suas capacidades, estas entendidas como liberdade de ter estilos de vida diferentes, o exemplo dado é de uma pessoa que está em jejum e de outra faminta. A primeira não come por opção, enquanto a segunda por falta de alimento, isto é, há falta de capacidade (condições) para fazê-lo.

Nessa esteira, é imprescindível citar o brilhantíssimo artigo de Ana Paula de Barcellos (2008, p. 803-826) sobre o direito a prestações de saúde, em que, de modo sumário, ela traça os parâmetros para a definição do mínimo existencial no que tange ao direito à saúde e endossa o exposto por Sarmiento, pois o mínimo consistiria na efetivação das obrigações básicas que o Estado tem para com todos (todos!). Ela (re)coloca a discussão na realidade e foge das abstrações desarraigadas do “solo real” e de particularismos em demandas judiciais com altos vultos que não podem ser racionalmente universalizados. Aborda, dentre outros argumentos, que esse compromisso decorre diretamente do texto constitucional e até prescinde de

²¹ Para se ter ideia das dificuldades em se concretizar os direitos sociais no país, o TCU emitiu parecer rechaçando a gestão do governo petista em 2005 por não ter cumprido o limite mínimo de aplicação dos recursos na erradicação do analfabetismo e na manutenção e no desenvolvimento do ensino fundamental o que já não tinha ocorrido desde 2004 e, além disso, das despesas de 1,1 trilhão de reais, o Governo gastou 5,1% na educação, saúde e segurança pública (cf. SCAFF, 2008, p. 88-89) É o que Jose Bolzan de Moraes (2007, p. 159) chama de “*crise de realização*” no Estado Democrático de Direito.

complemento legislativo, não podendo se furtar de aplicar o mínimo existencial – quando for matéria de saúde básica, como um parto, por exemplo - o administrador, o legislador, e, muito menos, o juiz, que deveria ter em conta a força normativa da Constituição, ao atuar nesses casos dramáticos de ausência de saúde básica ante a inércia ou omissão de ambos, não sendo considerado ativismo judicial. Ainda que a professora concorde que a tutela coletiva ou o controle abstrato de constitucionalidade teriam mais abrangência, eficácia, possibilidade argumentativa e legitimidade, não descarta a utilidade da demanda individual.

Em oposição à visão de Ana Paula, contrasta-se a de Ricardo Lobos Torres (1989, p. 33) mais restritiva de mínimo existencial (trata-se de um direito fundamental e não um núcleo duro de direitos sociais), ele distingue entre o *status positivus libertatis*, condições para o exercício da liberdade, prestado de forma pontual como concessão de certidão gratuita, merenda escolar, assistência judiciária gratuita etc; e o *status positivus socialis*, que seriam prestações não obrigatórias de direitos sociais que visam ao aperfeiçoamento da sociedade e que se subordina à reserva do possível nos limites conjunturais do orçamento e à previsão legislativa infraconstitucional. Há também o *status negativus*, basicamente, atinente à política de imunidade fiscal, como “isenção” de imposto de renda e outros.

Por fim, com base no tratado, a reserva do possível não poderia ser oposta para se escusar de cumprir o mínimo existencial²², pois este consiste em direitos indispensáveis para se ter uma vida digna e cabe ao Estado, prioritariamente, envidar todos os seus esforços para atendê-lo, demonstrando, *a contrario sensu*, que o indivíduo que se encontre desprovido do mínimo existencial num dado momento histórico é prova de que o poder público, em ocasião passada, adotou atitudes inconstitucionais, ao alocar recursos em áreas que não eram primordiais. Assim o juiz, por seu turno, ao analisar a reserva do possível numa lide pode (e deve) rejeitá-la quando diante de uma ação racionalmente universalizável e que se enquadra no mínimo existencial a ser prestado na saúde, na alimentação e na assistência.

2 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final do artigo, queremos deixar registrado que os apontamentos que fizemos ao longo do artigo quanto ao estado da arte no que diz respeito à organização

²² A compreensão de forma mais ampliada pelo Supremo: “A cláusula da reserva do possível – que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição...” (ARE 639.337-AgR)

social e ao direito à saúde não implica objeção completa e integral da parceria entre Administração pública e esfera privada que, em muitos casos, tem se mostrado frutuosa. A participação e colaboração da sociedade ganhou muito espaço na Carta de 88 e, sem dúvida, a organização social tem papel relevante na consecução dos direitos sociais, segundo compreendemos estes como garantidos no “cerne primordial” ligado ao mínimo existencial e que devem ser ostensivamente expandidos a todos, inclusive com meios eficazes de compelir o poder público, sagrando-os como direitos públicos subjetivos, devido à dignidade humana que circunda e funda os direitos e garantias fundamentais. É o que Raymond Aron, ao tratar da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, disse uma frase célebre e a mesma se aplica à nossa Constituição, “nunca os homens foram tão ambiciosos: pretendem conciliar os ideais de regimes antagônicos; simultânea ou alternativamente, confiam no Estado e desconfiam dele”.

Insta frisar que o Terceiro Setor, em geral, e a organização social, especificamente, são recentes em nosso ordenamento jurídico e precisam de reparos constitucionais, pois do modo como se tem entendido, há descompasso evidente. A ideia de “simbiose jurídica” precisa de maiores aprofundamentos, até para se aceitar melhor a influência do direito público e não tratá-lo como se fosse obstaculizar o desenvolvimento da atividade útil ao interesse público. Sem contar o importante papel que a sociedade civil, quando se organiza, exerce na concretização dos direitos sociais, cabendo ao Estado contribuir. Nessa ambição conciliatória, o ideal liberal e a Constituição dirigente se abraçam na figura da organização social atuante na saúde ou em outro direito social em razão dos fins colimados.

Tendo em vista o aperfeiçoamento da organização social para a efetividade dos direitos sociais, sinalizamos os seguintes pontos jurídicos e técnicos: exigência de licitação para a escolha da entidade, comprovação de prévia existência da entidade e que possui experiência razoável na atividade que propõe fazer, agora, em parceria com o poder público e não ser criada graças às expensas deste (o que indicaria burla à própria Lei 9.637), demonstração de qualificação técnica e idoneidade financeira para administrar os bens públicos. Além disso, cabe à sociedade e ao próprio Estado se valer dos meios de controle, internos e externos, da organização social para que esta cumpra rigidamente o contrato de gestão e, principalmente, amplie e aprimore os serviços públicos, sem descurar da área da saúde por ser mais delicada e essencial como deixamos explicitado.

3 - REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Valter Shuenquener de. **Direito Administrativo: direito em foco**, (coord.) Marcelo Leonardo Tavares, Niterói, RJ: Impetus, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula Gonçalves Pereira de. O Direito a Prestações de Saúde: Complexidades, Mínimo Existencial e o Valor das Abordagens Coletiva e Abstrata. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (orgs.). Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Democracia, estado social e reforma gerencial**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-75902010000100009&script=sci_arttext>. Acesso em: 16 de dezembro de 2013.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Plano diretor da reforma do aparelho do Estado**. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>>. Acesso em: 16 de dezembro de 2013.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CITADDINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

COPETTI, André. Vinculação de receitas e direito penal: perspectivas de instrumentalização para a concretização dos direitos não-individuais. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MORAIS, Jose Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz (coord.). **Estudos constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

COUTINHO, Aldacy Rachild. Pobreza e fome: discursos no governo Lula. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MORAIS, Jose Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz (coord.). **Estudos constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 565.

FERRAZ, Luciano. **Função regulatória licitação**. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-19-AGOSTO-2009-LUCIANO-FERRAZ.pdf>>. Acesso em: 23 de dezembro de 2013.

FILHO, Marçal Justen. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. Belo Horizonte, MG: Fórum, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana**: Uma Leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. Afinal: quem é o estado? Por uma teoria (possível) do/para o Estado constitucional. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MORAIS, Jose Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz (coord.). **Estudos constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ROCHA, Sílvio Luis Ferreira da. **Terceiro Setor**. Coleção Temas de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2003.

SARMENTO, Daniel. **A proteção judicial dos direitos sociais**: alguns parâmetros ético-jurídicos. Disponível em: <<http://xa.yimg.com/kq/groups/22755799/644576516/name/A+Protecao+Judicial+dos+direitos+Sociais+-+sarmiento.pdf>>. Acesso em: 23 de dezembro de 2013.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCAFF, Fernando Facury. Como a sociedade financia o Estado para a implementação dos direitos humanos?. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MORAIS, Jose Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz (coord.). **Estudos constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SCAFF, Fernando Facury. **Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos**. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/vj/article/view/14814/8375>>. Acesso em: 20 de dezembro de 2013. P. 85-87. Verba Juris ano 4, n. 4, jan./dez. 2005

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SOUZA, Paulo Fernando Mohn e. **A subsidiariedade como princípio de organização do Estado e sua aplicação no federalismo**. Brasília, DF: Senado federal, 2010.

TORRES, Ricardo Lobo. As relações entre despesa e receita na Constituição. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MORAIS, Jose Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz (coord.). **Estudos constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *In*: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Renovar, n. 177, julho/setembro, 1989.