



**Universidade de Brasília - UnB**  
**Faculdade de Direito**  
**Curso de Graduação em Direito**

**Táisa Passoni Marçal**

**O modelo das organizações sociais: análise à luz da Lei nº 9.637/98 e do  
julgamento da ADI 1.923-DF**

Brasília

2014

**Universidade de Brasília - UnB  
Faculdade de Direito  
Curso de Graduação em Direito**

**Taísa Passoni Marçal**

**O modelo das organizações sociais: análise à luz da Lei nº 9.637/98 e do  
julgamento da ADI 1.923-DF**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB) como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

**Orientador:** Professor Doutor Mamede Said Maia Filho

Brasília, DF

Dezembro de 2014

**Táisa Passoni Marçal**

**O modelo das organizações sociais: análise à luz da Lei nº 9.637/98 e do  
julgamento da ADI 1.923-DF**

Trabalho de conclusão de curso aprovado como requisito parcial para obtenção do grau de bacharela perante a Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB, pela banca examinadora composta por:

---

**Professor Doutor Mamede Said Maia Filho**  
**Orientador**

---

**Professor Mestre Lucas Rocha Furtado**  
**Membro da Banca Examinadora**

---

**Professor Mestre Tarcísio Vieira de Carvalho Neto**  
**Membro da Banca Examinadora**

---

**Professor Doutor Othon de Azevedo Lopes**  
**Membro suplente da Banca Examinadora**

Brasília - DF, 3 de dez

## **Agradecimentos**

Primeiramente, agradeço ao meu pai e à minha mãe, a quem sempre admirei, e que, ao longo de todos esses anos, sempre me deram muito amor, carinho e compreensão e me apoiaram da melhor maneira possível. Muito obrigada.

Agradeço aos amigos feitos nesses últimos cinco anos e meio, dentro da Faculdade de Direito, em especial a: Abhner, Bruna, Davi, Gisela, Fernanda, Mariana, Júlio César, João Victor, Thays e Luciano, com quem fiz vários e vários trabalhos, pude compartilhar momentos da minha vida e o amadurecimento deles decorrentes. Obrigada, meninos, devo grande parte da minha graduação a vocês. E devo também aos amigos Guilherme, Danielle, Victor, Luísa, Rafael e William. Obrigada a todos.

Aos meus grandes amigos, que nesses últimos tempos, têm me dado tanto amor e suporte: Guilherme, Gabriela, Dennis, Mariana, Amanda, Ítalo, Maíra, Tiago, Ana, Thiago, Ícaro. É muito bom caminhar ao lado de vocês. Aproveito para agradecer às minhas amigas Natália, Lia, Marília, Helena e Izabele. Vocês fizeram parte da minha (trans)formação desde o Colégio Militar.

A todos os professores desta Faculdade, que com seus ensinamentos, possibilitaram a minha formação. E, em especial, ao orientador deste trabalho, professor Mamede Said, que concordou em ajudar nesta empreitada final.

Aos membros participantes da banca, professores Lucas Rocha Furtado e Tarcísio de Carvalho Vieira Neto, pela atenção e disponibilidade.

E a todos que fizeram parte dessa trajetória e que, de alguma forma, contribuíram nesta caminhada.

Meus sinceros e sensíveis agradecimentos

## RESUMO

O objetivo deste trabalho é, em um primeiro momento, analisar os diversos conceitos que envolvem as organizações sociais, como o contrato de gestão, a qualificação e o controle externo exercidos sobre tais entidades. Assim, por meio de um estudo da Lei nº 9.637/98, utilizando-se de um vasto material bibliográfico, pretende-se explicar a forma com que essas entidades são qualificadas, seguindo determinados requisitos, e de que maneira se dá a celebração do contrato de gestão, instrumento por meio do qual se institui os objetivos e os planos de meta da prestação dos serviços das organizações sociais. Almeja-se, posteriormente, analisar os pontos que mais geram controvérsia na lei, como a dispensa de licitação, a discricionariedade conferida ao administrador público e o processo de publicização. Busca-se ainda analisar a ADIN 1923-DF, interposta no Supremo Tribunal Federal, requerendo a inconstitucionalidade da Lei das Organizações Sociais em sua integralidade, visando explicar de que modo os ministros da Suprema Corte se posicionaram. Embora o julgamento não tenha sido concluído, pode-se perceber a inclinação no sentido de julgar a lei constitucional. Concluiu-se, igualmente, que a lei não viola a Constituição, a despeito dos questionamentos relativos ao juízo de conveniência e oportunidade conferido ao administrador na contratação com o Poder Público.

**PALAVRAS-CHAVE:** Organizações sociais. Contrato de gestão. Regime de direito público. Entidades Privadas. Dispensa de licitação.

## **ABSTRACT**

The aim of this work is, at first, to analyze the various concepts surrounding social organizations, such as contract management, qualification and the external control over such entities. To this purpose, through a study of Law No. 9.637 / 98, combined with a vast bibliography, it is intended to explain the way these entities are qualified by following certain requirements, and how the signing of management happens, the tool through which it is established goals and plans target to the public services offered by the social organizations. It is intended, then, to consider the points of view that generate the most controversy in the law, as such as, the without bidding, the discretion granted to the public administrator and the process of publicizing. We seek to further analyze the ADIN 1923-DF, filed in the Brazilian Supreme Court, requiring the unconstitutionality of the Law of Social Organizations in its entirety, seeking to explain how the Supreme Court justices were positioned. Although the trial has not been completed, it can be perceived that the Court is leaning towards the constitutionality of the law. We concluded, therefore, that the law is constitutional, despite having the offense to the Constitution in regard to the judgment of convenience and opportunity given to the administrator in contracting with the government.

Key-words: Social organizations. Management contract. Public scheme. Private Entities. Without bidding.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	09
CAPÍTULO 01 : A Reforma Administrativa e o surgimento do modelo das organizações sociais no ordenamento jurídico brasileiro.....	11
1.1 Contexto histórico e político anterior à Reforma Administrativa.....	11
1.1.1 As novidades no âmbito da Administração na Constituição de 1988.....	12
1.1.2 A reforma da Administração Pública Brasileira.....	14
1.1.2.1 O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado e as novidades introduzidas no ordenamento jurídico .....	15
1.1.2.2 A continuidade da Reforma Administrativa por meio da EC 19/98.....	17
1.2 O fortalecimento do Terceiro Setor .....	18
1.3 As organizações sociais e suas características .....	21
CAPÍTULO 2: Comentários e Críticas à Lei nº 9.637/98.....	24
2.1 Das Organizações sociais, conforme disposto na Lei nº 9.637.....	24
2.1.1 Das entidades aptas à qualificação .....	24
2.1.2 Do conselho de administração .....	27
2.1.3 Do contrato de gestão.....	28
2.1.3.1 As discussões doutrinárias acerca da natureza jurídica do contrato de gestão.....	31
2.1.3.2 O contrato de gestão no Anteprojeto Da Lei Orgânica Da Administração Pública: o denominado “contrato de colaboração”.....	34
2.1.4 Do controle da execução do contrato de gestão e das contas.....	36
2.1.5 Das demais disposições da lei .....	39
2.2 Principais críticas à Lei nº 9.637/98 e possíveis inconstitucionalidades.....	41
2.2.1 Discricionariedade na qualificação como organização social.....	41
2.2.2 A dupla interpretação do art. 24, XXIV da Lei 8.666/93 e a ausência de procedimento para a escolha da entidade a ser contratada.....	43
2.2.2.1 A alternativa contida no Anteprojeto da Lei Orgânica da Administração Pública: o chamamento público.....	45
2.2.3 Publicização ou privatização?.....	47
2.2.4 A contratação pelas organizações sociais sem a realização de procedimento licitatório.....	48

CAPÍTULO 3: Análise da ADI 1923- DF, referente à constitucionalidade da Lei nº 9.637/98 e do inciso XXIV, art. 24, da Lei nº 8.666/93.....	51
3.1    As alegações de inconstitucionalidade contidas na petição inicial.....	51
3.1.1    o pedido de liminar na ADI 1923-DF.....	57
3.2    Julgamento da medida cautelar da ADIn 1923- DF.....	57
3.3    Os fundamentos do parecer da Advocacia-Geral da União.....	61
3.4    Os argumentos do parecer da Procuradoria-Geral da República.....	63
3.5    O julgamento do mérito da ADIn 1923- DF.....	64
CONCLUSÃO .....	72
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	76

## INTRODUÇÃO

A crise por que passou o Estado Social de Direito ao longo da década de 80 e início de 90, resultando em um inchaço da máquina estatal e ineficiência na prestação de serviços públicos, foi o ponto de partida para a busca por uma solução, que culminou na Reforma Administrativa da década de 90.

Assim, a Administração Pública passou a adotar uma série de medidas que visavam à eficiência. No Brasil, houve a Reforma Administrativa, que se concretizou por meio do Plano Diretor da Reforma Administrativa e da Emenda Constitucional 19/98. Ainda no mesmo sentido de reforma, foram editadas leis que permitiram novos modelos de parceria entre o Estado e a iniciativa privada, como ocorreu com a Lei nº 9.637/98, que instituiu o modelo das organizações sociais em nosso ordenamento jurídico - e que constituem o objeto deste estudo.

O objetivo central da presente monografia é analisar o cenário em que se deu o surgimento destas entidades privadas de interesse social, bem como a Lei nº 9.637, que entrou em vigor em 1998. É que, a despeito do transcurso de mais de 15 anos desde sua edição, a lei continua sendo objeto de controvérsia em razão de suas particularidades.

As organizações sociais são entidades privadas, constituídas sob a forma de associação ou fundação, que se habilitam frente ao Poder Executivo, almejando a qualificação como organizações sociais e a posterior celebração de contrato de gestão com o Poder Público, por meio do qual, são repassadas verbas públicas, e é permitido o uso de bens públicos e a cessão de servidores estatais.

Trata-se de uma forma de parceria entre o Estado e a iniciativa privada muito questionada em virtude de a lei permitir a absorção de serviços públicos executados anteriormente pelo Estado pelas organizações sociais. Discute-se assim se seria, em realidade, uma forma de privatização das atividades estatais, em vez da aludida “publicização” almejada pela lei.

Outra discussão suscitada pelo modelo em debate é no que tange à dispensa de licitação na contratação da entidade privada com o Poder Público. Argumenta-se que a ausência de procedimento licitatório seria uma ofensa à Constituição Federal, que, em seu art. 37, XXI, estabelece ser obrigatória a realização de licitação, visando assegurar à isonomia dos concorrentes.

Outros dispositivos são amplamente questionados como a cessão de servidores públicos e a permissão de uso de bens públicos por tais entidades.

O que se pretende neste trabalho, portanto, é discutir diversos aspectos que envolvem particularidades das organizações sociais, discutindo-se, sobretudo, os pontos controversos relacionados ao tema. Para tanto, serão analisados os conceitos que envolvem as organizações sociais, como os requisitos para a qualificação, o contrato de gestão, o fomento do Estado e as formas de controle. Também serão discutidas alternativas ou modificações que se pretende implementar por meio do Projeto de Lei Orgânica da Administração Federal. Por fim, será analisada a ADI 1923- DF, de 1999, interposta pelo Partido dos Trabalhadores - PT, e pelo Partido Democrático Trabalhista - PDT, explanando os argumentos dos autores que requereram a declaração de inconstitucionalidade integral da Lei nº 9.637/98 e do inciso XXIV do art. 24 da Lei nº 8.666/93, alterado pelo art. 1º da Lei nº 9.648/98.

A metodologia utilizada consistiu, majoritariamente, na revisão bibliográfica de doutrina nacional, bem como na análise dos argumentos dos autores e dos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal no âmbito da ADI 1923-DF.

## **Capítulo 01 : A Reforma Administrativa e o surgimento do modelo das organizações sociais no ordenamento jurídico brasileiro.**

### 1.1 Contexto histórico e político anterior à Reforma Administrativa

Ao longo do século XX houve uma grande evolução na maneira com que os Estados se organizavam. Com o advento do Estado Democrático de Direito, a sociedade civil aproximou-se mais da organização estatal, de modo que surgiu uma maior cooperação entre a atividade pública e a particular.

A partir da década de 70, o Estado Social de Direito, modelo adotado em diversos países ocidentais, passou a enfrentar questões estruturais; seu crescimento distorcido, somado ao processo de globalização<sup>1</sup>, em latente desenvolvimento, culminaram em uma crise cujas consequências envolveram a redução da taxa de crescimento econômico, elevação das taxas de desemprego, aumento da taxa de inflação, dentre outros.

A crise, no entanto, só veio a ser sentida de maneira preocupante durante as décadas de 80/90, e expôs duas realidades presentes naquele momento: a fórmula do Estado Social de Direito vigente implicava demasiados deveres. O Estado, da forma como estava organizado, não era capaz de proporcionar os serviços públicos que lhe cabiam, gerando grande ineficiência. Como resposta, buscou-se uma maneira de reorganização, sobretudo no âmbito administrativo, visando à maior eficiência na prestação de serviços, em setores nos quais o Estado se mostrou incapaz de realizar grandes investimentos e obter melhor gestão de resultados. Ademais, altos índices de corrupção durante este período também contribuíram para o agravamento dos efeitos da crise.

Neste cenário, voltou então a florescer o princípio da subsidiariedade. Este princípio tem origem no direito canônico, no fim do século XIX e começo do século XX, contudo, é no cenário da crise dos anos 80/90, que ele retoma força no âmbito da organização administrativa dos Estados. O princípio da subsidiariedade contém, entre suas ideias básicas, o respeito aos direitos individuais, de modo que sua consequência direta é uma menor intervenção do Estado na esfera de liberdade dos indivíduos. Bruno Luis Amorim Pinto resume tal princípio como

---

<sup>1</sup> A globalização influenciou neste cenário porquanto ela surge como fenômeno ligado ao grande desenvolvimento tecnológico que introduz mudanças tanto econômicas quanto sociais, dando origem a um mercado mais competitivo. Deste modo, os Estados nacionais perdem sua autonomia. BRESSER PEREIRA, Luiza Carlos. *Reforma do estado nos anos 90: lógica e mecanismos de controle*, 1997. Disponível em <[http://www.bresserpereira.org.br/papers/1998/A\\_reforma\\_do\\_estado\\_dos\\_anos\\_90.pdf](http://www.bresserpereira.org.br/papers/1998/A_reforma_do_estado_dos_anos_90.pdf)>, acesso em 04 de setembro de 2014.

sendo aquele apto a “estabelecer a limitação da intervenção direta do Poder Público na economia e no ambiente social, com preponderância da ação estatal nas ações de fomento e regulação, a fim de se resguardar a liberdade, a autonomia e a dignidade humana.”<sup>2</sup>

Assim, outra consequência também ligada à aplicação do princípio da subsidiariedade é o caráter residual das funções do Estado. O raciocínio é o de que uma vez que não cabe ao Estado a ingerência em assuntos pertinentes às esferas individuais, o que lhe toca são o fomento, a coordenação e a fiscalização da atividade privada.

O princípio da subsidiariedade guarda grande importância porquanto influencia a Reforma Administrativa da década de 90, uma vez que de seus corolários são extraídas várias tendências, tais como:

- a) a ideia de diminuir o Estado por meio de instrumentos como a desestatização e privatização.<sup>3</sup>;
- b) a ampliação das atividades de fomento do Estado, cabendo-lhe somente as atividades que são propriamente estatais e indelegáveis aos particulares; e,
- c) a consequente parceria entre o setor público e o privado.<sup>4</sup>

Em 1988, com a promulgação da Constituição Federal surgem algumas contradições no que toca à Administração Pública. Assim, o Estado brasileiro, diante do cenário de crise e esgotamento da eficiência estatal e do engessamento relativo à organização administrativa decorrente da nova Constituição, vê a necessidade de formular uma Reforma Administrativa para se adaptar à nova realidade vigente.

#### 1.1.1 As novidades que envolvem a Administração Pública na Constituição de 1988

É inquestionável que a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em outubro de 1988 trouxe avanços em diversas áreas, possuindo um texto claramente voltado para matérias de ordem social e dotado de diversas garantias. A partir da leitura de

<sup>2</sup> PINTO, Bruno Luís Amorim. Gestão privada de serviços públicos por Organizações sociais: Eficiência e Responsabilidade. In: DI PIETRO, Maria Zanella Silva. São Paulo: Atlas, 2013, p. 150

<sup>3</sup> Maria Zanella Di Pietro aponta que o processo de privatização caminhou lado a lado com a ideia de reforma do Estado e que seu desenvolvimento se deu de maneira muito similar nos países da América Latina. Percebeu-se então dois processos: um que privilegiava a liberdade econômica, cabendo ao Estado somente a atribuição de incentivar e subsidiar a livre iniciativa e outro, que visava à eficiência na prestação de serviços públicos, utilizando-se para isso de meios de gestão privada

<sup>4</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas, 2009. 7 ed. São Paulo: Editora Atlas, p. 17-21.

seu Preâmbulo já se nota a importância dada à participação popular em vários setores, inclusive na Administração Pública.

Deste modo, no capítulo referente à ordem social, preconiza-se que os serviços sociais, sobretudo saúde e educação, não são atribuições exclusivas do Estado, sendo possível a sua prestação por meio de particulares<sup>5</sup>. Surgem mecanismos constitucionais que prevêm a participação dos cidadãos, que são associados à formulação e ao controle de políticas setoriais, tais como saúde e educação.

Deste modo, resta evidente que a intenção da Constituição Federal é que haja parceria entre o Estado e o setor privado, uma vez que ambos podem oferecer os serviços considerados de utilidade pública e que o Estado atue como agente normativo e regulador da atividade econômica, exercendo as funções de fiscalização, incentivo e planejamento de maneira determinante para o setor público e indicativa para o setor privado, nos termos do art. 174.

Não obstante os pontos positivos alcançados nestas áreas, a Constituição implicou também retrocessos, sobretudo na seara administrativa. Em primeiro lugar, impende observar que o princípio da subsidiariedade encontra-se mitigado no texto constitucional. Em segundo lugar, percebe-se uma tendência ao engessamento do aparelho estatal. É o que aponta o texto do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado:

[houve] na Constituição de 1988, a um retrocesso burocrático sem precedentes. Sem que houvesse maior debate público, o Congresso Constituinte promoveu um surpreendente engessamento do aparelho estatal, ao estender para os serviços do Estado e para as próprias empresas estatais praticamente as mesmas regras burocráticas rígidas adotadas no núcleo estratégico do Estado<sup>6</sup>.

Pode-se observar diversas consequências impostas pelo texto constitucional originário à Administração Pública, com o estabelecimento de mecanismos de forte burocratização, tais como a obrigatoriedade de regime jurídico único para os servidores civis da União, dos Estados-membros e dos Municípios e o tratamento similar dado à Administração direta e indireta, sem clara distinção em virtude da atividade que exercem.

---

<sup>5</sup> A CF, no artigo 197, referente à saúde, bem como no artigo 204, relativo à assistência social prevêm expressamente a participação de particulares na prestação dos serviços, ao utilizarem as expressões, respectivamente, “diretamente ou através de terceiro se, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado” e “participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis” (inciso II).

<sup>6</sup> BRASIL, . *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*, 1995. Brasília: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado.

Todas essas características se coadunaram em perda de autonomia do Poder Executivo e em ausência de flexibilidade nas atividades dos administradores públicos.

Assim, devido à sistemática ineficiente da Administração Pública, tornou-se mais uma vez evidente a necessidade de se encontrar novas formas para enfrentar tais consequências. O discurso da Reforma Administrativa ganhou ainda mais força.

#### 1.1.2 A reforma da Administração Pública Brasileira

A modernização da Administração Pública implicou traçar diversas estratégias e mecanismos que foram utilizados, sobretudo ao longo da década de 90, a fim de alcançar uma Reforma Administrativa. Gustavo Justino de Oliveira sugere que há grandes diferenças terminológicas entre as expressões “modernizar” e “reformular”, sendo aquela vista como “mudanças direcionadas a provocar um conjunto de adaptações de uma dada realidade aos novos tempos. Da ação modernizante não decorre, obrigatoriamente, alterações de grande monta, alterações profundas, manifestando-se por meio de intervenções mais pontuais (...)”, e esta como “ações que visam precipuamente alterar uma forma existente, a ela conferindo novas linhas. Certamente a finalidade da modificação tende ao aprimoramento do objeto; à sua reconstrução ou restauração”<sup>7</sup>.

Odete Medauar destaca algumas ideias que devem ser contempladas em uma Reforma Administrativa, dentre elas a concepção de que a Administração deve funcionar em virtude do público; que deve ser eficiente, rápida e ágil, adequando-se às necessidades da população e por fim, deve dar ampla publicidade às suas atividades e decisões, a fim de se evitar corrupção ou outras formas de favorecimento.<sup>8</sup>

A reforma da Administração Pública segue a toada da Reforma do Estado. Assim, resta imperativo compreender que ambas as reformas provêm de mudanças estruturais pela qual o próprio Estado passa, uma vez que há uma redefinição de seu papel: ele não é mais o responsável direto e exclusivo pelo desenvolvimento econômico e social. Sua função de promotor e regulador do desenvolvimento ganha grande destaque no novo contexto que se afigura no cenário político-econômico-social.

---

<sup>7</sup> OLIVEIRA, Gustavo Justino, *Contrato de gestão e modernização da Administração Pública brasileira- parte 1*”, Disponível em [http://www.justinodeoliveira.com.br/wp-content/uploads/2011/10/23\\_Contratodegestao\\_ZeniteParte1.pdf](http://www.justinodeoliveira.com.br/wp-content/uploads/2011/10/23_Contratodegestao_ZeniteParte1.pdf), acesso em 10 de setembro de 2014, p. 4-5.

<sup>8</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, 2009. São Paulo: editora Revista dos Tribunais.

O Estado Brasileiro se utiliza dessas mudanças a fim de traduzir a Reforma Administrativa e alcançar a almejada modernização e adaptação às novas particularidades e necessidades da Administração Pública.

1.1.2.1 O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado e as novidades introduzidas no ordenamento jurídico

O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado foi elaborado pelo Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado – MARE<sup>9</sup>, e aprovado em 21 de setembro de 1995, pela Câmara da Reforma do Estado<sup>10</sup>, formada pelos Ministros do Trabalho, da Fazenda, do Planejamento e Orçamento e pelo Ministro Chefe do Estado Maior das Forças Armadas, sob a presidência do Ministro Chefe da Casa Civil.

Já na apresentação do Plano Diretor fica evidente a intenção de modernizar a Administração Pública federal, dando-lhe mais flexibilidade, de modo que ela deixe de ser “burocrática” e passe a ser “gerencial”, sedimentada no princípio da eficiência e voltada aos controles de resultado, utilizando-se da descentralização como maneira a alcançar maior parcela de cidadãos. O Plano reforça assim a ideia de parceria entre a sociedade civil e a Administração Pública.

O texto do Plano Diretor contém um histórico em que são apresentadas as características da Administração conforme a concepção de Estado que se pretende. A primeira forma é a burocrática, que teria sido concebida na segunda metade do século XIX, época em que prosperavam os ideais do Estado Liberal. No Brasil, sua aplicação se deu na década de 1930, durante o governo de Getúlio Vargas.

A principal característica dessa forma de administração era sua organização rígida e engessada, que visava combater a corrupção e o nepotismo patrimonialista e que, para isso, se valia de um controle do Estado voltado para si. A consequência deste processo é a ineficiência estatal em gerir a prestação de serviços públicos aos cidadãos.

A segunda forma de administração é a gerencial, que, ao contrário da fórmula anterior, almeja, mormente, a eficiência e a qualidade na prestação de serviços públicos, bem

---

<sup>9</sup> Com a extinção do MARE, a gestão passou para o Ministério do Planejamento e Gestão.

<sup>10</sup> A reforma do Aparelho do Estado distingue-se da Reforma do Estado em si, como explicitado no texto do Plano Diretor. É que o primeiro tinha um objetivo mais preciso, que era o tornar a administração pública mais eficiente e mais voltada para a cidadania, já o segundo tratava-se de um “projeto amplo que diz respeito às várias áreas do governo e, ainda, ao conjunto da sociedade brasileira”. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas*, 2009. 7 ed. São Paulo: Editora Atlas, p. 31.

como o desenvolvimento de uma cultura gerencial nas organizações. Surge na segunda metade do século XX e acompanha as mudanças necessárias ao novo cenário econômico e social. A reforma do aparelho do Estado também tem destaque neste tipo de administração.

A administração gerencial não é, contudo, uma revolução no que toca ao modelo anterior, pois conserva algumas de suas características. No entanto, suas principais novidades envolvem uma maior flexibilização de procedimentos e uma mudança no que concerne à forma de controle, que passa a ser de resultados e não mais de meios. Aqui, os objetivos estão relacionados a uma definição precisa dos objetivos do administrador público, à sua autonomia na gestão dos recursos e ao controle *a posteriori* dos resultados. Além disso, é necessário também que haja, na administração gerencial, maior diálogo entre os cidadãos e as esferas públicas, sobretudo as administrativas, resultando assim em maior participação social.

O Plano Diretor visa, assim, adaptar a Administração Pública às novas conformações do cenário existente, de modo a transformá-la em uma administração gerencial. No corpo de seu texto, são considerados quatro setores de atuação do Estado, divisão esta baseada nas atividades-fim da Administração Pública. São eles:

- a) núcleo estratégico, que corresponde ao setor que define as leis e as políticas públicas e é responsável pelo seu cumprimento;
- b) atividades exclusivas, setor que engloba os serviços prestados exclusivamente pelo Estado, como os que envolvem o poder de regulamentar, fiscalizar, fomentar;
- c) serviços não exclusivos, que é o setor em que o Estado atua concomitante a outras organizações públicas não-estatais e privadas, como, por exemplo, os que serviços que envolvem educação, saúde, dentre outros e;
- d) produção de bens e serviços para o mercado, compreende o setor voltado à atuação de empresas, isto é, às atividades econômicas voltadas para o lucro.

O setor cuja importância é fundamental para o surgimento e desenvolvimento das organizações sociais é o de serviços não exclusivos, cujos objetivos, segundo o Plano Diretor, são, dentre outros, o de transferir para o setor público não-estatal<sup>11</sup> os serviços de interesse

---

<sup>11</sup> A expressão “público não estatal” é correntemente utilizada na obra de Luiz Carlos Bresser-Pereira, idealizador do Plano Diretor da Reforma do Aparelho Estatal. No texto “Entre o estado e o mercado: o público não estatal”, escrito em coautoria com Nuria Cunill Grau, explica-se que o termo trata das “organizações ou formas de controle ‘públicas’ porque estão voltadas ao interesse geral; são ‘não-estatais’ porque não fazem parte do aparato do Estado, seja porque não utilizam servidores públicos ou porque não coincidem com os agentes políticos tradicionais. Ele difere a expressão “público não-estatal” de “Terceiro Setor”, porquanto este último serviria para definir uma “terceira forma de propriedade entre a privada e a estatal, mas se limita ao não-estatal enquanto produção, não incluindo o não-estatal enquanto controle”. (BRESSER

social e o de conferir maior autonomia e maior responsabilidade aos dirigentes deste serviço, bem como um maior controle social direto dos serviços.

Para que cada um dos pontos almejados seja plenamente alcançado, o plano estipula uma série de estratégias. Assim, foram criados os regimes de parceria, caracterizados pela aliança entre o Poder Público e entidades privadas, sempre com o objetivo de fazer chegar aos mais diversos segmentos da população os serviços de que esta necessita e que, por várias razões, não lhes são prestados, ou são prestados de forma insuficiente. O texto do Plano faz referência expressa ao programa de “publicização”, que visa a transformar as fundações públicas existentes à época em organizações sociais. O objetivo do maior controle e responsabilidade dos dirigentes seria atingido por meio da participação de membros da sociedade nos conselhos de administração das organizações sociais.

Assim, resta patente que o que se almejou com o Plano Diretor da Reforma do Aparelho Administrativo foi aumentar a eficiência e a qualidade dos serviços, visando atender o cidadão-cliente a um custo menor. Para tanto, previu-se que o Estado se tornasse um grande fomentador das atividades de interesse público, sem fins lucrativos, voltados aos cidadãos.

No Plano Diretor já constava, visando esta nova forma de organização da Administração Pública e do Estado, a previsão da criação das organizações sociais, bem como os objetivos visados com a sua implementação no ordenamento jurídico. Tal previsão levou, posteriormente, à edição da Medida Provisória n.º 1.591/97, convertida na Lei n.º 9.637/98, que previu o Programa Nacional de Publicização e os contratos de gestão, dentre outras particularidades, que serão analisadas minuciosamente mais adiante, no capítulo 2.

#### 1.1.2.2 A continuidade da Reforma Administrativa por meio da EC 19/98

Na esteira da reforma da Administração, com vistas à modernização de sua estrutura, foi aprovada em 1998 a Emenda Constitucional nº 19, que trouxe mais algumas modificações, aliando-se ao Plano Diretor da Reforma do Aparelho Estatal. Entre suas principais inovações encontra-se a alteração da redação do artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, para que fosse incluído no texto o princípio da eficiência, alçando-o assim à importância da garantia constitucional dos demais princípios já previstos no texto constitucional.

A adição do princípio da eficiência no texto constitucional traduz ainda a transformação da Administração Pública em uma administração gerencial, buscando, por meio de metas e planos de objetivos, os resultados estipulados.

Ademais, a Emenda Constitucional nº 19/98 introduziu também o § 8º ao art. 37 da Constituição, que previu a possibilidade de celebração de contrato de gestão, firmado entre órgãos e entidades da administração direta e indireta e o Poder Público, visando à fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade. A EC previu ainda, no art. 37, § 3º, a promulgação de lei referente ao direito dos usuários do serviço público, mediante a participação dos cidadãos usuários na Administração Pública direta e indireta.

É neste contexto de Reforma Administrativa que ganham força as entidades do Terceiro Setor, sobretudo as organizações sociais e as organizações sociais de interesse privado. É que a nova configuração do Estado, prevendo maior eficiência, aliados a maior participação cidadã e menor ingerência estatal culminam em uma conjuntura propícia ao desenvolvimento das entidades do Terceiro Setor.

## 1.2 O fortalecimento do Terceiro Setor

Este setor é assim denominado porquanto se apresenta como uma terceira face da organização do Estado. As pessoas jurídicas que dele fazem parte são as entidades da sociedade civil que exercem atividades de interesse público. Distingue-se assim do Primeiro Setor, que é o Estado e o aparelho estatal, e do Segundo Setor, composto pela iniciativa privada com vistas à exploração do lucro.

O Terceiro Setor surge, portanto, como uma alternativa que vai além da antiga dicotomia entre o público x privado, embate no qual se identifica facilmente quais normas devem ser aplicadas (se é da pessoa jurídica de direito público, aplica-se normas de direito público, se de direito privado, normas de direito privado) e cujas características se apresentam, muitas vezes, como antítese uma da outra (o público sendo o oposto do privado). O Terceiro Setor, deste modo, introduz novidades, uma vez que passa a coexistir neste novo contexto uma posição intermediária, que embora à primeira vista se coadune mais ao direito privado, tem certa submissão ao direito público.

Para José Eduardo Sabo Paes, o Terceiro Setor é caracterizado como aquele:

que não é público e nem privado, no sentido convencional desses termos; porém guarda uma relação simbiótica com ambos, na medida em que ele deriva sua própria identidade da conjugação entre a metodologia deste com as finalidades daquele. Ou seja, o Terceiro Setor é composto de natureza “privada” (sem o objetivo do lucro) dedicadas à consecução de objetivos sociais ou públicos, embora não seja integrante do governo (Administração Estatal).<sup>12</sup>

Existem classificações que incluem diversas entidades no denominado “Terceiro Setor”<sup>13</sup>, mas, à parte as diferenças nas terminologias, é importante observar que todas têm elementos em comum, que as caracterizam. É que fazem parte delas as entidades privadas, criadas por particulares, cujos compromissos e objetivos estão voltados à consecução de interesses públicos, não visando, portanto, ao lucro.

Essas entidades não fazem parte da Administração Pública direta ou indireta, mas auxiliam-na ao prestarem serviços públicos não exclusivos do Estado, como saúde e educação, cultura, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, etc.. Para tanto, recebem ajuda, fomento ou incentivo do próprio Estado, de modo a justificar um controle pela Administração Pública e pelos Tribunais de Conta. Além disso, estão obrigadas a seguir os princípios e outras regras da Administração Pública. Por este motivo, diz-se que o regime jurídico das entidades do Terceiro Setor é o de direito privado, porém sujeito também a normas do direito público.

Paulo Modesto observa que é fundamental ainda a participação do Estado no funcionamento destas entidades dotadas de personalidade jurídica privada, mas de fins públicos, porquanto é o Poder Executivo que lhes confere a qualificação de entidades de interesse social e utilidade pública. Para este autor, a concessão de títulos jurídicos especiais a entidades do Terceiro Setor almeja o atendimento de três propósitos, por meio de três funções: a) certificação – almeja distinguir as entidades qualificadas das demais, destituídas da qualidade jurídica conferida pelo título; b) padronização – uniformizando o tratamento normativo conferido às entidades que possuam características comuns relevantes, visando evitar assim a sua disciplina casuística; e c) mecanismo de controle jurídico – fixando

<sup>12</sup> PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários*, 2001. 3 ed. rev., atual e ampl. Brasília: Brasília Jurídica, p. 68.

<sup>13</sup> Maria Zanella Silva di Pietro, no livro “Direito Administrativo”, 2007, inclui as entidades do Terceiro Setor entre as entidades paraestatais. Todavia, cumpre destacar que grande parte da doutrina distingue esses conceitos com base em suas características. (DI PIETRO, 2009, p. 252) Lucas Rocha Furtado aponta que o Terceiro Setor são entidades privadas, que nascem no âmbito privado, mas que não visam ao lucro, enquanto as entidades paraestatais são aquelas que não integram a Administração Pública direta, ou indireta, mas que a auxiliam, ao desenvolver atividades complementares e relacionadas à da administração. (FURTADO, 2010, p.232)

mecanismos flexíveis para controlar e acompanhar a atividade das pessoas jurídicas que recebem os títulos.<sup>14</sup>

Cumpra ainda destacar que o Terceiro Setor possui suas bases legais tanto no texto constitucional, quanto em textos normativos infraconstitucionais. A Constituição Federal de 1988 ao definir o Estado como Estado Democrático de Direito, no art 1º, *caput*, já abre margem para a participação ampla e efetiva do cidadão nos assuntos considerados relevantes da sociedade, seja por meio do exercício da democracia direta, seja por outros meios, sobretudo associativos, em participações indiretas. Ademais, a própria Constituição elenca a cidadania como fundamento de sua formação (art. 1º, II), bem como a solidariedade, como objetivo fundamental (art. 3º, I). Somados a essas características encontram-se o conjunto de incisos do artigo 5º da CF, mais precisamente, os incisos XVII a XXI, que, no entendimento de Gustavo Justino de Oliveira, podem formar o que ele chama de “principiologia constitucional do Terceiro Setor”.<sup>15</sup>

Nestes incisos estão previstos, por exemplo, garantias como a liberdade de associação, conferidas a todas as pessoas, sejam físicas ou jurídicas, desde que sua finalidade seja lícita, restando vedada a criação de associações paramilitares (art. 5º, XVII). Há ainda, no inciso XVIII, a dispensa de autorização na criação de associações ou cooperativas, estando expressamente proibida a interferência estatal no funcionamento destas entidades.

Por fim, impende ressaltar que muito embora as entidades do Terceiro Setor auxiliem e colaborem com o Estado na prestação de serviços públicos não exclusivos, em forma de parceria, o Estado não pode se eximir de cumprir os seus deveres constitucionais. Deve ser aplicado aqui o princípio da subsidiariedade, sem deixar, contudo, que o Estado renuncie à prestação dos serviços que são, ainda que não exclusivamente, de sua responsabilidade. É nesse sentido que Paulo Modesto observa que:

Não prover diretamente o serviço não quer dizer tornar-se irresponsável perante essas necessidades sociais básicas. Não se trata de reduzir o Estado a mero ente regulador. O Estado apenas regulador é o Estado Mínimo, utopia conservadora insustentável ante as desigualdades das sociedades atuais. Não é este o Estado que

---

<sup>14</sup> MODESTO, Paulo. *Reforma do marco legal do Terceiro Setor no Brasil*. Disponível em <http://bresserpereira.org.br/Terceiros/Autores/Modesto,Paulo/terceirosetorreforma.PDF>, acesso em 10 de setembro de 2014, p. 1-4.

<sup>15</sup> OLIVEIRA, Gustavo Justino, *Direito do Terceiro Setor*, 2007. Disponível em [http://www.justinodeoliveira.com.br/wp-content/uploads/2011/11/7\\_Artigo\\_juridico\\_Prof.\\_Dr.\\_Gustavo\\_Justino.pdf](http://www.justinodeoliveira.com.br/wp-content/uploads/2011/11/7_Artigo_juridico_Prof._Dr._Gustavo_Justino.pdf), acesso em 10 de setembro de 2014.

se espera resulte das reformas em curso em todo o mundo. O Estado deve ser regulador e promotor dos serviços sociais básicos e econômicos estratégicos<sup>16</sup>.

### 1.3 As organizações sociais e suas características

A criação das organizações sociais não é uma inovação no ordenamento jurídico brasileiro, no sentido de originar um novo tipo de pessoa jurídica. As OSs são pessoas jurídicas de direito privado, constituídas sob a forma de associações ou fundações e que, em virtude do atendimento de requisitos específicos, podem ser submetida a um regime jurídico especial, que lhes garante prerrogativas especiais do Estado, visando à prestação de serviços considerados de interesse coletivo.

As organizações sociais já estavam previstas no Plano Diretor da Reforma do Aparelho Estatal, em 1995. O Plano dispunha ainda, como visto, acerca de uma estratégia de transição da Administração Pública burocrática à Administração Pública gerencial, utilizando-se para tanto da elaboração de uma lei que permitisse o processo de “publicização” dos serviços prestados pelo Estado de maneira não exclusiva. Neste projeto de lei, as autarquias e fundações públicas que lidavam com saúde e educação seriam transformadas em “organizações sociais”, transferindo-se assim do setor estatal ao setor público não-estatal.

Em 9 de outubro de 1997 foi instituída a Medida Provisória n.º 1591, que foi convertida, em 15 de maio de 1998 na Lei n.º 9.637, na qual restaram estabelecidas as normas para qualificar entidades dotadas de interesse público, sem fins lucrativos, em organizações sociais. Para tanto, tais entidades deveriam ter suas atividades dirigidas especificamente ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção do meio ambiente, à cultura e à saúde.

Com a promulgação da Lei n.º 9.637/98, são criadas as primeiras OSs e institui-se o “Programa Nacional de Publicização”- PNP<sup>17</sup>, mecanismo que objetivava a transformação dos serviços não exclusivos estatais em organizações sociais de forma voluntária. A intenção do legislador era, segundo Di Pietro, a de transferir para as entidades que recebessem a qualificação de organização social as atividades que eram anteriormente desempenhadas por

---

<sup>16</sup> MODESTO, Paulo. *Reforma do marco legal do terceiro setor no Brasil*, disponível em <http://bresserpereira.org.br/Terceiros/Autores/Modesto,Paulo/terceirosetorreforma.PDF>, acesso em 10 de setembro de 2014

<sup>17</sup> O processo de publicização das atividades desempenhadas pelo Estado envolvia, basicamente três etapas: a) a extinção do órgão ou entidade prestadora do serviço; b) a qualificação de organização social dada à entidade não estatal formada a partir da sua extinção e; c) a transferência, ou “absorção”, nos termos da lei, das atividades anteriormente prestadas por órgãos ou entidades estatais pela organização social, por meio da celebração de contrato de gestão. Tal procedimento está previsto no art. 20 da Lei n.º 9.637/98, que estabelece ainda, em seus incisos, as diretrizes do Programa Nacional de Publicização.

órgãos públicos. Em vez de oferecer o serviço como prestadora estatal de serviço público, a organização o presta como entidade privada de interesse público. O Estado ganha, então, o destaque de agente fomentador, incentivando a iniciativa privada por meio do contrato de gestão, instrumento através do qual ele repassa as verbas públicas a essas entidades.<sup>18</sup>

Ademais, por meio da forma de composição dos conselhos administrativos das organizações sociais, quis o legislador lhes garantir maior autonomia financeira, ao mesmo tempo em que se buscou uma maior participação social, uma vez que devem fazer parte dos referidos conselhos membros da sociedade civil, no nível de comunidade à qual a organização serve. A mesma participação da sociedade foi almejada ao se dispor acerca da possibilidade de a organização social receber recursos também de particulares para financiar o custo dos serviços prestados.

Um ponto que merece destaque na criação das OSs é o contrato de gestão, que deve ser celebrado entre o Poder Público e as entidades escolhidas para serem qualificadas como tais. Hodiernamente, discute-se acerca da natureza jurídica do contrato de gestão, isto é, se ele seria apenas uma forma de convênio ou parceria, travestido da expressão “contrato”, ou se ele seria realmente um contrato, sendo amparado por toda a disciplina civil contratual, bem como dotado das características de um contrato sinalagmático entre o Poder Executivo e uma pessoa jurídica de direito privado<sup>19</sup>. Este assunto será tratado mais aprofundadamente no capítulo II. Por ora, basta destacar que é por meio do contrato de gestão que se firma o vínculo entre o Poder Executivo e as entidades escolhidas e que é neste instrumento contratual que são estipuladas as atribuições e obrigações tanto do Poder Público, quanto da organização social. Ainda estão contidas nele as metas a serem atingidas, bem como critérios objetivos de avaliação dos resultados. Sendo assim, se trata de um controle de resultados e não de meios, coadunando-se com a intenção da Reforma Administrativa de implementar uma Administração gerencial.

Em síntese, pode-se então observar algumas características próprias das organizações sociais, nos termos da Lei n.º 9.637/98, quais sejam:

---

<sup>18</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*, 2009. 7 ed. São Paulo: Editora Atlas, p. 265.

<sup>19</sup> É fundamental destacar que o termo “contrato de gestão” corresponde, no direito brasileiro, para indicar várias figuras com naturezas jurídicas diversas. Assim, o contrato de gestão que é realizado com uma agência reguladora é completamente distinto daquele realizado com uma organização sócia, a despeito de ambos adotarem a mesma expressão para denominar o instrumento jurídico que institui o vínculo. (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 6 ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 295)

- a) Possuem personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, podendo se organizar tanto na forma de fundações como de associações civis;
- b) Estão aptas a promover atividades nas áreas denominadas de interesse social e utilidade pública. Para tanto, precisam obter, junto ao Poder Executivo, a qualificação de organizações sociais mediante o preenchimento de requisitos previstos na Lei n.º 9.637/98.
- c) O conselho de administração é órgão deliberativo composto por representantes da organização social, por membros da sociedade e ainda por membros representantes do Poder Público, isto é, servidores públicos, todos com mandato por prazo certo;
- d) Celebram contrato de gestão com o Poder Público, estando nele estipulados os prazos, metas e formas de avaliação de desempenho, cuja execução deve ser supervisionada por órgão ou entidade da área de atuação da atividade realizada, com base no conteúdo estipulado no contrato de gestão.
- e) Podem receber verbas públicas, via dotação orçamentária global, ou ainda verbas provenientes de particulares. Estão aptas também a receber, como forma de fomento do Estado, a administração de bens públicos, por meio de “permissão de uso”, e a cessão especial de servidores públicos, com ônus para a origem.
- f) Podem ser desqualificadas, como forma de sanção ao descumprimento de normas da gestão.

Por fim, pertinente observar que a Lei n.º 9.637 de 1998 dispôs, no âmbito federal, acerca da qualificação das entidades com organizações sociais, e normatizou sua forma de composição, controle, estruturação, dentre outras. Todavia, nada impede que Estados e Municípios adotem a Lei Federal, ou aprovem suas próprias leis para disciplinar a matéria. No entanto, Maria Sylvia Zanella Di Pietro adverte que, caso Estados e Municípios optem por aprovarem leis referentes às organizações sociais, eles devem se atentar para os “erros” presentes na lei federal, de modo a evitá-los em seus textos normativos.<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*, 2009. 7 ed. São Paulo: Editora Atlas, p. 269.

## Capítulo 2: Comentários e Críticas a Lei nº 9.637/98

### 2.1 Das organizações sociais, conforme disposto na Lei nº 9.637

#### 2.1.1 Das entidades aptas à qualificação

As pessoas jurídicas de direito privado que podem ser qualificadas como organizações sociais são, conforme a leitura combinada do Código Civil e da Lei n.º 9.637/98, as associações e as fundações, uma vez que o artigo 1º da lei das organizações sociais exige que as entidades que pretendem a qualificação de OS não possuam fins lucrativos<sup>21</sup>. Assim, tanto as associações quanto as fundações que desejarem habilitar-se à qualificação devem ser constituídas e registradas conforme as normas dispostas no Código Civil (dos artigos 53 ao 69).

O começo da existência jurídica destas entidades se dá no momento em que o ato de constituição é inscrito no Registro de Pessoa Jurídica, segundo o disposto no art. 45 do Código Civil. O registro deve, por sua vez, seguir as normas contidas na Lei n.º 6.015/1973, denominada Lei de Registros Públicos (dos arts. 114 a 121).

A diferença entre as associações e fundações, no critério estrutural e finalístico disposto no CC, consiste, fundamentalmente, no fato de que as primeiras são uniões de pessoas que se reúnem para qualquer fim não econômico; enquanto as segundas se caracterizam por serem dotações de bens, isto é, disposição de patrimônio, cuja finalidade deve ser não econômica e altruísta, como consta do § único do art. 62, do CC, que prevê que “a fundação somente poderá constituir-se para fins religiosos, morais, culturais ou de assistência”. Impende observar que as fundações e associações voltadas para fins religiosos não podem almejar a qualificação em OS porquanto a Lei n.º 9.637/98, em seu artigo 2º, exige que as interessadas em se tornar organização social devem ter atividades “dirigidas ao ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde”.

---

<sup>21</sup> José Eduardo Sabo Paes defende, em sua obra “Fundações e Entidades de Interesse Social”, que sociedades civis também poderiam pretender a qualificação de organização social. Essas seriam as sociedades constituídas antes do Código Civil de 2002, e que não possuíam fins lucrativos. Todavia, como observa Ana Frazão, essas sociedades também precisam se adaptar às novas disposições, e é imprescindível que para que sejam de fato qualificadas como OSs, elas sejam transformadas em associação antes mesmo de ser feito o pedido de qualificação. (LOPES, Ana Frazão de Azevedo. Aspectos funcionais da personalidade jurídica de direito privado das organizações sociais e das organizações da sociedade civil de interesse público. In: PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira (Coord.). O novo direito administrativo brasileiro: o público e o privado em debate. Belo Horizonte: Fórum, 2010, v.2, p. 337.)

Não obstante tais distinções, para a existência jurídica de pessoas que visam à qualificação em OSs é necessário a constituição da personalidade jurídica, com a criação do estatuto, e, o registro do estatuto no cartório competente.

Para o registro, por sua vez, é necessário a formulação de um requerimento ao Oficial de Serventia do Cartório competente, no qual deve haver a relação dos sócios fundadores, assinada pelo representante legal, e a relação dos membros da diretoria provisória, contendo todos os dados pessoais dos membros.

Somente após estarem legalmente constituídas é que as entidades estão aptas a pleitear a sua qualificação junto ao Poder Executivo.

Por fim, é pertinente destacar que, conforme ressalta Ana Frazão de Azevedo Lopes<sup>22</sup>, a qualificação acarreta algumas alterações no que toca à estrutura das entidades. Uma delas diz respeito ao órgão máximo de deliberação: nas associações, o principal órgão é a assembléia geral, que possui competência para destituir administradores e alterar o estatuto, segundo dispõe o art. 59 do CC. Já nas organizações sociais, o órgão máximo passa a ser o conselho de administração, que deve ser composto obrigatoriamente por representantes do Poder Público e da sociedade civil, e cuja competência inclui as previstas para a assembléia geral, embora seja ainda mais ampla (art.s. 3º e 4º da Lei n.º 9.637/98).

Outra alteração decorrente da qualificação de associações é a destinação do patrimônio em caso de extinção ou desqualificação de uma organização social, já que nessas hipóteses, ele deve ser destinado ao patrimônio de outra organização social qualificada no âmbito da União, da mesma área de atuação, ou ao patrimônio da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos municípios, na proporção dos recursos e bens por estes alocados, de acordo com a redação do inciso “i”, do art. 2º, da Lei n.º 9.637/98<sup>23</sup>. Já para as fundações, apesar de o CC ser omissivo quanto à organização das fundações, não havendo previsão de órgãos específicos, a Lei n.º 9.637/98 exige que haja também conselho de administração, que passa a ser o órgão máximo após a qualificação como organização social.

---

<sup>22</sup> LOPES, Ana Frazão de Azevedo. Aspectos funcionais da personalidade jurídica de direito privado das organizações sociais e das organizações da sociedade civil de interesse público. In: PEREIR, Cláudia Fernanda de Oliveira (Coord.). O novo direito administrativo brasileiro: o público e o privado em debate. Belo Horizonte: Fórum, 2010, v.2, p. 341-346.

<sup>23</sup> LOPES, Ana Frazão de Azevedo. Aspectos funcionais da personalidade jurídica de direito privado das organizações sociais e das organizações da sociedade civil de interesse público. In: PEREIR, Cláudia Fernanda de Oliveira (Coord.). O novo direito administrativo brasileiro: o público e o privado em debate. Belo Horizonte: Fórum, 2010, v.2, p. 341-346.

Após cumprirem todos os requisitos formais e legais para a constituição da personalidade jurídica de direito privado, as entidades sem fins lucrativos cujas atividades sejam voltadas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, podem pleitear a sua qualificação como organizações sociais (art.. 1º, Lei n.º 9.637/98).

Para tanto, o art. 2º, da Lei n.º 9.637/98, elenca uma série de requisitos específicos que devem ser analisados a fim de conferir a referida qualificação. Eles envolvem a comprovação do registro do ato constitutivo, devendo este dispor acerca:

- a) da natureza social dos seus objetivos referentes à área em que almeja atuar;
- b) da finalidade não lucrativa, sendo expressamente obrigatório o investimento de excedentes financeiros nas próprias atividades
- c) da criação do conselho de administração e de uma diretoria, como órgãos máximos de deliberação e de direção, devendo o estatuto dispor acerca da composição e atribuições da diretoria.
- d) da previsão de participação de representantes do Poder Público e de membros da comunidade, de notória capacidade profissional e idoneidade moral no Conselho de administração .
- e) da publicação anual obrigatória no Diário Oficial dos relatórios financeiros e do relatório de execução do contrato de gestão;
- f) da obrigatoriedade de publicação anual, no Diário Oficial da União, dos relatórios financeiros e do relatório de execução do contrato de gestão;
- g) da aceitação de novos associados, na hipótese de a entidade ser uma associação civil
- h) da expressa vedação à distribuição de bens ou de parcela do patrimônio líquido.
- i) da previsão de incorporação integral do patrimônio, dos legados ou das doações que lhe foram destinados, bem como dos excedentes financeiros decorrentes de suas atividades, em caso de extinção ou desqualificação, ao patrimônio de outra organização social qualificada no âmbito da União, da mesma área de atuação, ou ao patrimônio da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, na proporção dos recursos e bens por estes alocados;

A concessão da qualificação é de competência exclusiva do Poder Executivo e deve ser aprovada simultaneamente pelo ministro ou titular de órgão supervisor ou regulador da área de atuação correspondente ao objeto social da entidade e pelo ministro de Estado da Administração Federal e Reforma do Estado, o MARE, cujas atribuições e atividades foram incorporadas pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG).

Esta aprovação está sujeita ao crivo de conveniência e oportunidade do Poder Executivo, sendo dotada, portanto, de ampla discricionariedade. Deste modo, ainda que uma determinada entidade consiga demonstrar possuir todos os requisitos exigidos, pode ser que, em decorrência do julgamento de membros do Poder Público, ela não alcance a qualificação. Este é um ponto bastante controverso e criticado pela doutrina, porquanto abre margem a arbitrariedades na escolha de qual entidade será devidamente qualificada com organização social.

#### 2.1.2 Do conselho de administração

A Lei n.º 9.637/98 estipula, no seu art. 3º, a forma pela qual o conselho de administração da organização social deve ser estruturado, seguindo os termos do respectivo estatuto, e observando alguns critérios, a fim de alcançar a qualificação. Dentre esses critérios, encontra-se exigência quanto à composição do conselho, que deve ter de 20% a 40% de membros natos representantes do Poder Público, definidos pelo estatuto da própria entidade; de 20% a 30% de membros natos representantes de entidades da sociedade civil; definidos pelo estatuto da entidade; até 10%, na hipótese de se tratar de associação civil, de membros eleitos dentre os membros ou associados; de 10% a 30% de membros eleitos pelos demais integrantes do conselho, concorrendo as pessoas de notória capacidade profissional e dotados de inidoneidade moral; até 10% de membros indicados ou eleitos seguindo as formalidades estabelecidas pelo estatuto.

Os membros eleitos ou indicados para fazerem parte do conselho possuem mandato de quatro anos, sendo possível uma recondução; todavia, o inciso IV prevê que o primeiro mandato de metade dos membros eleitos ou indicados deve ser de dois anos, observando os critérios contidos no estatuto. Segundo a lei, os membros não devem receber remuneração pelos serviços prestados à organização social, na condição de conselheiro, ressalvada a ajuda de custo por cada reunião de que participarem. E aqueles conselheiros eleitos ou indicados

para integrar a diretoria não podem acumular esta função com funções executivas, devendo renunciar ao assumirem a segunda função.

O conselho deve se reunir no mínimo três vezes por ano, ordinariamente. E a qualquer tempo em casos extraordinários, devendo o dirigente máximo da entidade participar das reuniões do conselho, não tendo, entretanto, direito à voto. Um detalhe importante é que representantes do Poder Público e da sociedade civil componentes do conselho devem corresponder, somados, a mais de 50% do conselho. O que se visa, com essa medida, é que haja uma maior participação popular, e maior integração entre o Poder Público e os cidadãos.

Dentre as responsabilidades privativas do conselho de administração, pode-se destacar as de mais importância, quais sejam: a fixação do âmbito de atuação da entidade; a aprovação da proposta do contrato de gestão da entidade; e aprovação do regulamento próprio com os procedimentos definidos como adequados à contratação de obras, serviços, compras e alienações, bem como do plano de cargos, salários e benefícios dos empregados da entidade. Outras atribuições igualmente fundamentais são a aprovação e encaminhamento dos relatórios gerenciais e de atividades da entidade ao órgão supervisor da execução do contrato de gestão e a fiscalização do cumprimento das diretrizes e metas definidas e aprovação dos demonstrativos financeiros e contábeis, assim como das contas anuais da entidade, com o auxílio de auditoria externa. Esses dois últimos pontos são essenciais, porquanto tais informações serão encaminhadas para os órgãos responsáveis pelo controle externo.

### 2.1.3 Do contrato de gestão

O termo “contrato de gestão”<sup>24</sup> traz hoje muita confusão no direito brasileiro, porquanto esta locução é utilizada em diferentes contextos e situações, designando por vezes acordos celebrados com entidades da Administração indireta, ou com as organizações sociais ou ainda no próprio âmbito da Administração direta, entre os dirigentes de órgãos ligados à mesma pessoa jurídica<sup>25</sup>.

Com efeito, ao longo do texto do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado são feitas diversas remissões ao termo contrato de gestão. De sua leitura, pode-se depreender

---

<sup>24</sup> Os primeiros contratos de gestão foram celebrados ainda durante o governo Collor e surgiram em decorrência do Decreto n.º 137, de 27 de maio de 1991, que instituiu o Programa de Gestão das Empresas Estatais. Os acordos foram firmados entre as empresas estatais Petrobrás (Petróleo Brasileiro S. A.), a Companhia Vale do Rio Doce ( CRVD) e o Serviço Social Autônomo Associação Pioneiras Sociais. Suas cláusulas deveriam incluir os objetivos, as metas, os prazos para consecução das metas estabelecidas, dentre outras, repisando a busca à maior eficiência no âmbito da Administração Pública.

<sup>25</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas*, 2009. 7 ed. São Paulo: Editora Atlas, P.259

que a ideia era utilizar este tipo de contrato como instrumento do modelo gerencial da Administração Pública, visando com ele instituir um elo entre o Poder Público e os demais setores do Estado.

A Emenda Constitucional n.º 19/98, que continuou a Reforma Administrativa, constitucionalizou o termo “contrato de gestão”, ao incluí-lo no § 8º no art. 37 da CF. Todavia, como pondera Gustavo Justino de Oliveira, o texto constitucional, ao tratar deste tipo de contrato, não esgotou todas as acepções que estão encampadas por esta terminologia:

(...)o preceito insculpido no § 8o do art.. 37 da Constituição de 1988 - doravante denominado matriz constitucional do contrato de gestão - não abriga todas as funções a ele cometidas pelo nosso ordenamento.

A rigor, a EC n. 19/98 não instituiu o contrato de gestão no sistema administrativo brasileiro, e sim o constitucionalizou, a ele conferindo contornos e funções específicas, e dependentes de densificação infraconstitucional (“... cabendo à lei dispor sobre: ...”)<sup>26</sup>.

Assim, percebe-se que antes mesmo de o legislador decidir pela inclusão do dispositivo constitucional, já havia no ordenamento brasileiro, outros usos para a expressão “contrato de gestão”.

Portanto, o termo contrato de gestão pode se referir ao instrumento de vínculo jurídico firmado entre a Administração Pública e as entidades descentralizadas (agências executivas e empresas estatais), ou entre a Administração Pública e uma entidade privada, que passa a ser qualificada como organização social. Em ambos os casos, o objetivo da contratualização das relações é reforçar o princípio da eficiência, visando ao cumprimento efetivo de políticas públicas, utilizando-se, para este fim, do controle de resultados. Cabe aqui, no que concerne ao objeto em apreço, maior discussão acerca do contrato firmado entre o Poder Público e entidades privadas.

A Lei n.º 9.637/98 define, em seu art. 5º, o contrato de gestão como o “instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas relacionadas no art.. 1º.”, ou seja, atividades de interesse público. Este tipo de contrato deve funcionar como um instrumento de gestão estratégica, orientando tanto a entidade, no que tange ao seu planejamento, às suas metas, aos prazos e afins, quanto ao Poder Público, que

---

<sup>26</sup> OLIVEIRA, Gustavo Justino. Contrato de gestão: a modernização da Administração Pública, parte 1. Disponível em [http://www.justinodeoliveira.com.br/wpcontent/uploads/2011/10/23\\_ContratodegestaoZenite\\_Parte1.pdf](http://www.justinodeoliveira.com.br/wpcontent/uploads/2011/10/23_ContratodegestaoZenite_Parte1.pdf), acesso em 19 de setembro de 2014, p. 11.

pode, por meio dele, implementar e supervisionar o andamento das atividades das organizações sociais.

Nos termos do art. 6º, os contratos celebrados devem ser elaborados de comum acordo entre o órgão ou entidade supervisora e a entidade que pretende a qualificação, sendo imprescindível que dele constem as atribuições, responsabilidades e obrigações do Poder Público e da organização social. Uma vez elaborado, o instrumento de vinculação deve ser avaliado pelo conselho de administração da entidade, conforme sua atribuição prevista no art. 4º, inciso II. Após a aprovação do Conselho, passa-se, finalmente, à análise do contrato pelo Ministro de Estado, ou pela autoridade supervisora da área correspondente à atividade fomentada.

Os cadernos MARE, em seu volume 2, recomendam que os contratos contendam “partes básicas”, que incluiriam: as disposições estratégicas, isto é, os objetivos da política pública; os indicadores de desempenho, a fim de permitir uma maior mensuração das metas estipuladas, facilitando o controle; definição de meios e condições para a execução das metas pactuadas e, por fim, uma sistemática de avaliação<sup>27</sup>.

Conforme o art. 7º da Lei das Organizações Sociais, alguns requisitos e preceitos devem impreterivelmente constar do contrato de gestão para que ele possa enfim ser celebrado. Dente estes requisitos encontra-se a observância aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e economicidade. O respeito a esses princípios evidencia, uma vez mais, o caráter público que envolve as entidades privadas em sua relação com o Estado, confirmando a ideia de que, a despeito da natureza privada das organizações sociais, o que lhes garante autonomia da vontade, esta é restrita, porquanto está sujeita às exigências contidas no contrato de gestão.

Devem constar ainda os preceitos relativos à especificação do programa de trabalho, contendo a estipulação de metas almejadas, os prazos para a consecução dos objetivos, os critérios objetivos de avaliação de desempenho, por meio de indicadores de qualidade e produtividade. E no que tange à remuneração dos dirigentes e empregados, exige a lei que haja estipulação de limites e critérios para as despesas referentes a esta finalidade.

---

<sup>27</sup> BRASIL, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado/Secretária da Reforma do Estado. Organizações sociais. Brasília: Ministério da Administração e Reforma do Estado, 1997. Cadernos MARE da reforma do estado; v.2. disponível em [http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/publicacao/seges/PUB\\_Seges\\_Mare\\_caderno02.PDF](http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/publicacao/seges/PUB_Seges_Mare_caderno02.PDF), acesso em 14 de outubro de 2014, p. 37

As demais cláusulas do contrato de gestão devem ser definidas pelos ministros de Estado ou autoridades supervisoras da área de atuação em que as entidades pretendem realizar suas atividades. Como já mencionado, as cláusulas do contrato devem ser aprovadas tanto pelo conselho administrativo da entidade quanto pelas autoridades do Poder Executivo envolvidas.

Percebe-se, portanto, que o contrato de gestão possui dois papéis: funciona como um meio de fomento, porquanto é por meio dele que se autoriza o repasse de verba pública, a cessão de servidores e a permissão de uso de bens públicos, e como um mecanismo de controle da atuação das atividades desenvolvidas pelas entidades, uma vez que todos os objetivos, prazos, critérios de avaliação, em suma, as obrigações assumidas pelas organizações sociais se encontram neste instrumento<sup>28</sup>.

#### 2.1.3.1 As discussões doutrinárias acerca da natureza jurídica do contrato de gestão

A natureza jurídica do contrato de gestão firmado pelo Poder Público e pelas OSs é ponto bastante controverso na doutrina hodiernamente, em virtude de sua recente existência no ordenamento jurídico brasileiro. A própria Lei n.º 9.637/98 contribui para esta confusão, pois, a despeito da denominação de contrato, o art. 5º, em sua redação, trata acerca da relação entre o Poder Público e as entidades privadas como uma forma de parceria entre as partes, visando ao fomento de atividades de interesse público.

Na doutrina, há quem defenda que o contrato de gestão possui natureza contratual sinalagmática. Carlos Roberto Gonçalves define os contratos bilaterais sinalagmáticos como aqueles que geram obrigações e deveres recíprocos para ambos os contratantes, sendo dispensável que as contraprestações sejam equivalentes<sup>29</sup>. Carlos Ari Sunfeld, seguindo este conceito, entende que os vínculos de parceria celebrados entre a Administração Pública e o terceiro setor assemelham-se, na sua essência, a um vínculo contratual, já que por meio dele a entidade privada prestaria serviços à coletividade, recebendo do parceiro estatal, em contrapartida, pagamentos em recursos financeiros.

O autor destaca alguns pontos de identidade entre os vínculos contratuais de prestação de serviço e o que ele denomina de “modernos vínculos de parceria”. O primeiro ponto diz respeito ao objeto do contrato. Nos acordos celebrados, há uma estipulação mais

---

<sup>28</sup> PINTO, Bruno Luís Amorim. *Gestão privada de serviços públicos por Organizações sociais: Eficiência e Responsabilidade*. In: DI PIETRO, Maria Zanella Silva. São Paulo: Atlas, 2013, pag. 155.

<sup>29</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, volume 2: contratos e atos unilaterais. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 92-93.

precisa do objeto do contrato, com a especificação das obrigações e metas a cumprir; o parceiro não-estatal deve minudenciar as prestações ou etapas da execução de suas atividades, enquanto o Estado deve estabelecer um cronograma de liberação de recursos. Aqui, nota-se ainda, segundo o autor, um certo grau de reciprocidade de parte a parte – ou seja: instituídas de tal maneira que o cumprimento de dada obrigação por uma das partes seja motivo para a exigibilidade do cumprimento de obrigação pela outra parte.<sup>30</sup>

Outra característica que demonstraria a natureza contratual refere-se ao tipo de controle exercido sobre a execução das parcerias, que passa a ser de resultado, visando ao cumprimento das obrigações acordadas e ao atingimento de metas estabelecidas, deixando-se de lado o controle de meios. E por fim, o grau de segurança jurídica envolvida nesses tipos de acordo evidenciaria sua inclinação contratual, uma vez que, ao contrário dos contratos administrativos tradicionais, em que reinava a precariedade dos vínculos, nos contratos de gestão o vínculo seria firme e estável, havendo sanções no caso de inadimplência, bem como o dever de indenizar pelos danos decorrentes da retirada do contratado<sup>31</sup>.

Não obstante a argumentação jurídica de Carlos Ari Sunfeld defendendo seu posicionamento, o entendimento por ele adotado é minoritário na doutrina administrativa.

Marçal Justen Filho é categórico ao afirmar que o contrato de gestão “não terá natureza sinalagmática, eis que não incumbirá ao particular realizar qualquer prestação em favor da administração”<sup>32</sup>. Assim, o autor aduz que o contrato de gestão se assimilaria mais à figura do convênio, por entender que as partes nele envolvidas não possuem interesses contrapostos:

Não se trata de submeter parcialmente o interesse próprio a um sacrifício para obter benefícios egoísticos ou vantagens consistentes na redução do patrimônio alheio. Trata-se, muito mais de contratos organizacionais ou associativos, pelos quais diversos sujeitos estruturam deveres e direitos em face de interesses comuns.<sup>33</sup>

Gustavo Justino de Oliveira segue o mesmo entendimento de que os contratos de gestão seriam acordos administrativos em que há interesses comuns envolvidos, o que afastaria a classificação de contrato:

<sup>30</sup> SUNDFELD, Carlos Ari; DE SOUZA, Rodrigo Pagani. *As modernas parcerias com o terceiro setor*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). São Paulo: Ed. Malheiros, 2013, p. 52.

<sup>31</sup> SUNDFELD, Carlos Ari; DE SOUZA, Rodrigo Pagani. *As modernas parcerias com o terceiro setor*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). São Paulo: Ed. Malheiros, 2013, p. 45-52.

<sup>32</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitação e contratos administrativos*. 14. Ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 345

<sup>33</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitação e contratos administrativos*. 14. Ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 39

(...)os contratos de gestão não são contratos administrativos, e sim acordos administrativos colaborativos (contrato de gestão externo ou exógeno), pois (i) o ajuste em tela não tem por objeto adquirir bens e serviços junto à iniciativa privada ou a ela transferir a execução de atividades estatais qualificadas como serviços públicos; (ii) há a conjugação de vontades para a realização de um interesse que é comum a ambas as partes; (iii) o vínculo instaurado pelo ajuste ora enfocado institui uma parceria, não originando (a princípio) prestações equivalentes entre as partes, embora possa estabelecer compromissos recíprocos com efeitos vinculantes e (iv) o conteúdo do ajuste não é dotado de patrimonialidade (característica dos contratos administrativos), embora do vínculo associativo formado decoram repercussões de ordem financeira <sup>34</sup>.

Por fim, José dos Santos Carvalho Filho partilha do mesmo entendimento, no sentido de que os contratos de gestão seriam convênios, por não haver contraposição de interesses:

A despeito da denominação adotada, não há propriamente contrato nesse tipo de ajuste, mas sim verdadeiro *convênio*, pois que, embora sejam pactos bilaterais, não há a contraposição de interesses que caracteriza os contratos em geral; há, isto sim, uma cooperação entre os pactuantes, visando a *objetivos de interesses comuns*. Sendo paralelos e comuns os interesses perseguidos, esse tipo de negócio jurídico melhor há de enquadrar-se como *convênio* (grifos do original) <sup>35</sup>.

A discussão acerca da natureza jurídica do contrato é amplamente pertinente, porquanto, a depender da classificação que se dê, passa a ser obrigatória a realização de procedimento licitatório para celebrar o contrato, sendo aplicável, por conseguinte, a Lei nº 8.666/93. Todavia, é entendimento quase pacificado na doutrina, que, não obstante as dúvidas que geram esta discussão, não é uma saída viável a aplicação da Lei Geral de Licitações, salvo as disposições referentes aos convênios, uma vez que tal prática implicaria mais burocracia frente às atividades a serem desenvolvidas pelas organizações sociais, de modo que elas perderiam a vantagem de serem mais ágeis e dinâmicas em virtude da natureza privada.

No relatório da Auditoria Operacional nº 3239, do Tribunal de Contas da União realizada em 2012, foi feita a seguinte observação:

Tendo em vista que os contratos de gestão não se caracterizam como contratos administrativos, não lhes é aplicável a integralidade da Lei Federal 8.666, de 21/6/1993. No entanto, a própria norma geral de licitações e contratos determina

<sup>34</sup> OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Constitucionalidade da Lei n.º 9.637/98, p.135. disponível em [http://www.justinodeoliveira.com.br/wp-content/uploads/2011/11/1\\_RDST\\_02\\_-\\_Art.igo\\_OS.pdf](http://www.justinodeoliveira.com.br/wp-content/uploads/2011/11/1_RDST_02_-_Art.igo_OS.pdf), acesso em 23 de setembro de 2014.

<sup>35</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 27ª Ed. rev. e ampl. E atual.. São Paulo: Atlas, 2014, p. 364.

que suas disposições sejam aplicáveis aos convênios e instrumentos congêneres no que couber (art.. 116)<sup>36</sup>

1.1.3.2 O contrato de gestão no Anteprojeto da Lei Orgânica da Administração Pública: o denominado “contrato de colaboração”.

O Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão instituiu, por meio da Portaria MP n.º 26, em 6 de dezembro de 2007, uma comissão de juristas com o fim de propor uma nova estrutura orgânica para o funcionamento da Administração Pública federal e das suas relações com os entes de colaboração<sup>37</sup>. Em 16 de julho de 2009, o resultado finalmente foi entregue ao Ministro do Planejamento, Orçamento e Gestão e ao Secretário de Gestão.

Na exposição de motivos do anteprojeto fica evidente que a Comissão levou em consideração a necessidade de redefinição das entidades que compõem a Administração Pública indireta e as entidades não estatais que desenvolvem atividades de interesse público e habilitadas a atuar como parceiras do Estado. Em outros termos, a comissão considerou relevante tratar acerca das entidades do terceiro setor, visando melhor adaptá-las à nova realidade da administração brasileira, sem, contudo, desconsiderar as legislações específicas que as rege, e mantendo ainda os princípios constitucionais a que a Administração Pública está submetida.

O anteprojeto possui cinco títulos, dentre os quais está o quarto, que trata das denominadas “entidades de colaboração” e do seu vínculo jurídico com os entes da Administração direta e indireta. Entidades de colaboração, como previsto no texto, são as “pessoas jurídicas não estatais, sem fins lucrativos, constituídas pela iniciativa privada, par ao desempenho de atividades de relevância pública”<sup>38</sup>. Estão abrangidas por este termo as organizações sociais, as organizações da sociedade de interesse público, as filantrópicas, as fundações de apoio, as de utilidade pública e outras.

A novidade no que toca ao instrumento de vinculação jurídica entre as entidades privadas e o Poder Público é a figura do “contrato de colaboração”. O objetivo da instituição deste contrato é torná-lo obrigatório e substituir outros tipos de acordo previsto nas

---

<sup>36</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da união. Relatório da Auditoria Operacional n.º 3239, disponível em [www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/.../AC\\_3239\\_47\\_13\\_P.doc](http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/.../AC_3239_47_13_P.doc). acesso em 10 de outubro de 2014

<sup>37</sup> BRASIL. Comissão de Juristas Responsáveis pela elaboração do anteprojeto da Lei orgânica da Administração Pública. Brasília, 2009, p.1.

<sup>38</sup> BRASIL. Comissão de Juristas Responsáveis pela elaboração do anteprojeto da Lei orgânica da Administração Pública. Brasília, 2009. p.17

legislações específicas (como o contrato de gestão, o termo de parceria, o convênio, ou quaisquer outras denominações de ajuste) pelo contrato de colaboração. Em que pese essa alteração, prevê o anteprojeto que as legislações específicas atinentes a cada uma das entidades privadas continuarão a ser aplicadas naquilo que não contraria as normas nele contidas.

Esta nova forma de contrato terá natureza pública e não será, portanto, regida por normas do direito civil ou comercial. Todavia, ele tampouco seguirá as normas da Lei nº 8.666/93, ressalvadas as hipóteses de aplicação do art. 116 da Lei de licitações, que continuará a ser aplicada quando o contrato público de colaboração for firmado sob a forma de convênio.

O principal objeto dos contratos é o fomento de atividades de relevância pública. No entanto, o contrato pode ser celebrado visando a outros objetos, como a atribuição de execução de ação ou programa de iniciativa estatal a entidade de colaboração, ou ainda à execução conjunta de atividade estatal.

O art. 75 do anteprojeto contém algumas limitações importantes, tais como, a vedação de que o contrato público de colaboração tenha por objeto atividades que não sejam de relevância política; a vedação de que seja, por meio do contrato, delegado a particulares atividades de regulação, polícia e outras exclusivas do Estado; a proibição de que se utilize o contrato para o fornecimento de mão de obra, pela entidade não-estatal, à entidade estatal, ressalvados casos específicos.

Os arts. 80 e 81 trazem ainda outras importantes regras referentes ao que deve constar dos contratos, conforme observa Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>39</sup> :

- a) a exigência de formalização do contrato por escrito, contendo todos os direitos e obrigações das partes envolvidas;
- b) a necessidade de publicação do extrato do contrato em órgão oficial de divulgação como condição indispensável à sua eficácia;
- c) a adoção de procedimentos próprios das entidades parceiras do Estado para a seleção de pessoal e no dispêndio dos recursos públicos repassados por meio do contrato. Anote-se aqui que a solução apontada não é a exigência de concurso

---

<sup>39</sup> Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Das entidades paraestatais e das entidades de colaboração. In: MODESTO, Paulo. *Nova organização administrativa brasileira*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2009, p. 241-243.

público ou licitação, mas sim um procedimento estabelecido pela própria entidade a fim de alcançar a eficiência nos gastos públicos. Seria algo nos moldes do 17 da Lei 9.637/98, no caso das organizações sociais. Ademais, o anteprojeto também prevê, em seu art. 84, no que tange à cessão de servidores públicos, que esses somente podem trabalhar em atividades que envolvam o interesse público, não sendo permitido que a cessão acarrete ônus para a entidade estatal (o que vai de encontro ao estabelecido no art. 14 da Lei n.º 9.637/98)

- d) a vedação de engajamento da entidade não-estatal em campanhas ou atividades de caráter político-partidário;
- e) vedação à extrapolação das atribuições dos órgãos de controle, impedindo a interferência na gestão da entidade.

Observa-se, portanto, que se pretendeu sistematizar as normas relativas aos contratos firmados por entidades do terceiro setor e o Poder Público, em virtude da ausência de uma regra geral uniforme no tocante a este ponto. E almejou também disciplinar as nuances deste tipo de acordo firmado, traduzindo-as no contrato de colaboração, prevendo regras pormenorizadas que visam diminuir as arbitrariedades e incongruências existentes nas legislações específicas.

Ademais, outra grande (e necessária) novidade do anteprojeto foi trazer um novo modelo normativo cujo principal objetivo é estabelecer um procedimento prévio à celebração do contrato para a escolha das habilitadas, denominado em seu texto como chamamento público, que será mais bem detalhado no ponto 2.1.2.

#### 2.1.4 Do controle da execução do contrato de gestão e das contas

Parte do grande diferencial da administração gerencial adotada na Reforma Administrativa é o controle de resultados, que visa averiguar se as metas estabelecidas estão sendo, de fato, alcançadas. Assim, o acompanhamento e avaliação do contrato de gestão é peça fundamental no controle das organizações sociais, uma vez que nele foram introduzidos os objetivos, metas, prazos e métodos de avaliação.

Segundo o caderno MARE, volume 2, as avaliações do contrato de gestão envolvem as etapas: geração de relatórios parciais e anual; avaliação institucional e auditorias<sup>40</sup>.

---

<sup>40</sup> BRASIL, cadernos maré, volume 2, p. 41

O controle exercido sobre as organizações sociais deverá ser tanto interno quanto externo. No tocante ao controle interno, a própria entidade, por meio de seus órgãos, deve fiscalizar e avaliar suas atividades, a fim de mensurar os resultados. O art. 4º, incisos IX e X, da Lei n.º 9.637/98 corrobora este entendimento ao dispor que dentre as atribuições privativas do conselho de administração estão a aprovação e o encaminhamento de relatórios gerenciais das atividades desenvolvidas ao órgão supervisor da execução do contrato, a fiscalização do cumprimento das diretrizes e metas definidas, bem como a aprovação dos demonstrativos financeiros e contábeis e as contas anuais da entidade.

Como parte do controle externo existente sobre as organizações sociais, a Lei n.º 9.637/98 prevê, em seu art. 8º, que a execução do contrato de gestão deve ser fiscalizada pelo órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade fomentada. Assim, cabe à organização social apresentar relatório relativo à execução do contrato de gestão ao órgão supervisor signatário do contrato. O relatório deve ser apresentado ao fim de cada exercício financeiro, ou, caso haja interesse público, a qualquer momento, e dele devem constar o comparativo específico entre as metas propostas e os resultados alcançados, mais a prestação de contas correspondente ao exercício financeiro.

Uma vez entregue o relatório, os resultados nele contidos passam a ser analisados, por uma comissão de avaliação, da qual façam parte especialistas de notória capacidade e adequada qualificação, indicados pela autoridade supervisora da área em que a OS realiza suas atividades. Esta comissão, após a devida avaliação, deve encaminhar relatório conclusivo à autoridade supervisora.

O controle externo sobre as organizações sociais pode se dar também por meio do Poder Legislativo, com a atuação do Tribunal de Contas da União, que, nos termos do arts. 70 e 71 da CF cc/ art. 4º, XI, da Lei n.º 9.637/98, deve auxiliar na fiscalização contábil e financeira da entidade. O TCU, por ocasião da decisão n.º 592/98- TCU - Plenário, firmou o entendimento de que

as contas anuais das entidades qualificadas como organizações sociais, relativamente ao contrato de gestão, são submetidas a julgamento pelo Tribunal, nos termos do § único do art. 70 da Constituição Federal, com a redação dada pela

Emenda Constitucional n° 19/98, dos arts. 6o e 7o, c/c o art.. 5o, inciso VI, da Lei n° 8.443/92 e art.s. 8o, §§ 2o e 3o, e 9o da Lei n° 9.637/98<sup>41</sup>.

Ademais, o art. 9º, por sua vez, prevê que os responsáveis pela fiscalização da execução do contrato de gestão que não deem ciência ao TCU, ao serem informados de quaisquer irregularidades na utilização de recursos ou bens públicos, podem ser solidariamente penalizados pela ilegalidade

Organizações sociais estão também submetidas à sanção por improbidade administrativa. O art. 10 dispõe que os responsáveis pela fiscalização, ao depararem irregularidades de maior gravidade referentes à má gestão da verba de origem pública, devem representar ao Ministério Público, à Advocacia-Geral da União ou à Procuradoria da própria organização social para requerer a indisponibilidade dos bens da entidade, o sequestro<sup>42</sup> dos bens dos dirigentes, de agente público ou de terceiros envolvidos no ato que possa ter gerado enriquecimento ilícito ou dano ao patrimônio. Assim, haverá o controle também exercido pelo Judiciário sobre as organizações sociais, que só atuará, todavia, se provocado.

O pedido feito ao Poder Judiciário pode incluir também, a depender do caso, a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações do investigado existentes no Brasil e no exterior, nos termos da lei e dos tratados internacionais. E enquanto a ação estiver em curso cabe ao Poder Público permanecer como depositário e gestor dos bens e valores sequestrados ou indisponíveis, de modo a garantir a continuidade das atividades prestadas.

À parte as formas de controle exercidas pelo Poder Público, pode também a sociedade civil exercer o denominado controle social. Bresser Pereira defende este ponto de vista :

Em si, o controle social constitui também um controle sobre as organizações públicas não-estatais e as entidades descentralizadas do Estado, distinto e complementar ao controle de procedimentos (burocrático), ao controle por resultados e ao controle por *cuasi-mercados* ou competição administrada (controle gerencial), e ao exercido diretamente pelo mercado. A reforma gerencial da Administração Pública, que está ocorrendo em nossos dias, com o apoio das altas

<sup>41</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão 592/1998 – Plenário . Relator: Ministro Benjamin Zymler. Sessão de 2 de setembro de 1998. Disponível em: [http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/ju\\_doc%5CSIDOC%5CgeradoSIDOC\\_DC05926398P.pdf](http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/ju_doc%5CSIDOC%5CgeradoSIDOC_DC05926398P.pdf)

<sup>42</sup> José Carvalho dos Santos Filho observa que não obstante o termo aduzido na lei seja “sequestro, a ser processado conforme os art.s. 822 a 825, do CPC, nos termos do art.. 10, § 1º da Lei n.º 9.637/98, a figura mais apropriada seria, em verdade, o arresto, porquanto o arresto é a “apreensão cautelar de bens com a finalidade de garantir uma futura execução por quantia” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 27ª Ed. rev. e ampl. E atual.. São Paulo: Atlas, 2014, p. 365.)

burocracias públicas, para substituir as velhas formas de administração burocrática, envolve, assim, a utilização de uma combinação de formas e fontes de controle<sup>43</sup>

Por fim, é oportuno repisar que o controle dos resultados como atribuição precípua do Poder Público deve ser periodicamente realizado, a fim de se fiscalizar os gastos feitos com verbas públicas, mas também, a fim de se avaliar o atingimento das metas estabelecidas, de modo a se redirecionar as políticas públicas, se for o caso, ainda durante seu curso de ação. Isto implica dizer que é por meio do controle que se pode modificar ou aperfeiçoar as diretrizes da política pública em análise, enquanto ela está sendo aplicada. Há, portanto, um controle de resultados e de meios sendo aplicado concomitantemente.

### 2.1.5 Das demais disposições da Lei

A Lei nº 9.637/98 prevê ainda o fomento das atividades a serem desenvolvidas, promovido pelo Estado, a fim de incentivar e proporcionar uma melhor prestação do serviço público por essas entidades.

Primeiramente, o art. 11 dispõe que as entidades que possuem a qualificação de organização social serão declaradas como entidades de interesse social e utilidade pública para todos os efeitos legais. Como destaca Paulo Modesto, tanto o título de organização social, quanto o título de utilidade pública são dados pelo Poder Público às entidades privadas, o que as confere uma série de benefícios especiais não extensíveis às outras pessoas jurídicas privadas (tais como benefícios tributários e vantagens administrativas). No entanto, o título de organização social vai além do título de utilidade pública conferido às entidades privadas, ao fazer incidir sobre as posteriormente denominadas organizações sociais disposições jurídicas especiais e características que as asseguram vantagens diversas<sup>44</sup>. Portanto, percebe-se que apenas o título de organização social já é capaz de garantir benefícios, sobretudo no campo tributário, incentivando assim o desenvolvimento das atividades destas entidades.

Mas o Poder Público também utiliza outros meios visando ao fomento, como por exemplo: a destinação de recursos orçamentários visando ao fiel cumprimento do contrato de gestão. Trata-se dos créditos previstos no orçamento, já comprometidos com a organização

---

<sup>43</sup> BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; CUNILL, Nuria. *Entre o Estado e o mercado: o público não-estatal*, disponível em <http://bresserpereira.org.br/papers/1998/84PublicoNaoEstataRefEst.p.pg.pdf>, acesso em 10 de setembro de 2014, p. 10.

<sup>44</sup> MODESTO, Paulo. *Reforma do marco legal do Terceiro Setor no Brasil*. Disponível em <http://bresserpereira.org.br/Terceiros/Autores/Modesto,Paulo/terceirosetorreforma>. PDF, acesso em 10 de setembro de 2014, p. 07

social e suas respectivas liberações financeiras, seguindo o cronograma de desembolso contido no contrato de gestão. A lei das organizações sociais também prevê a possibilidade de se adicionar aos créditos orçamentários parcela de recursos, a fim de compensar desligamento de servidor cedido, sob a condição de haver justificativa expressa de necessidade da organização social.

Pode o Poder Público também ceder bens públicos às entidades, o que será feito sem procedimento licitatório, mediante permissão de uso, nos termos do contrato de gestão (art. 12, § 3º). Os bens móveis públicos podem ser permutados (após prévia avaliação do bem e expressa autorização do Poder Público) por outros de igual ou maior valor, condicionado a que os novos bens adquiridos façam parte do patrimônio da União.

Por fim, ainda quanto ao fomento, a Lei n.º 9.637/98 autoriza a cessão especial de servidor público para as organizações especiais, cabendo o ônus à origem e devendo o servidor cedido perceber as vantagens referentes ao cargo que faz jus no órgão de origem nos casos em que for ocupante de cargo de primeiro ou segundo escalão na organização social (art. 14, § 3º). O texto da lei faz duas observações: a) não é permitida a incorporação de vantagem pecuniária que vier a ser paga pela organização social aos vencimentos ou à remuneração de origem do servidor cedido (art. 14 § 1º) e; b) não é possível o pagamento de vantagem pecuniária permanente a servidor cedido com recursos decorrentes do contrato de gestão, salvo nos casos de adicional relativo o exercício de função temporária de direção e assessoria (art. 14, § 2º).

Já no que toca à desqualificação, a Lei n.º 9.637/98 prevê, no art. 16 e §§, que o Poder Executivo pode realizar a desqualificação das entidades, como uma forma de sanção ao não cumprimento das disposições fixadas no contrato de gestão. Para tanto, deve ser instaurado previamente processo administrativo, sendo nele assegurado o direito ao contraditório e à ampla defesa. Os dirigentes da organização social devem responder individual e solidariamente pelos danos ou prejuízos causados ao Poder Público, resultantes de sua ação ou omissão. A desqualificação obriga ainda que haja a reversão dos bens públicos utilizados sob a forma de permissão e dos recursos públicos entregues à organização social, sem prejuízo das sanções cabíveis.

José dos Santos Carvalho Filho observa que, não obstante a utilização do termo “poderá proceder à desqualificação”, não se trata de uma postura facultativa a ser adotada

pelo Poder Executivo. Uma vez percebidas as irregularidades e o não cumprimento do acordado no contrato de gestão, deve, de maneira vinculada, A Administração desqualificar a entidade<sup>45</sup>.

A última parte da Lei nº 9.637/09 trata das suas disposições finais e transitórias. Dentre elas encontra-se o já aludido Programa Nacional de Publicização – PNP. Prevê o art. 20 a criação, pelo Poder Executivo, do PNP, cujo objetivo era estabelecer diretrizes e critérios para a qualificação das organizações sociais, com a finalidade precípua de assegurar absorção das atividades desenvolvidas por órgãos ou entidades públicas da União que atuem nas áreas mencionadas no art. 1º por organizações sociais, qualificadas na forma da lei, e seguindo as diretrizes de ênfase ao atendimento do cidadão-cliente, ênfase nos resultados e controle social das ações de forma transparente.

No campo da saúde, obriga a lei que as organizações sociais criadas para atuar nessa área devem atender aos princípios do Sistema Único de Saúde – SUS (art. 198 da CF e art.7º da Lei n.º 8.080/90) nos contratos de gestão firmados. No campo de rádio e televisão educativa, as organizações sociais que absorverem as atividades referentes a essas áreas podem receber recursos e veicular publicidade institucional de entidades de direito público e privado, a título de apoio cultural.

A lei trata ainda de duas entidades estatais que foram extintas e que cujas atividades foram absorvidas pela organização social a que deram origem. Trata-se do Laboratório Nacional de Luz Síncrotron, integrante da estrutura do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - CNPq, e da Fundação Roquette Pinto, entidade vinculada à Presidência da República.

## 2.2 Principais críticas à Lei nº 9.637/98 e possíveis inconstitucionalidades

### 2.2.1 Discricionariedade na qualificação como organização social

A primeira crítica contundente ao modelo de organização social hoje vigente é o do caráter discricionário da aprovação da qualificação das organizações sociais conferido ao Poder Executivo. É que a redação do art.. 2º, II, assim dispõe: “haver aprovação, quanto à

---

<sup>45</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 27ª Ed. rev. e ampl. E atual.. São Paulo: Atlas, 2014, p. 364.

*conveniência e oportunidade* de sua qualificação como organização social, 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 (grifo nosso)”.

Percebe-se, portanto, que quis o legislador atribuir ao administrador maior flexibilidade, levando em consideração o juízo de conveniência e oportunidade na avaliação da capacidade das entidades privadas serem qualificadas como organizações sociais. Todavia, essa postura compromete a objetividade dos processos, uma vez que nada garante que, diante de duas ou mais entidades que pleiteiam a qualificação, seja escolhida aquela mais habilitada.

Desta discricionariedade podem decorrer favorecimentos indevidos, culminando na contratação de entidades sem as condições adequadas para a prestação dos serviços públicos, em detrimento de outras mais bem preparadas. Pode haver também, por meio do crivo de oportunidade e conveniência concedido ao administrador, um direcionamento voltado a determinadas entidades na contratação com o Poder Público. José Eduardo Sabo Paes aponta o caráter discricionário derogado pelo inciso II do art. 2º e sintetiza:

Não há, na Lei n.º 9.637/98, a mesma rigidez de regras objetivas que orientem a decisão da autoridade pública quanto à aprovação da entidade como organização social, mas apenas uma referência à “conveniência” e “oportunidade” para ser assim reconhecida, e, de acordo com o art. 2º, inciso II, tal decisão fica a cargo “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”. Percebe-se, portanto, o elevado grau de discricionariedade governamental na qualificação da entidade. (...) Difícil é vislumbrar que decisões de tamanha envergadura e com reflexos importantes em áreas tão sensíveis e carentes da sociedade dependam exclusivamente do bom senso de alguns poucos mandatários do Poder Executivo<sup>46</sup>.

Insta notar que a Lei das Oscips (Lei n.º 9.790/98), que possui diversos pontos muito similares à Lei n.º 9.637/98, neste quesito específico dela diverge, porquanto prevê, em seu art. 1º, § 2º que “a outorga da qualificação prevista neste artigo é ato vinculado ao cumprimento dos requisitos instituídos por esta Lei”, enquanto a Lei das Organizações sociais, no art. 2º, II, deixa a critério do administrador a “(...) aprovação, quanto à *conveniência e oportunidade* de sua qualificação como organização social (...) (grifo nosso).”

Vale lembrar que a qualificação é etapa anterior, e necessária, à celebração do contrato de gestão. Em outros termos, pode-se dizer que é um procedimento formal visando à habilitação da entidade para firmar ajuste com o Poder Público. Sendo assim, trata-se de ato

<sup>46</sup> PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários*, 2001. 3 ed. rev., atual e ampl. Brasília: Brasília Jurídica, p. 83

administrativo. E sobre ele deve recair toda a disciplina inerente à atividade administrativa, bem como a Lei n.º 9.784./99

Deste modo, entende-se que a qualificação, quando intentada por entidade privada, somente pode ser negada por ato devidamente motivado, utilizando-se de critérios objetivos e impessoais, e dele constando todos os fatos e fundamentação jurídica, consoante apregoa a redação do art. 50 da Lei n.º 9.784/99, e sobretudo seus incisos I, III e IV:

Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

(...)

III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;

IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;

Portanto, ainda que a decisão mantenha seu caráter discricionário, ela deverá ser motivada, contendo critérios objetivos, demonstrados nos autos do processo administrativo. Não se pode deixar à mera vontade ou interesse do administrador público decisão de tal caráter, sobretudo porque a finalidade precípua da qualificação e da consequente celebração do contrato de gestão é o interesse público, que deve ser sempre visado.

2.2.2 A dupla interpretação do art. 24, XXIV da Lei nº 8.666/93 e a ausência de procedimento para a escolha da entidade a ser contratada.

Outro ponto que gera muita crítica à Lei nº 9637/98 é a ausência de procedimentos específicos para a escolha de entidades interessadas na qualificação de organização social. Todavia, antes de adentrar nesta discussão, oportuno abordar a dupla interpretação dada ao inciso XXIV do art. 24 da Lei n.º 8.666/93.

A redação deste inciso, que foi incluída no artigo 24 pela Lei n.º 9.648 de 1988, dispõe que “para a *celebração de contratos de prestação de serviços* com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão (grifo nosso)”.

Desta forma, percebe-se que a dispensa de licitação conferida pela Lei n.º 8.666/93 diz respeito somente às contratações firmadas pelas entidades já qualificadas como organizações sociais, isto é, já tendo sido, portanto, celebrado o contrato de gestão. Trata-se apenas de contratos de prestação de serviço das organizações sociais com terceiros, a fim de cumprir as metas estipuladas no contrato de gestão, do que se depreende que a Administração

Pública já teria contratado com a organização social, passando essa a contratar serviços diversos previstos no contrato de gestão, sem a necessidade de licitação.

Contudo, não é incomum notar interpretações que consideram que o inciso XXIV do art. 24 da Lei Geral de Licitações dispensa a Administração Pública de realizar procedimento licitatório para escolher a entidade mais apta à qualificação e posterior assinatura do contrato de gestão. O Tribunal de Contas da União, no relatório da Auditoria Operacional 3.239 de 2013, observou esta prática e a descreveu da seguinte maneira :

(...) os entes governamentais que celebram contratos de gestão com organizações sociais justificam a dispensa de licitação para escolha da entidade que celebrará o ajuste com base no inciso XXIV. Na ADIn 1.923/DF, tanto a petição inicial quanto os ministros que se pronunciaram analisam o inciso XXIV com esta mesma interpretação, de que ele dispensa de licitação a própria celebração do contrato de gestão<sup>47</sup>.

Assim, a despeito de a Lei n.º 8.666/93 não prever a dispensa de licitação para a contratação de organizações sociais com o Poder Público, não há em nenhuma legislação pertinente, tampouco na Lei n.º 9.637/98, qualquer mecanismo específico que defina critérios para a escolha das futuras organizações sociais, o que gera grande discussão entre os doutrinadores.

Acerca deste tema, Marçal Justen Filho faz a seguinte observação:

Outra questão é a seleção das organizações sociais para firmar contratos de gestão(...).É imprescindível adotar processo objetivo de seleção dos interessados relativamente ao contrato de gestão. Suponha-se, por exemplo, que a Administração intencione outorgar aos particulares a gestão de um educandário. Não é possível que seja escolhida arbitrariamente uma organização social - mantida, por exemplo, pelo chefe político local. Os princípios de isonomia e da chamada 'indisponibilidade do interesse público' continuam a disciplinar a atividade estatal. Logo, deverá facultar-se a possibilidade de disputa pelo contrato de gestão, selecionando-se a melhor proposta segundo critérios objetivos pré -estabelecidos<sup>48</sup>.

O autor firma este posicionamento, ao defender que deveria haver prévia licitação para se celebrar o contrato de gestão e selecionar a entidade privada apta à contratação com o Poder Público, o que seria feito por meio de um edital contendo todos os requisitos pertinentes, as metas e o critério objetivo de escolha. Somente seria possível dispensar a

<sup>47</sup> TCU, AC 3239- TCU Plenário, disponível em [www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/.../AC\\_3239\\_47\\_13\\_P.doc](http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/.../AC_3239_47_13_P.doc), acesso em 10 de outubro de 2014, p.17.

<sup>48</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 14ª. Edição, São Paulo: Dialética, 2010, p. 39-40.

licitação para a seleção da organização social nos casos em que há os requisitos de dispensa ou inexigibilidade de licitação<sup>49</sup>.

Lucas Rocha Furtado segue na mesma linha ao defender que:

(...) a absoluta falta de critérios de impessoalidade para a escolha da entidade que irá receber os recursos públicos tem sido fonte de constante questionamento quanto à sua constitucionalidade (...). Urge aprimorar a legislação de modo a desenvolver mecanismos impessoais de escolha da entidade que irá receber os recursos e a definir de modo mais claro e transparente o processo de prestação de contas<sup>50</sup>.

Insta salientar que, uma vez que se admite a natureza de convênio do contrato de gestão, e não de contrato administrativo, (em virtude de sua finalidade de fomento), a Lei n.º 8.666/93 passa a não lhe ser aplicável, restando, portanto, desnecessária a realização de procedimento licitatório para seleção das entidades privadas. Ainda assim, é patente a obrigatoriedade de observância aos princípios constitucionais e legais da Administração Pública, sobretudo os da publicidade, isonomia e motivação. Ademais, a escolha também se trata de ato administrativo, e, portanto, deve seguir critérios objetivos, ainda que não haja um processo de seleção especificado em lei.

2.2.2.1 A alternativa contida no Anteprojeto da Lei Orgânica da Administração Pública: o chamamento público

Tendo em vista a ausência de normas próprias para a seleção das entidades privadas aptas a celebrarem acordo com o Poder Público, o anteprojeto da lei orgânica da Administração Pública traz a proposta do chamamento público. A exposição de motivos do anteprojeto explica que o objetivo do modelo normativo por ele adotado foi de tornar obrigatório o chamamento público, previsto em seu art. 77, como uma exigência prévia à celebração do contrato. O que se pretende com essa novidade é aumentar o controle prévio exercido sobre as contratações, por meio de um modelo transparente.

Por não se tratar de um procedimento licitatório, não está sob a égide das normas da Lei n.º 8.666/93. No entanto, quis a comissão, ao elaborar o texto, que o chamamento público seguisse os princípios concernentes à licitação, e não somente esses, como também aos princípios legais e constitucionais norteadores da Administração Pública.

<sup>49</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14ª. Edição, São Paulo: Dialética, 2010, p. 39.

<sup>50</sup> FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. 6 ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2010., p. 235.

Assim, Maria Sylvia Zanella Di Pietro observa que o anteprojeto não estabeleceu nenhum procedimento específico a ser caracterizado como chamamento público, mas sim exigiu a observância dos princípios da Administração Pública, sobretudo o da publicidade, da isonomia e o da motivação, visando com isso coibir as escolhas feitas sem critério objetivo<sup>51</sup>. Deste modo, passa-se a exigir, no mínimo, a publicação de edital com as minúcias referentes ao processo e ao contrato a ser celebrado, a ser realizada na imprensa e em página eletrônica, em atendimento ao princípio da publicidade. Torna-se obrigatória também, em observância aos princípios da isonomia, a igualdade no tratamento dado às entidades, bem como igualdade de oportunidade. E em consonância com o princípio da motivação, é cobrada a utilização de critérios objetivos, com a devida análise e comparação das manifestações de interesse ou dos projetos apresentados, sendo igualmente importante que se conste dos autos os motivos para a eventual não realização de chamamento público.

Os incisos do art.. 77 do anteprojeto contêm as exceções à realização de chamamento público, que seriam: a) quando se tratar de “ credenciamento da entidade não estatal em programa permanente, para recebimento de benefícios padronizados, aplicáveis igualmente a todas as entidades aptas”; b) quando “importe a doação de bens ou transferência de recursos a entidade não estatal, de valor anual inferior a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais); c) quando “atenda a necessidade urgente devidamente motivada” e; d) quando “seu objeto exclusivo for o fomento à entidade estatal (art.. 79)”.

Insta observar que o Decreto nº 6.170, de 25 de julho de 2007, que disciplina as normas referentes às transferências de recursos da União mediante a celebração de contratos de repasse e convênios (instrumento que mais se assemelha, segundo a doutrina majoritária, ao contrato de gestão), dispõe sobre o chamamento público, em seu art. 4º, cuja redação é:

A celebração de convênio ou contrato de repasse com entidades privadas sem fins lucrativos será precedida de chamamento público a ser realizado pelo órgão ou entidade concedente, visando à seleção de projetos ou entidades que tornem mais eficaz o objeto do ajuste.

Logo, pode-se concluir que muito embora não haja obrigação legal de haver um chamamento público das entidades interessadas, nada obsta a sua realização. Alguns estados e municípios, ao selecionarem entidades privadas para formalizar acordo, visando à qualificação de organização da sociedade civil de interesse público e organização social já

---

<sup>51</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Das entidades paraestatais e das entidades de colaboração. In: MODESTO, Paulo (Coord.) *Nova organização administrativa brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 243-244.

realizam o chamamento, em observância aos princípios constitucionais da Administração Pública.

### 2.2.3 publicização ou privatização?

Outra discussão originária do modelo instituído pela Lei n.º 9.637/98 é se o Programa Nacional de Publicização trataria, na realidade, de uma forma de privatização realizada pelo Estado. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, por exemplo, diz que existem vários dispositivos da Lei das Organizações sociais que pecam pela imoralidade neles contidos, resultando em riscos ao patrimônio público e aos cidadãos:

O fato de a organização social absorver atividade exercida por ente estatal e utilizar o patrimônio público e os servidores públicos, antes a serviço desse mesmo ente, que resulta extinto, não deixa dúvidas de que, sob a roupagem de entidade privada, o real objetivo é o de mascarar uma situação que, sob todos os aspectos, estaria sujeita ao direito público. É a mesma atividade que vai ser exercida pelos mesmos servidores públicos e com utilização do mesmo patrimônio. Por outras palavras, a ideia é que os próprios servidores da entidade a ser extinta constituam uma pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, e se habilitem como organizações sociais, para exercerem mesma atividade que antes exerciam e utilizem o mesmo patrimônio, porém sem a submissão àquilo que se costuma chamar de “amarras” da Administração Pública<sup>52</sup>.

José dos Santos Carvalho Filho segue se posiciona em um meio termo ao declarar que

O termo *publicização* atribuído ao Programa parece-nos inadequado e infeliz. Primeiramente, porque parece antagonizar-se com o termo privatização, o que, como já vimos não é verdadeiro. Depois, porque, de fato, nenhuma atividade estará sendo *publicizada*, o que ocorreria somente se fosse ela deslocada da iniciativa privada para a área governamental. No caso, é o inverso que sucede, posto que pessoas governamentais é que vão dar lugar a entidades do direito privado. O que existe, na realidade, é o cumprimento de mais uma etapa do processo de *desestatização*, pelo qual o Estado se afasta do desempenho direto da atividade, ou, se se preferir, da prestação direta de alguns serviços públicos, mesmo não econômicos, delegando-a a pessoas de direito privado não integrantes da Administração Pública<sup>53</sup>.

Paulo Modesto, no entanto possui um entendimento diferenciado, uma vez que entende que as organizações sociais não são forma de privatização de entes públicos. Para ele, a privatização “pressupõe uma transferência de domínio, (...); uma transação de natureza econômica e uma retração do Poder Público em termos de inversão de recursos e em termos

<sup>52</sup>DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*, 2009. 7 ed. São Paulo: Editora Atlas, p.267-268.

<sup>53</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27ª Ed. rev. e ampl. E atual.. São Paulo: Atlas, 2014, p. 363-364

quantitativos de pessoal.<sup>54</sup>”. Assim, para o autor, tais pressupostos não estão presentes nas organizações sociais, uma vez que o ato de qualificação de entidade privada em organização social não prescinde obrigatoriamente de extinção de um ente público, tampouco porque, ao receberem permissão para o uso de bens públicos, as organizações sociais não recebem a transferência do domínio, restando os bens como patrimônio da União. E por fim, o último argumento que se utiliza é que os contratos de gestão firmados entre o Poder Público e as entidades privadas já qualificadas não podem ter finalidade econômica, devendo ter somente finalidade de natureza social e de interesse público, não objetivando o lucro. Deste modo, entende que “o modelo das organizações sociais, assim, realiza-se como estratégia em tudo oposta à de privatização, assumindo claramente uma opção de recusa à aplicação da lógica do mercado nas atividades de natureza social<sup>55</sup>”.

Diante do posicionamento desses autores supramencionados, percebe-se que não há, na doutrina, um consenso quanto à publicização, de modo a se saber se se trata realmente de uma forma de dar prosseguimento à Reforma Administrativa, nos contornos visando a um Estado gerencial mais eficiente, ou se o que ocorreu de fato, foi a transferência de atividades de interesse público a particulares. Tal discussão está presente inclusive na ADIn n.º 1.923-DF, que será analisada com detalhes no capítulo 3.

#### 2.2.4 a contratação pelas organizações sociais sem a realização de procedimento licitatório

Por fim, outra controvérsia no que toca às organizações sociais é a ausência de procedimento licitatório na contratação de serviços pelas organizações sociais, dispensa conferida pelo inciso XXIV do art. 24 da Lei n.º 8.666/93.

Como aludido no ponto 2.2.2, há certa confusão quando se trata da dispensa de licitação da Lei n.º 8.666/93, porquanto ora a interpretação se dá sobre a contratação das organizações sociais com o Poder Público, ora, sobre a contratação de serviços pelas organizações sociais, que é o que prevê o inciso XXIV do art. 24 da Lei Geral de Licitações.

---

<sup>54</sup> MODESTO, Paulo. Reforma Administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil: as dúvidas dos juristas sobre o modelo das organizações sociais. Acesso em 19 de setembro de 2014, disponível em [seer.enap.gov.br/index.php/RSP/issue/download/73/79](http://seer.enap.gov.br/index.php/RSP/issue/download/73/79), p. 35.

<sup>55</sup> MODESTO, Paulo. Reforma Administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil: as dúvidas dos juristas sobre o modelo das organizações sociais. Acesso em 19 de setembro de 2014, disponível em [seer.enap.gov.br/index.php/RSP/issue/download/73/79](http://seer.enap.gov.br/index.php/RSP/issue/download/73/79), p. 35

Marçal Justen Filho aponta que é necessário distinguir o contrato de gestão dos contratos instrumentais a ele relacionados, por meio dos quais são estabelecidas condições específicas para a execução das atividades relativas às organizações sociais. Assim, defende o autor que haja uma forma de seleção, para escolher as organizações sociais aptas a celebrar o contrato de gestão. Uma vez celebrado o contrato-mãe, ficam as organizações sociais autorizadas, por força do inciso XXIV, art. 24, da Lei n.º 8.666/93, a firmarem contratações de prestação de serviço sem a necessidade de nova licitação<sup>56</sup>.

A Lei n.º 9.637/98 endossa esse posicionamento ao prever, em seu art. 17, que as organizações sociais devem elaborar regulamento próprio com os procedimentos que passará a seguir na contratação de obras e serviços e para a aquisição de bens, utilizando-se de verbas públicas. Este regulamento deve ser aprovado pelo conselho de administração da entidade, conforme disposto no art. 4º, VIII.

Em agosto de 2005, foi editado o Decreto n.º 5.504, que estabeleceu, no art. 1º, *caput*, a exigência de utilização de pregão para entes públicos ou privados nas contratações de bens e serviços comuns, realizadas em virtude da transferência voluntária de recursos públicos da União, decorrentes de convênios ou instrumentos congêneres. O art. 1º, § 5º, estendeu expressamente a exigência ao art. 1º, *caput*, às organizações sociais e às organizações da sociedade civil de interesse público, na forma das suas respectivas leis, em decorrência dos contratos de gestão e dos termos de parceria firmados.

Posteriormente, o Decreto n.º 6.170/2007 (alterado pelo Decreto n.º 6.428/08) dispôs acerca das normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse e, nos termos do art. 11, passou a exigir a realização de cotação prévia de preços no mercado antes da celebração do contrato:

Art. 11. Para efeito do disposto no art. 116 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a aquisição de produtos e a contratação de serviços com recursos da União transferidos a entidades privadas sem fins lucrativos deverão observar 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.

Pode-se entender, portanto, não ser exigível a licitação na forma de pregão para as organizações sociais, tendo em vista as legislações supracitadas. É que a Lei n.º 9.637/98 já as

---

<sup>56</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14 ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 39-40.

dispensou de procedimento licitatório na contratação de obras e serviços e aquisição de bens ao exigir que elas elaborem regulamento próprio para a celebração destes tipos de contrato. E somado à esta lei, há a redação do Decreto n.º 6.170/07, que ao entrar em conflito com o Decreto n.º 5.504/05 no que concerne à necessidade de licitação, sob a modalidade pregão, o revogou parcialmente, de forma implícita já que ambos disciplinavam o mesmo tema.

Assim, diante do arcabouço legislativo em torno desta questão, pode-se concluir que as organizações sociais estão dispensadas de realizar procedimentos licitatórios para a contratação de bens e serviços e obras, devendo seguir seu regulamento próprio para estas contratações, previamente aprovado pelo conselho de administração, bem como realizar cotação prévia de preços no mercado, antes de celebrar os contratos.

Todavia, é importante salientar que não há consenso na doutrina, tampouco no Tribunal de Contas da União acerca da dispensa ou não de realização de procedimento licitatório pelas organizações sociais<sup>57</sup>.

---

<sup>57</sup> O TCU, diante da jurisprudência com entendimentos controversos, adotou, na auditoria operacional 3.239, o seguinte posicionamento: “Tendo em vista que este é um tema ainda cercado de polêmica dentro do Tribunal, o que pode levar a uma insegurança jurídica ao modelo das organizações sociais, propõe-se que o TCU firme o entendimento de que as organizações sociais submetem-se ao regulamento próprio de contratação de obras e serviços, bem como para compras com emprego de recursos provenientes do Poder Público, observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e eficiência, sendo necessária, no mínimo, a realização de cotação prévia de preços no mercado antes da celebração do contrato”. TCU, AC 3239- TCU Plenário, disponível em [www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/.../AC\\_3239\\_47\\_13\\_P.doc](http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/.../AC_3239_47_13_P.doc), acesso em 10 de outubro de 2014, p.22-24.

### **Capítulo 3: Análise da ADI 1923- DF, referente à constitucionalidade da Lei nº 9.637/98 e do inciso XXIV, art. 24, da Lei nº 8.666/93**

#### 3.1 As alegações de inconstitucionalidade contidas na Petição Inicial

A ação declaratória de inconstitucionalidade 1.923- DF, com pedido de liminar, foi proposta pelo Partido dos Trabalhadores - PT, juntamente com o Partido Democrático Trabalhista- PDT e protocolada em dezembro de 1998. A ADIn tem por objeto a Lei n.º 9.637, de 15. 05.98, impugnada em sua integralidade, bem como o inciso XXIX do art. 24 da Lei n.º 8.666/93, cuja redação foi alterada pela Lei n.º 9.648/98.

Primeiramente, alegaram os autores que os arts. 4º, VII; 5º; 11; 12, § 3º e 17, da Lei n.º 9.637/98 ofenderam os artigos art. 22, XXVII, art. 37, XXI, e art. 175 da Constituição Federal, concernentes à obrigatoriedade de realização de procedimento licitatório para a contratação de obras e serviços pelo Poder Público. Isso porque os artigos inquinados da lei das organizações sociais conferem a essas entidades a prerrogativa de utilizarem bens públicos por meio da permissão de uso constante do contrato de gestão (art. 12, § 3º), bem como a realização de regulamento próprio para a contratação de obras e serviços (art. 17), ambos dispensados da licitação.

Também impugnam o art. 1º da Lei 9.648/98, que alterou o inciso XXIV do art. 24 da Lei n.º 8.666/93, e que passou, assim, a permitir a celebração de contratos de prestação de serviços entre as organizações sociais e terceiros, para as atividades previstas no contrato de gestão, dispensando-se a licitação.

Esses dispositivos estariam, portanto, indo de encontro ao previsto no art. 22, XXVII, da CF, porquanto sua redação, alterada pela EC n.º 19/98, dispõe caber privativamente à União a competência para legislar acerca de “normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37 (...)”.

Diante deste posicionamento, entende-se que “*não há espaço no ordenamento legal vigente para que outros entes se arvoresem dessa competência, como prevê o art. 4º, VII, da questionada Lei nº 9.637 (grifo dos autores).*”

Haveria afronta também ao art. 37, XXI, uma vez que nele está previsto a obrigatoriedade de realização de licitação para contratação de obras e serviços, visando

assegurar a igualdade. Assim, entenderam os autores que a Lei n.º 9.637/98, ao dispor sobre procedimentos próprios para a contratação e dispensar a licitação em determinadas hipóteses, estaria usurpando competência exclusiva da União, além de se eximir da obrigatoriedade de procedimento licitatório a ser realizado quando há o uso de verbas públicas.

O art. 175 da CF, por sua vez, restaria igualmente violado, porquanto prevê o texto constitucional ser atribuição do Poder Público a prestação de serviços públicos, direta ou indiretamente, podendo ser realizada por particulares sob a forma de concessão ou permissão, precedidos sempre por licitação pública. As organizações sociais, nesta linha de raciocínio, atuariam de forma a driblar a necessidade de licitação, ao serem autorizadas a prestarem o serviço público sem o prévio procedimento licitatório, havendo no modelo das OS a “delegação de atribuições por meio impróprio - o contrato de gestão- firmada com dispensa de licitação autorizada no artigo 24, inciso XXIV da Lei nº 8.666, de 1993 (...)”<sup>58</sup>.

Aduz-se ainda, na ADIn 1923, que como as organizações sociais não integram a Administração Pública, a permissão de uso de bens públicos por essas entidades, sem a realização da devida licitação, seria uma forma de favorecimento de particulares perante o Estado, o que se traduziria como ofensa aos princípios fundamentais da Administração Pública.

Com relação ao princípio da legalidade na gestão de pessoal e aos arts. 37, II e 169 da CF, os autores da ADIn 1923-6 afirmaram que o art. 4º da Lei n.º 9.637/98, ao prever a fixação da remuneração dos membros da diretoria do conselho de administração da entidade (inciso V), bem como ao atribuir competência privativa do conselho para a aprovação de regimento interno que deve dispor sobre os cargos da organização social, incorreria em burla à obrigatoriedade de concurso público para contratação de mão de obra pela Administração Pública.

Assim, a qualificação de entidade em organização social seria uma forma de se burlar o previsto no art. 37, II, da CF, que exige a aprovação prévia dos servidores em concurso público, para a investidura em cargos ou empregos públicos, ressalvadas as hipóteses de nomeação para cargo em comissão.

---

<sup>58</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Petição inicial da ADI 1923-DF. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Brasília, Disponível em <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincide=1739668> acesso em 12 de novembro de 2014, p. 38.

Da mesma forma, o art. 7º, II, estaria afrontando o disposto no art. 169 da CF, uma vez que este artigo prevê que o gasto despendido com pessoal ativo e inativo do Poder Público não pode exceder os limites previstos e estabelecidos em lei complementar. A inconstitucionalidade consistiria no fato de que os salários e remunerações de dirigentes e empregados das organizações sociais, a despeito de serem pagos com recursos públicos, não estão subordinados a regras previstas no art. 37, X, da Constituição Federal, do que decorreria a contratação de pessoal de maneira discricionária e sem critérios objetivos, impessoais e isonômicos, obrigatórios às contratações realizadas pela Administração Pública, consoante exige o art. 37, II, da CF.

Deste modo, defendem os autores, que a Lei n.º 9.637/98 seria

*verdadeira porta de entrada para a contratação discricionária e irregular de servidores públicos, eis que se trata de servidores de fato e de direito, destinados à prestação de serviços públicos, remunerados com recursos públicos, e que irão, paulatinamente, substituir os atuais servidores públicos ocupantes de cargos efetivos que, com base na própria Lei, serão compulsoriamente cedidos às organizações sociais para satisfação dos mesmos interesses sociais*<sup>59</sup> (grifo dos autores).

Os autores também impugnaram os artigos 14 e 22 da Lei n.º 9.637/98, porquanto os referidos dispositivos implicariam violação às normas concernentes à aposentadoria de servidor público: art. 40, *caput*, e § 4º da CF. Segundo sua tese, o art. 14, que estabelece ser facultativo ao Poder Executivo a cessão especial de servidor para as organizações sociais, sobrevindo o ônus à origem, seria inconstitucional, sobretudo em virtude da redação de seus §§, em que se prevê que quaisquer vantagens pecuniárias a serem pagas pela organização social não devem ser incorporados aos vencimentos ou à remuneração do servidor cedido (§1º), não sendo, tampouco, permitida a utilização de recursos provenientes do contrato de gestão para o pagamento de vantagem pecuniária a servidor cedido – salvo em casos de adicional relativo ao exercício de função temporária de direção e assessoria (§2º). O argumento é o de que, ao se ceder o servidor, nos termos da lei das organizações sociais, restariam rompidos os direitos à aposentadoria integral e à paridade de reajustes entre ativos e inativos e pensionistas.

Outro ponto argumentado pelos autores é o da alegada insubmissão das organizações sociais aos controles externos e internos, resultando em contrariedade aos arts. 70, 71 e 74 da CF. O art. 4º da Lei n.º 9.637/98, que contém as atribuições privativas do conselho de

<sup>59</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Petição inicial da ADI 1923-DF. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Brasília, Disponível em <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=1739668> acesso em 12 de novembro de 2014, p.44.

administração das entidades, ao não prever norma legal que subordine, expressamente, as entidades aos tipos de controles previstos na CF, configuraria afronta ao texto constitucional. Isso porque, segundo os autores, as organizações sociais, diante da ausência de normas deste porte, ficariam livres da atuação dos órgãos de controle.

O art. 70 da Carta Magna prevê as hipóteses de fiscalização exercida pelo Congresso Nacional, e em seu § primeiro, inclui as pessoas físicas, ou jurídicas, públicas ou privadas, que se utilizem de bens ou valores públicos, ou pelos quais a União responda. O art. 71, por sua vez, prevê o controle externo realizado pelo Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas da União e elenca as competências deste último. E por fim, o art. 74 estabelece que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário devem manter um sistema de controle interno, objetivando a determinados fins.

Alegam, portanto, que as organizações sociais seriam “entidades prestadoras de serviços públicos, gerindo patrimônio e recursos públicos, caracterizáveis, portanto como integrantes da Administração Indireta (...)”<sup>60</sup>, de modo que estariam igualmente sujeitas ao controle interno, devendo ser avaliadas quanto à eficácia e eficiência da gestão orçamentária, financeira e patrimonial.

Também foi alegado pelos autores que a Lei nº 9.637/98 ofendeu a Constituição Federal, no que toca ao dever do Estado de prestação de serviços públicos de saúde, previsto nos arts. 196, 197 e 199, § 1º. A saúde, conforme art. 196, é dever do Estado, devendo ser garantida mediante políticas sociais e econômicas que objetivem reduzir os riscos de doenças e proporcionem o acesso universal e igualitário à saúde. Da mesma forma, o Sistema Único de Saúde também é de responsabilidade do Estado.

Assim, os arts. 1º e 18 da Lei nº 9.637/98, ao estabelecerem que entidades privadas, após a devida qualificação como organizações sociais, podem prestar serviços dirigidos à saúde, e que, para tanto, devem considerar no contrato de gestão os princípios do SUS elencados na Constituição Federal, estariam ofendendo a CF, segundo os autores, porquanto, ainda que seja outorgada à iniciativa privada a possibilidade de se participar da prestação de serviços na área da saúde, esta participação deveria implicar o exercício de atividade econômica, mas por conta e risco exclusivos das próprias entidades. Desta forma, não

---

<sup>60</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Petição inicial da ADI 1923-DF. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Brasília, Disponível em <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=1739668> acesso em 12 de novembro de 2014, p.47

poderiam as organizações sociais voltadas à prestação de serviço de saúde participar do SUS, uma vez que a participação de entidade privada neste sistema universal só poderia ser feita mediante contrato ou convênio, de forma complementar, e não contrato de gestão.

Deste modo, poderia o Poder Público lançar mão de pessoas privada somente quando houvesse a necessidade de ampliar a disponibilidade de serviços na área da saúde. A substituição de um hospital público por uma organização social poderia implicar como terceirização da gestão do serviço, o que contrariaria também os dispositivos constitucionais concernentes à saúde.

Outra inconstitucionalidade apontada, ainda no âmbito da saúde, seria a que se refere ao Programa Nacional de Publicização, que, na hipótese em que as organizações sociais não integram a Administração Pública, seria uma forma de exoneração do Estado da prestação de serviços na área de saúde, havendo, por conseguinte, transferência destes à iniciativa privada, por meio impróprio.

Do mesmo modo, alegaram os autores que a Lei das Organizações Sociais violou o dever do Estado na prestação de serviços na área da saúde. Os arts. 205, 206, 208 e 209 da CF estabelecem a forma com que o Estado brasileiro deve se organizar no que toca à questão da prestação de serviços na área educacional. Assim, da mesma forma que na área da saúde, o acesso à educação também é dever do Estado, e concomitantemente, da família, sendo promovido em colaboração da sociedade

Por este raciocínio, não seria possível derogar a prestação de serviços na área da educação às organizações sociais, conforme autoriza o art. 1º da Lei n.º 9.637/98, uma vez que tal prática permitiria “a quebra e a relativização do regime de Direito Público ao qual deveria submeter-se integralmente<sup>61</sup>”. Defendeu-se que os recursos destinados à educação deveriam ser revertidos integralmente às escolas públicas, aceitando-se, apenas subsidiariamente e em caráter excepcional, que tais recursos fossem alocados para outras entidades.

Já no que se refere ao dever do Estado na prestação de serviços nas áreas de proteção ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e no acesso à ciência, previsto nos arts. 23, 215, 216, § 1º, 218 e 225 da CF, os autores afirmaram ser dever precípua do Estado a prestação de

---

<sup>61</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Petição inicial da ADI 1923-DF. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Brasília, Disponível em <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=1739668> acesso em 12 de novembro de 2014, p.55.

serviços nessas áreas, ainda que esteja ressalvada a possibilidade de a comunidade agir, em colaboração com o Poder Público.

No tocante ao acesso à ciência, o art. 218 atribui ao Estado o dever de promover e incentivar o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológica, o que se daria diretamente, por meio de instituições públicas, ou indiretamente, por meio do fomento, também realizado por entidades públicas, conforme prevê o §5º, cuja redação diz que é facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular parcela de sua receita orçamentária a entidades públicas de fomento ao ensino e à pesquisa científica e tecnológica.”. Deste modo, seria inconstitucional a descaracterização da natureza pública da competência de instituições que administram diretamente recursos públicos visando à promoção e o fomento de tais atividades por meio da transformação de entidades públicas em organizações sociais.

Os autores aduziram ainda que o art. 10 da Lei nº 9.637/98 implicaria violação às funções institucionais do Ministério Público (art. 129 da CF), porquanto sua redação determina que os responsáveis pela fiscalização da execução do contrato de gestão devem representar ao Ministério Público quando “assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público” e “havendo indícios fundados na malversação de bens ou recursos de origem pública”. A utilização dos termos transcritos seria uma forma de minorar as funções institucionais do MP, cuja autonomia é amplamente assegurada na Constituição.

E, por fim, a última argumentação dos autores se referiu à ofensa ao art. 5º, XVII e XVIII e ao art. 37, *caput*, da CF. Os artigos 1º, 2º, 3º e 4º da Lei n.º 9.637/98 seriam incompatíveis com a Constituição, em virtude da nova forma jurídica dada às organizações sociais, com as finalidades almejadas licitamente pelo Estado. Sobretudo porque não se trataria de uma parceria, uma vez que a atividade das entidades privadas não se daria por sua conta e risco, havendo, na realidade, um processo de substituição dos entes públicos por entes privados, de modo que o Estado estaria, por conseguinte, se afastando de suas atribuições, ao mesmo tempo em que, ao delegar competências suas a particulares, estaria se afastando da submissão às normas de direito público.

Tais alegações seriam corroboradas pelo fato de que não haveria, na Lei das Organizações sociais, requisitos que garantam o princípio da impessoalidade no processo de qualificação das entidades, o que representaria afronta ao art. 37, *caput*, da CF.

Ademais, a Lei n.º 9.637/98, ao instituir normas acerca da composição do conselho administrativo das organizações sociais, em seu art. 3º, estaria interferindo na esfera privada das entidades, e com isso, ferindo os incisos XVII e XVIII, do art. 5º da CF, que garantem a liberdade de associação e veda a interferência estatal.

O art. 4º, que atribui as competências do conselho de administração, estaria também incorrendo em ofensa à CF, porquanto suas competências seriam uma forma de substituição às exercidas pelo Poder Público, caracterizando-se como uma maneira de “fraudar o regime jurídico ao qual se submete o Estado<sup>62</sup>”. Assim, tratar-se-ia de mais uma manobra para que não fosse aplicado o regime de direito público às organizações sociais, que estariam, de fato, prestando serviços públicos.

### 3.1.1 Do pedido de liminar na ADI 1923-DF

Os autores requereram a concessão da medida liminar por entenderem que havia a plausibilidade da tese exposta, defendida por meio da argumentação da violação dos dispositivos constitucionais.

Entenderam também haver a possibilidade de prejuízo decorrente do retardamento da decisão postulada, bem como a irreparabilidade dos danos emergentes do ato impugnado, uma vez que, sendo a petição inicial datada de 1998, já estava em vigor o Programa Nacional de Publicização. Assim, pretenderam a sustação dos efeitos do programa, assim como os da Lei n.º 9.637/98 como um todo, porquanto vistos como danosos. A irreparabilidade dos danos, defenderam, seria advindo da impossibilidade da avaliação econômica dos impactos da lei.

Assim, alegaram estarem presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, requerendo, portanto, a concessão da liminar para a suspensão dos efeitos da Lei n.º 9.637/98 e o inciso XXIV, do art. 24 da Lei n.º 8.666/93.

### 3.2 Julgamento da medida cautelar da ADIn 1923-DF

O julgamento da medida cautelar da ADIn 1923-DF começou no dia 5 de agosto de 1999. O ministro-relator era Ilmar Galvão.

É importante tecer considerações acerca do julgamento desta medida cautelar. O Supremo Tribunal Federal levou oito anos para exarar um acórdão nesta ação, de modo que

---

<sup>62</sup>BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Petição inicial da ADI 1923-DF. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Brasília, Disponível em <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=1739668> acesso em 12 de novembro de 2014, p.61

durante este tempo houve alterações na composição do Tribunal. Assim, alguns ministros que já compunham o tribunal em 2007, ano em que foi decidido o indeferimento da cautelar, não votaram, já que os seus antecessores já haviam participado do julgamento. Os ministros Joaquim Barbosa e Gilmar Mendes não votaram com relação ao art. 1º da Lei nº 9,637/98, uma vez que sucediam aos ministros Moreira Alves e Néri da Silveira, que já haviam votado concernente a este artigo no sentido de acompanharem o relator no indeferimento da cautelar somente no tocante aos serviços de saúde.

Também em virtude do transcurso do tempo, combinado ao entendimento de que é possível modular os efeitos do que se decidir no mérito da ação, entendeu o Tribunal não haver *periculum in mora*, tampouco posicionou-se pela presença de *fumus bonis iuris*.

Na decisão final, o STF, por maioria de voto indeferiu a cautelar, restando vencidos os ministros Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski. A ministra presidente, Ellen Gracie votou. O ministro Eros Grau, primeiramente havia votado pelo deferimento da cautelar, tendo, após o voto do ministro Gilmar Mendes, reformado seu voto, razão pela qual lavrou o acórdão.

No julgamento da medida liminar contida na ADI 1923-DF, o ministro Ilmar Galvão, relator, fez algumas observações gerais acerca das particularidades das organizações sociais. Assim, defendeu que as organizações sociais atuam de forma a proporcionar a descentralização da Administração Pública, com a qual mantém relação de dependência. O Estado, por meio de tais entidades privadas, passa a gerir seus próprios serviços, e, extinguindo, quando necessário, por meio da desqualificação, que também se dá por determinação do Estado. Concluiu, de plano, que tanto o nascimento, quanto a morte das organizações sociais, são amplamente dependentes da vontade do Estado, motivo pelo qual, tais entidades encontram-se submetidas aos princípios de direito público.

Não ocorre a transferência de poderes assumidos pelo Estado à sociedade civil, já que todas as ações das organizações sociais são fiscalizadas pelo Estado. A autonomia conferida por se tratarem de pessoas jurídicas privadas é uma técnica de gestão, que permite ao Estado prestar serviços de interesse público de forma mais ágil. As organizações sociais podem ser consideradas entes privados que colaboram com a Administração, como já faziam as entidades dotadas de utilidade pública.

No tocante à possível ofensa aos dispositivos constitucionais que garantem a prestação de serviços públicos na área da saúde e da educação pelo Estado, observou o ministro que os arts. 197 a 199 e o 213 da CF permitem que tais atividades sejam prestadas por particulares, não havendo vedações ao cumprimento deste dever por meio de iniciativas privadas, como as das organizações sociais. O ministro exarou o entendimento de que as organizações sociais são, na realidade, criadas e mantidas pelo Poder Público com o fim da prestação de tais serviços, ou como a colaboração com a iniciativa privada, seguindo as normas referentes à regulamentação, fiscalização e controle, conforme o disposto no art. 199, *caput* e § 1º.

Quanto à educação, o ministro notou que o Estado tem o dever de assegurar, de maneira obrigatória e gratuita, a prestação deste serviço quanto ao ensino fundamental, devendo ser igualmente gratuitos os prestados por estabelecimentos oficiais (art. 206, IV, CF). Ao considerar as organizações sociais como sendo, de fato, “criaturas do Estado, posto surgirem, na qualidade de organizações sociais, com o ato de seu reconhecimento, como tais, por este, que os mantém e controla, não passam de entes públicos, conquanto regidos pelo direito privado, (...)”<sup>63</sup>, adotou-se o posicionamento de que as organizações sociais que atuam na área da educação devem ser reconhecidos como oficiais, devendo prestar serviços gratuitos e assegurarem ensino fundamental obrigatório e gratuito.

No que tange aos direitos culturais de modo geral, argumentou o ministro que não há na Constituição previsão de que o Estado deve realizar tais atividades por meio de órgãos da Administração direta, restando possível fazê-lo por meio de entidades privadas constituídas para este fim, como as organizações sociais.

O mesmo raciocínio foi aplicado no que concerne à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico e à proteção ao meio ambiente: a CF garante, no art. 23, ser dever do Estado a proteção a bens de valor histórico, artístico e cultural e à proteção ao meio ambiente. Todavia, não há vedação à designação de tais incumbências a particulares, já que não se exige que tais atividades sejam prestadas exclusivamente por meio de agentes da Administração Direta.

---

<sup>63</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na ADI 1923-DF. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Brasília, 1º de agosto de 2007. Diário da Justiça Eletrônico: Brasília, 21 de setembro de 2007. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=487894>, acesso em 12 de novembro de 2014, p.31

Já quanto às alegações referentes à interferência estatal nas organizações sociais, importando violação dos arts. 5º, XVII, XVIII e 23, I a IV, o ministro defendeu que as referidas entidades, por serem criadas, mantidas e controladas pelo Estado, não sofreriam a ingerência do próprio Estado, posto que dele fariam parte.

Com relação aos servidores das organizações sociais, não haveria que se falar em violação das normas do art. 40, I e II e § 4º, uma vez que o regime ao qual seriam submetidos seria o da CLT, filiando-se, portanto, à Previdência Social. Da mesma forma, seria inexigível a realização de concurso público para a contratação de pessoal, nos termos do art. 37, II, uma vez que se trata de entidades de direito privado, assim como não haveria a obrigatoriedade de se seguir a rigidez orçamentária contida no art. 169, § 1º da CF.

No que concerne ao princípio da licitação, a cessão de uso de bens públicos seria hipótese de dispensa de licitação, visto que as organizações sociais foram criadas para a absorção de atividades de órgão público. A dispensa de licitação conferida pelo art. 24, XXIV da Lei nº 8.666/93 tampouco viola a Constituição, por se tratar de caso em que optou o legislador, motivadamente, por dispensar a licitação.

O controle das entidades privadas da forma prevista na Lei nº 9.637/98 não implicaria afronta ao texto constitucional, segundo o ministro, na medida em que tais organizações encontram-se submetidas ao controle interno, devendo apresentar ao conselho de administração diversos relatórios de suas atividades, bem como ao controle externo, incluído ao aquele exercido pelo TCU. O Ministério Público, por sua vez, tampouco teria suas atribuições funcionais reduzidas pela lei impugnada, porquanto a própria lei não afastou, em seu texto, as funções do *Parquet*, restando-lhe possível agir da maneira que lhe permite o art. 129 da CF.

Por fim, segundo o ministro, a cessão de servidores públicos às organizações sociais, com ônus para o órgão de origem seria constitucional, por se tratar de cessão visando ao desempenho de serviço de interesse público. A aludida cessão não importaria em prejuízo aos direitos previdenciários e estatutários de tais servidores.

Assim, votou o ministro no sentido de indeferir integralmente a cautelar.

O ministro Néri da Silveira acompanhou o relator. Todavia, com relação ao art. 1º da lei posta em questão, o voto do ministro convergiu com o do relator somente no que toca à

prestação dos serviços de saúde. O ministro Moreira Alves votou quanto ao art. 1º da Lei nº 9.637/98, no sentido de julgá-lo constitucional.

Os ministros Nelson Jobim, Sepúlveda Pertence, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Gilmar Mendes e Eros Grau votaram pelo indeferimento da cautelar.

O ministro Eros Grau inicialmente inaugurou a divergência, ao deferir a cautelar para suspender os efeitos do disposto nos arts. 5º, 11 a 15 e 20 da Lei nº 9.637/98, bem como o art. 1º da Lei nº 9.648/98, que alterou a redação do art. 24, XXIV da Lei 8.666/93, sob o argumento de que tanto a celebração do contrato de gestão das organizações sociais com o Poder Público, quanto a destinação de recursos orçamentários e de bens públicos a tais entidades, realizadas sem a necessidade de procedimento licitatório ocasionaria inconstitucionalidade, por violar o princípio da igualdade. A afronta ao texto magno cometida pelo art. 20 da lei vergastada se daria em virtude de o Programa Nacional de Publicização se tratar, em verdade, de forma de privatização das funções estatais. O art. 6º, ao afirmar que o contrato de gestão seria um acordo de vontades também incorreria em inconstitucionalidade. Todavia, Eros Grau optou por reformar seu voto, indeferindo integralmente a cautelar.

Os ministros Joaquim Barbosa, Marco Aurélio, e Lewandowski deferiram parcialmente a cautelar para suspender os efeitos art. 24 da Lei nº 8.666/93, com a redação dada pelo art. 1º da Lei 9.648/98. Joaquim Barbosa deferiu ainda para suspender os efeitos dos arts. 5º, 11 a 15, 20 da Lei nº 9.637/98 e o ministro Marco Aurélio, para suspender os efeitos dos arts. 1º, 5º, 11 a 15, 17, 20 da Lei nº 9.63/98.

Pertinente a observação de que os votos dos ministros Joaquim Barbosa e Gilmar Mendes não abrangeram o art. 1º da Lei nº 9.637/98, uma vez que seus antecessores, Moreira Alves e Néri da Silveira, já haviam votado no que tocava a esse dispositivo.

Presentes ainda à sessão de julgamento da medida cautelar os ministros Ayres Britto e Carmen Lúcia, que não puderam votar, uma vez que seus antecessores, Ilmar Galvão, relator, e Nelson Jobim, já o tinham feito.

### 3.3 Os fundamentos do parecer da Advocacia-Geral da União

O parecer da Advocacia Geral da União foi protocolado em dezembro de 2007. O Advogado-Geral da União Substituto, Evandro Costa Gama, manifestou-se pela improcedência dos pedidos requeridos na inicial, com base nos seguintes argumentos:

a) Inexistência de violação aos arts. 22, XXVII, e 37, XXI, *caput*, da CF, porquanto cabe à lei disciplinar as hipóteses de dispensa de licitação, conforme o previsto no art. 37, XXI da CF. A Lei nº 9.637/98 foi editada em plena consonância com o art. 22, XXVII da CF, que atribui à União competência para fixar leis gerais acerca da licitação. O Advogado-Geral da União fez a ressalva de que a lei impugnada exige a adoção de procedimentos específicos de contratação, respeitando o núcleo essencial do princípio licitatório. Deste modo, não haveria simples dispensa de licitação, mas a instauração de um regime jurídico próprio das organizações sociais. Ademais, o contrato de gestão não seria, de fato, “contrato”, em virtude de suas características, mas sim convênio, o que elide a exigência de licitação.

b) Inexistência de ofensa aos arts. 37, II; e 40, I, III, “a” e “d”, § 4º, da CF, uma vez que não haveria, dentre os dispositivos da Lei nº 9.637/98, nenhum que infrinja a exigência de prévio concurso público para provimento de cargos e empregos da Administração Pública (art. 37, II, CF), já que as organizações sociais não a integram, subordinando-se, no que toca à contratação e à remuneração de pessoal às regras de direito privado. Tampouco há violação com relação aos direitos à aposentadoria integral e paridade de reajustes entre ativos e inativos e pensionistas (art. 40 e incisos, CF), porquanto na cessão dos servidores às organizações sociais, os seus direitos e vantagens restaram preservados, nos termos do art. 22, I, da Lei nº 9.637/98.

c) Suposta ofensa aos arts. 49, X; 70, § único; 71, II e III; 74, I, II, III e IV, §§ 1º e 2º da CF, pois a Lei n.º 9.637/98 institui diversos dispositivos referentes à fiscalização das atividades das organizações sociais, controle a ser exercido pelo Poder Público. Os arts. 8º e 9º da lei corroboram neste sentido ao permitir a fiscalização do contrato de gestão pelo Poder Executivo e pelo Tribunal de Contas, além de não obstar o controle por parte dos órgãos administrativos.

d) Inexistência de violação às prerrogativas do Ministério Público, porquanto a Lei n.º 9.637/98 não impõe óbice ao desempenho das funções institucionais do MP, garantidas no art. 129 da Carta Magna.

e) Execução de serviços públicos não privativos, uma vez que os serviços de utilidade pública previstos no art. 1º da Lei nº 9.637/98 são serviços cuja prestação não é exclusiva do Estado, sendo lícito aos particulares desempenhá-los, independentemente de concessão (como é o caso da educação, saúde, previdência social, etc.). No caso das áreas da saúde e educação, permite a Constituição Federal que a livre iniciativa preste igualmente tais serviços. Já na área ambiental, o art. 225 da CF dispõe que é atribuição do Poder Público e da

coletividade a preservação e defesa do meio ambiente. E em matéria cultural, o art. 215, *caput*, do texto constitucional estabelece que o Estado apoiará a difusão e valorização de manifestações culturais. Concluiu-se que a prestação de tais atividades não é exclusiva do Estado, não havendo vedação à prestação de auxílio financeiro pelo Poder Público às organizações sociais para que atuem nessas áreas, na forma de fomento.

### 3.4 Os argumentos do parecer da Procuradoria-Geral da República

O parecer do Procurador-Geral da República, Antonio Fernando Barros e Silva de Souza, de 2009, manifesta-se pela procedência parcial dos pedidos.

O procurador observou que a Carta Magna determina a obrigatoriedade de prestação de certos serviços, como saúde e educação, pelo Estado, não obstante, permita também a prestação por particulares, em virtude de o Poder Público se ver inabilitado, material ou estruturalmente, para este fim.

Defendeu que, com a Reforma Administrativa e o surgimento de novas formas de parceria entre estados e entidades privadas, poder-se-ia criar um novo regime jurídico específico, que não seria público e tampouco privado, para abarcar tal situação.

O procurador entendeu haver omissão na Lei nº 9.637/98 quanto à qualificação se dar por meio de mero juízo individual do administrador, bem como quanto à forma de seleção das entidades privadas. Assim, a discricionariedade conferida ao ministro de Estado ou ao gestor do órgão que deve regular a área de atuação da entidade (art. 2º II, da Lei nº 9.637/98) seria uma afronta aos princípios norteadores da Administração Pública, uma vez que se admite que, ainda que sejam entidades privadas, por servirem ao interesse coletivo, sujeitam-se a normas de direito público. Deste modo, a habilitação, como etapa anterior à qualificação, é um passo técnico que não pode ser tomado com base em critérios discricionários, devendo haver controle sobre ele.

Na mesma toada, o contrato de gestão, argumentou, só pode ser firmado com as entidades que tenham sido devidamente escolhidas após um processo público de deliberação, atendendo, assim, o princípio da isonomia.

Outra crítica à lei é no que toca às áreas de atuação das organizações sociais. Entende-se que cabe ao Estado a tarefa de identificar a necessidade de atuação em

determinadas áreas e então, caso seja necessário, abrir espaço para as contratações nos termos da Lei nº 9.637/98, e não o contrário, de o particular recorrer ao Poder Público, querendo atuar em certo âmbito de prestação de serviço e requerendo seu fomento.

Em conclusão, manifestou-se o procurador pela inconstitucionalidade do inciso XXIV, do art. 24 da Lei nº 8.666/93, bem como entende ser a expressão “quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social”, contida no inciso II do art. 2º da Lei 9.637/98 igualmente inconstitucional. Recomendou-se que os arts. 9 e 10 da lei das organizações sociais também sejam analisados com atenção aos princípios da Administração Pública, às normas relativas ao controle exercido pelo TCU e pelo MP (arts. 37, 71 e 129 da CF).

### 3.5 O julgamento do mérito da ADIn 1923- DF

O julgamento da ADI 1.923-DF teve início em abril de 2011, com o proferimento do voto do ministro relator Ayres Britto. Figuraram na ação, produzindo sustentação oral os *amicus curiae*, o Sindicato dos Trabalhadores e Servidores em Serviços de Saúde Públicos, Conveniados, Contratados e/ou Consorciados ao SUS e Previdência do Estado do Paraná (SINDSAÚDE/PR), a Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência e a Academia Brasileira de Ciências.

Após o voto do ministro Ayres Britto e do voto-vista do ministro Luiz Fux, encontram-se os autos com o ministro Marco Aurélio, que solicitou vista em maio de 2011.

Inicialmente, o ministro Ayres Britto<sup>64</sup> teceu considerações acerca das normas constitucionais apontadas como violadas, sobretudo as que concernem à prestação de serviço público. Assim, aduziu o ministro que tal prestação faz parte das competências constitucionais da União e demais entes federativos: se prestadas pelo próprio Estado, o custeio se dá por meio da imposição de taxas, e se prestados por particulares, sob a forma de concessão ou permissão, o financiamento é feito mediante tarifas ou preços públicos.

Tais considerações envolvem as áreas de saúde, assistência pública, cultura, educação, ciência, proteção ao meio ambiente, conforme os artigos do texto constitucional destacados no voto. Estes serviços são de responsabilidade estatal, todavia, não são exclusivos

---

<sup>64</sup> Voto do Ministro Ayres Britto, na ADI 1923-DF. Disponível em [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto\\_rel\\_1923.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto_rel_1923.pdf), acesso em 18 de outubro de 2014.

ao Estado, podendo ser explorados por pessoas privadas. Todavia, observa o ministro relator, há que se considerar que se tais atividades forem prestadas pela iniciativa privada, tratar-se-á de atividades privadas, porém sob a égide da relevância pública.

Concluiu, portanto, o ministro, que há serviços públicos passíveis de prestação não-estatal, que, ainda que prestados por entidades privadas, mantêm sua natureza pública. As atividades consideradas mistamente públicas e privadas, como, por exemplo, a cultura, a saúde, a educação, a ciência e tecnologia e o meio ambiente, admitem uma “protagonização conjunta do Estado e da sociedade civil<sup>65</sup>”, sendo o desenvolvimento das referidas atividades atribuição inafastável do Poder Público, permitindo-se a atuação complementar por entidades privadas. Seguindo este raciocínio, no serviço público, a titularidade permanece com o Estado, mas este pode derogar a atuação a pessoas jurídicas privadas, por meio de concessão ou permissão, com a devida prévia licitação, ou ainda, pode repassar a prestação a entidades privadas quando se tratar de “serviços de relevância pública”.

Em virtude deste entendimento, posicionou-se de forma a entender inconstitucional o art. 20 da Lei n.º 9.637/97, pois, ao instituir o Programa Nacional de Publicização, estaria, em verdade, incorrendo em privatização dos serviços públicos prestados. Isso porque a lei das organizações sociais permitiria, por força dos arts. 18, 19, 20, 21 e 22, a prestação de serviços precipuamente públicos à entidades privadas, o que só seria possível por meio da concessão e permissão, mediante licitação. Assim, a lei estaria transferindo para a iniciativa privada toda a prestação de serviços públicos de saúde, educação, meio ambiente, cultura, ciência e tecnologia, substituindo o Poder Público, em lugar de complementá-lo, ao prever, nos termos dos artigos supracitados, a extinção de entidades públicas e a posterior absorção de suas atividades por entes privados.

O ministro fez a ressalva de que, havendo mera parceria, colaboração entre a iniciativa privada e o Estado, com o uso de bens públicos, repasses de recursos orçamentários, por exemplo, não há afronta à Constituição Federal.

No que concerne ao contrato de gestão celebrado pelas organizações sociais e o Poder Público, o relator afirmou que se trata de um acordo cuja natureza é, em linhas gerais, a de um convênio, já que não existem, neste tipo de ajuste, interesses contrapostos entre as partes. Em virtude de sua natureza de convênio, entende, portanto, que a redação do inciso

---

<sup>65</sup> Voto do Ministro Ayres Britto, na ADI 1923-DF, p. 14 Disponível em [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto\\_rel\\_1923.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto_rel_1923.pdf), , acesso em 18 de outubro de 2014.

XXIV do art. 24 da Lei 8.666/93 não importa em violação ao dever constitucional de licitação<sup>66</sup>.

Todavia, o ministro ponderou que a ausência de obrigatoriedade de licitação não elide o dever de abertura de processo administrativo que observe amplamente os princípios constitucionais e que garantam um procedimento objetivo e público visando à qualificação das entidades em organizações sociais, sendo igualmente necessário demonstrar, no bojo deste processo, de maneira objetiva, que o regime de parceria com a iniciativa privada seja mais vantajoso do que a prestação do próprio Estado. Argumenta ser necessária, ainda, a motivação administrativa no que toca à seleção de determinada pessoa privada em detrimento das demais concorrentes. E por fim, observou incidir, em qualquer hipótese, os mecanismos de controle interno e externo sobre as entidades privadas.

Diante dos fundamentos supracitados, entendeu o ministro relator ser inconstitucional a expressão contida no inciso II do art. 2º da Lei nº 9.637/98, que confere discricionariedade ao administrador público quando da escolha da entidade apta à celebração do contrato de gestão, de modo que, em seu ver, uma vez que tais entidades atendam os requisitos contidos nos arts. 2º, 3º e 4º, já deveriam ser formalmente qualificadas como organizações sociais.

Foi apontada a necessidade de motivação nas decisões administrativas concernentes à seleção, bem como à publicidade. E argumentou que seria necessário proceder a um chamamento público, dotado de regras objetivas, visando a escolher aquela entidade privada que vá melhor prestar o serviço almejado. Sem a devida realização de processo público e objetivo a fim de selecionar as entidades privadas aptas a celebrarem o contrato de gestão, asseverou que restariam violados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, economicidade e isonomia.

No último ponto passível de análise, o ministro verificou as alegações de inconstitucionalidade decorrentes dos arts 4º, V, VII e VIII; art. 7º, II e art. 14 da Lei nº 9.637/98, referentes a não realização de concursos públicos para a contratação de pessoal e a não fixação de salários e vencimentos dos dirigentes das organizações por meio de leis.

---

<sup>66</sup> É pertinente observar que o ministro se refere à dispensa de licitação conferida pelo art. 24 da Lei Geral de Licitações no que toca à escolha das entidades privadas aptas a celebrar contrato de gestão com a Administração Pública, e não quanto à dispensa de procedimento licitatório “para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão”, nos termos do aludido inciso.

Entendeu não haver inconstitucionalidade nos arts. 4º, V, VII e VIII e art. 7º, porquanto as organizações sociais, ainda que recebam recursos públicos, não são integrantes da Administração Pública. Deste modo, seus empregados não podem ser considerados servidores ou empregados públicos, estando dispensados, portanto, da prestação de concurso público para a seleção de pessoal.

Já quanto ao art. 14, no que se refere aos servidores cedidos, afirmou-se haver inconstitucionalidade, já que tal dispositivo afronta ao art. 37, X, da CF, uma vez que, toda a retribuição pecuniária paga aos servidores deve ser prevista em lei. Desta forma, o art. 14 e seus §§ 1º e 2º da lei inquinada, ao permitir o pagamento de vantagens, ainda que de origem privada, sem a previsão de lei específica, seria inconstitucional.

Em conclusão, decidiu o ministro pela procedência parcial dos pedidos da inicial, reputando inconstitucionais: a) a expressão “quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação com organização social” (art. 2º, II, da Lei nº 9.637/98); b) o termo “*com recursos provenientes do contrato de gestão, ressalvada a hipótese de adicional relativo ao exercício de função temporária de direção e assessoria*”, contida no § 2º do art. 14; c) os arts 18, 19, 20, 21 e 22, com a modulação de efeitos da decisão, em nome do princípio da segurança jurídica, já que quando do proferimento deste voto, a lei possuía já mais de 12 anos, de modo que seria impraticável a desconstituição da situações de fato, tendo em vista a existência e funcionamento de várias organizações sociais. Assim, decidiu por tornar obrigatória a instauração de processo público e objetivo para as novas avenças.

O ministro optou também pela interpretação conforme no que toca aos arts. 5º, 6º e 7º da Lei nº 9.637/98 e o inciso XXIV do art. 24 da Lei nº 8.666/93, visando ressaltar a necessidade da realização de um peculiar procedimento competitivo público e objetivo para a qualificação de entidade privada como “organização social” e para a celebração contrato de gestão.

Após ter pedido vista, exarou o ministro Luiz Fux<sup>67</sup> o seu voto.

O Ministro Fux analisou, primeiramente, a alegação de ofensa no que toca aos serviços públicos. Assim, observou que a Constituição, no que concerne às áreas de cultura (art. 215), ciência e tecnologia (art. 218) e meio ambiente (art. 225), determina que as

---

<sup>67</sup> Voto do Ministro Luiz Fux, na ADI 1923-DR. Disponível em [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto\\_ADI1923LF.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto_ADI1923LF.pdf), acesso em 15 de novembro de 2014.

atividades sejam deveres do Estado e da sociedade, enquanto que com relação à saúde (art. 199, *caput*) e à educação (art. 209, *caput*), exige que sejam atribuições do Estado, porém livres à iniciativa privada. Utilizou-se da classificação doutrinária de serviços públicos não exclusivos, em que tanto o Poder Público, quanto a iniciativa privada podem, concomitantemente, exercer suas atividades por direito próprio, pertencendo a titularidade a ambos, independentemente de atos de concessão ou permissão por parte do Poder Público.

A prestação de serviços públicos sociais e não exclusivos por particulares não descaracterizaria a configuração de serviço público, conforme já decidiu o STF, em julgamento da ADI 1266. É desta premissa que se utilizou o ministro para afirmar que as organizações sociais, ao exercerem as atividades voltadas para o interesse público, elencadas no art. 1º da Lei nº 9.637/98, não atuam em virtude do contrato de gestão, ou por outra forma de delegação, mas sim por direito próprio de atuar na prestação de serviços não privativos.

Assim, não só a Constituição não veda a atuação de particulares, como a estimula, por meio de fomento, de modo que não houve renúncia por parte do Poder Público aos seus deveres constitucionais nas áreas de saúde, educação, proteção ao meio ambiente, patrimônio histórico e cultural e acesso à ciência, se não uma forma indireta de cumprimento de tais atribuições mediante o fomento das atividades e a sua regulação, seguindo a lógica de que a gerência privada é mais eficiente do que a pública em determinados setores. Logo, asseverou o ministro não haver os arts. 18 a 22 da Lei nº 9.637/98 ofendido o art. 175 da CF.

No que concerne ao dever constitucional de licitar, previsto no art. 37, XXI da CF, o ministro entendeu por bem afastar a incidência da obrigatoriedade de realização de procedimento licitatório na qualificação das organizações sociais, porquanto não se trataria de contrato. Desta forma, para o ministro Fux, basta para a qualificação como organização social, a atribuição de título jurídico de legitimação da entidade, que, posteriormente firmado o contrato de gestão, passa a usufruir de certos benefícios.

No que toca ao caráter discricionário na concessão de qualificação às OSs, nos moldes do art. 2º, II, posicionou-se o ministro no sentido de ser constitucional, uma vez que, a seu ver, não haveria disputa entre interessados, de modo que todos aqueles que se manifestassem requerendo o título de organização social e preenchessem os requisitos para tanto poderiam receber a qualificação, entendimento no qual diverge do Ministro Ayres Britto.

Reafirmando esta postura, o ministro Fux argumentou que a discricionariedade conferida pela lei não pode significar arbitrariedade, ou o favorecimento de determinadas entidades, uma vez que o juízo de conveniência e oportunidade também está atrelado à obediência aos princípios constitucionais da Administração Pública, mormente os da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, devendo haver, igualmente, a motivação dos atos administrativos, como forma de viabilizar o controle de tais atos pelo Poder Público. Ademais, funcionaria como limitador à atuação do administrador o fato de ser a ele atribuída a possibilidade de desqualificação da entidade, conforme preconiza o art. 16, § 1º da Lei nº 9.637/98, e que exige procedimento administrativo formal, garantidos o contraditório e a ampla defesa. Portanto, conclui o ministro não haver ilicitude na ausência de procedimento licitatório no procedimento visando à qualificação.

No ponto seguinte, analisou o ministro a impugnação relativa à ausência de procedimento licitatório para a celebração do contrato de gestão entre o Poder Público e a entidade qualificada, no que entende não haver inconstitucionalidade, tampouco. É que, segundo seu posicionamento, a despeito do nome dado ao instrumento, o contrato de gestão não é contrato, mas sim um convênio, em que há a conjugação de esforços na consecução de objetivos comuns aos envolvidos. Deste modo, não se tratando de contratos, fica afastada a incidência da obrigação constitucional de licitar (art. 37, XXI, da CF). O ministro Luiz Fux, portanto, segue o mesmo raciocínio do ministro relator Ayres Britto, ao interpretar o contrato de gestão como figura diversa da contratual, por não coexistirem nele interesses contrapostos.

Todavia, foi feita a ressalva de que ainda que não haja procedimento licitatório, é inafastável a obrigatoriedade de obediência aos princípios constitucionais. Com efeito, aponta o ministro a necessidade de que o Poder Público realize um procedimento público impessoal e dotado de critérios objetivos para a celebração do contrato de gestão, em virtude de tal ajuste envolver o repasse de verba pública e cessão de servidores. Este procedimento, no entanto, não deve ser aquele repleto de rigores formais, nos termos da Lei Geral de Licitação.

No que toca à dispensa de licitação conferida pela Lei nº 8.666/93, defendeu-se que o inciso XXIV do art. 24 não é, tampouco, inconstitucional, porquanto a dispensa de licitação segue a “função regulatória da licitação <sup>68</sup>”, servindo à finalidade de fomentar a atuação das organizações sociais. O mesmo raciocínio pode ser aplicado ao art. 12, § 3º, que permite a

---

utilização de bens públicos pelas OSs sem a realização de licitação, que figura como constitucional porquanto a referida dispensa também segue a lógica do fomento.

No último ponto concernente à licitação, o ministro Fux analisou se as organizações sociais são obrigadas a licitar em suas contratações com terceiros em que sejam utilizadas verbas públicas<sup>69</sup>. Seu posicionamento é pela constitucionalidade, visto que as organizações sociais são entidades privadas, não integrantes da Administração Pública. Contudo, por receberem recursos públicos, a cessão de servidores e a permissão de uso de bens públicos, as organizações sociais estão submetidas a um regime jurídico que exige a observância aos princípios da Administração Pública (art. 37 da CF). Assim, embora dispensadas da licitação, as entidades devem editar regulamento próprio para contratações (art. 4º, VIII da Lei nº 9.637/98), devendo dele constar regras objetivas e impessoais.

Já com relação ao pessoal contratado pelas organizações sociais, observou o ministro que estes não são servidores públicos, mas empregados privados, o que, por si só, já elide a obrigação de sua remuneração ter previsão em lei. No mesmo sentido, por se tratarem de empregados privados, não há necessidade de realização de concurso público, não obstante ser plenamente desejável que haja uma seleção impessoal e objetiva, sem os rigores de um concurso público, quanto à contratação de mão de obra.

Quanto aos servidores públicos cedidos, entendeu o ministro não haver violação constitucional, uma vez que o art. 14, §3º da lei das organizações sociais garante a preservação da remuneração do cargo a que o servidor fizer jus no órgão de origem.

Diferentemente do entendimento do ministro Ayres Britto, o ministro Luiz Fux posicionou-se pela constitucionalidade dos §§1º e 2º do art. 14 da Lei nº 9.637/98, argumentando ser possível que a organização social pague as vantagens pecuniárias aos servidores públicos cedidos, utilizando-se de recursos próprios, ou ainda, utilizando-se de recursos públicos provenientes do contrato de gestão, hipótese na qual o pagamento só será válido nos casos de “adicional relativo ao exercício de função temporária de direção e assessoria”, consoante preconiza o §2º do art. 14. A conformidade com a Constituição advém do fato de que os arts. 37, X e 169, §1º, da Carta Magna exigem apenas que o pagamento de servidores públicos realizado por entidades da Administração direta e indireta é que deve ter previsão legal.

---

<sup>69</sup> Vale lembrar que esta é a dispensa constante do art. 24, inciso XXIV da Lei nº 8.666/93, cuja redação é “XXIV - para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão”, nas contratações que envolvem a prestação de serviços.

No que diz respeito ao controle exercido sobre as entidades privadas, defendeu o ministro Fux que o termo “privativo” contido no art. 4º da lei, que elenca as atribuições do conselho de administração, condiz somente com a estrutura interna da OS, não afastando a competência de atuação e fiscalização do Tribunal de Contas. Não há, tampouco, óbice à atuação do Ministério Público, visto que o art. 10 comporta o dever de representação pelos responsáveis pela fiscalização, restando permitida a atuação de ofício do Ministério Público.

Por fim, no tocante à alegação de interferência estatal nas associações, implicando em perda de sua autonomia (art. 5º, XVII e XVIII), observou o ministro que tal intervenção é condicionada, dependendo, sobretudo, do interesse das entidades em submeterem às estruturas e exigências contidas na Lei n.º 9.637/98.

Na parte dispositiva, o ministro Luiz Fux julgou os pedidos parcialmente procedentes, para dar interpretação conforme à Constituição à Lei nº 9.637/98 e ao art. 24, XXIV da Lei nº 8.666/93 para que : o procedimento de qualificação, a celebração do contrato de gestão, as hipóteses de dispensa e permissão de uso de bem público, bem como os contratos a serem celebrados com terceiros e a seleção de pessoal pelas organizações sociais sejam conduzidos de forma pública, objetiva e impessoal, seguindo os ditames principiológicos da Constituição Federal; e para afastar quaisquer interpretações que restrinjam o controle da aplicação de verbas públicas, seja ele exercido pelo Ministério Público ou pelo TCU.

## CONCLUSÃO

A crise pela qual os Estados Sociais de Direito passaram no fim da década de 80, início da de 90, possuía diversas origens, mas a mais importante era o inchaço da máquina estatal, em virtude da grande quantidade de serviços a que o Estado se comprometeu a prestar. Todavia, sua incapacidade culminou em uma gestão ineficiente e resultados insatisfatórios. Buscou-se, então, uma maneira de contornar a crise, culminando na Reforma Administrativa.

No Brasil, a Reforma Administrativa englobou o Plano Diretor da Reforma Estatal, que continha uma série de medidas que visavam à modernização da Administração Pública Federal, dando-lhe um caráter “gerencial” e objetivando maior parceria entre sociedade civil e Poder Público. A Emenda Constitucional nº 19, de 1998, continuou na toada da reforma, alterando o art. 37 e inserindo o princípio da eficiência entre os corolários da Administração. Assim, passou-se a almejar um controle de resultados, no lugar do controle de meios.

Neste contexto de maior agilidade na Administração Pública e maior participação da sociedade civil, foram instituídas novas formas de parceria com a iniciativa privada. Uma das novidades introduzidas pela aludida reforma foi a criação das organizações sociais, figuras que representam uma forma de parceria entre o Poder Público e entidades privadas, sem fins lucrativos, voltadas à prestação de serviços considerados de interesse público, como saúde, educação, cultura, ciência e tecnologia, etc., isto é, áreas em que a Constituição estabelece ser dever do Estado, mas nas quais admite a atuação de particulares.

Para que haja qualificação, é necessário, uma vez cumpridos os requisitos elencados na lei, requerer junto ao Poder Executivo a concessão da qualificação e a celebração de um contrato de gestão, nos quais estarão contidos os planos e metas para aquela entidade. É por meio do contrato de gestão também que são repassados recursos públicos, autorizada a cessão de servidores e a permissão de uso de bens públicos.

A Lei nº 9.637/98, que dispõe acerca da criação das organizações sociais, estabelece ainda o Programa Nacional de Publicização, que visa estabelecer diretrizes para a qualificação das entidades privadas, para que elas possam absorver as atividades desenvolvidas por entidades ou órgãos públicos da União.

As organizações sociais podem ter a forma de fundação ou associação. No entanto, elas devem seguir algumas regras rígidas da Administração Pública, a fim de serem habilitadas a assinar o contrato de gestão. Dentre elas, a obrigatoriedade de haver um

conselho de administração, em que haja membros do Poder Público e da sociedade civil, e que seja responsável por fiscalizar as atividades desenvolvidas, bem como a de aprovar o contrato de gestão e criar um procedimento próprio para a realização de compras pela organização social.

O contrato de gestão é figura de veras controversa em virtude de haver mais de um tipo de “contrato de gestão” no ordenamento jurídico brasileiro, e em razão de sua própria natureza, que muitos doutrinadores afirmam ser, em verdade, de convênio. Daí decorre a principal discussão em torno das organizações sociais., que envolve a possibilidade de a Administração firmar um contrato com uma entidade privada, por meio do qual são repassadas verbas públicas, sem a prévia realização de procedimento licitatório.

Uma vez que se entende que a intenção precípua da existência das organizações sociais é a prestação de serviços de interesse público, sem as amarras da Administração Pública, permitindo maior agilidade tanto na contratação, quanto nos demais enlaces burocráticos, passa a se defender que a realização de licitação seria realmente dispensável. Corroborando esse entendimento o fato de o contrato de gestão ser, de fato, um convênio, em razão de as partes do acordo terem interesses em comum, uma cooperação entre os envolvidos. Deste modo, admitindo-se tratar de um convênio e visando à eficiência e à agilidade almejada pelo modelo, defende-se ser dispensável a licitação para a contratação do Poder Público com as organizações sociais, nos moldes da Lei nº 8.666/93.

Todavia é extremamente importante que se observe que é necessária a realização de algum procedimento de escolha das entidades participantes que atenda os princípios da moralidade, isonomia, motivação e os demais princípios da Administração Pública. De preferência, este procedimento de escolha deveria ser instituído por lei e ser o mesmo para todas as organizações sociais, o que facilitaria o seu controle, sobretudo o externo.

O Anteprojeto da Lei Orgânica da Administração Pública Brasileira percebeu essa lacuna na legislação e propôs que houvesse o chamamento público para as organizações sociais e para os demais entes de colaboração. Todavia, não foi instituído um procedimento com regras específicas, sendo ressaltada apenas a obrigatoriedade de observância aos princípios, de modo a permitir iguais oportunidades aos interessados.

Ademais, havendo um procedimento para a seleção da entidade privada, não seria mais aplicável a discricionariedade contida no art. 2º da Lei nº 9.637/98, que garante ao

administrador público a prerrogativa de assinar ou não o contrato de gestão conforme juízo de oportunidade e conveniência. Filiamo-nos à corrente que entende ser inconstitucional a aludida discricionariedade. É que, uma vez demonstrado o preenchimento dos requisitos necessários, não haveria motivos para se negar a qualificação a uma entidade que se mostra apta.

Quanto à contratação com as organizações sociais para a prestação de serviços, entende-se que a dispensa conferida pelo inciso XXIV do art. 24 da Lei n 8.666/93 é também oportuna pelo mesmo raciocínio da agilidade em todo o processo. Com efeito, o art. 22 da CF deixa a cargo do legislador federal a edição de lei geral sobre licitação. E quis o legislador, em razão da eficiência e agilidade, que as organizações sociais contratassem sem procedimento licitatório.

Oportuno rememorar que as organizações sociais possuem controle interno, feito pelo conselho de administração, que analisa suas contas. Mas garante a lei que haja também controle externo, em que a entidade do Poder Executivo signatário do contrato deve fiscalizar a execução do contrato de gestão, devendo comunicar o Tribunal de Contas da União. Deste modo, podem ainda o TCU e o MP participarem da fiscalização e controle das atividades destas entidades. Assim, pode-se concluir que não resta margem a arbitrariedades e mau uso de verba pública, uma vez que o controle é exercido por várias instâncias diversas, embora este controle seja posterior.

Ademais, a desqualificação figura como outra maneira de coibir irregularidades, já que ela funciona como uma forma de sanção às organizações sociais, porquanto deixam de receber recursos públicos e podem ainda responder por improbidade administrativa.

A ADI 1923, interposta em 1999, pelo Partido dos Trabalhadores - PT –e Partido Democrático Trabalhista - PDT, impugnou a lei em sua integralidade e ainda o art. 24, inciso XXIV da Lei nº 8.666/93. Em sede de medida cautelar, o STF, por maioria, indeferiu a sustação dos efeitos, por entender ser constitucional a lei.

O início do julgamento do mérito da ação se deu em 2011 e até o início do mês de novembro, somente os ministros Ayres Britto e Luiz Fux haviam votado. É importante observar, portanto, que já se passaram mais de 16 anos da data em que a lei entrou em vigor. Deste modo, o modelo das organizações sociais vem sendo aplicado há quase duas décadas.

Sustá-lo agora, ainda que os efeitos sejam modulados para *ex nunc*, traria uma heterogeneidade para a Administração Pública, o que não seria desejável.

Até o momento, ambos os ministros se posicionaram no sentido de entender ser a lei constitucional<sup>70</sup>, mas modulando os efeitos de determinados artigos para interpretação conforme à Constituição Federal.

Em conclusão, feitas as devidas considerações acerca das dispensas de licitação e da discricionariedade, pode-se afirmar que a ideia das organizações sociais é uma forma eficaz de se prestar os serviços públicos, quando feitos dentro dos moldes da lei. Exemplo disso é o Laboratório Nacional de Luz Síncrotron, transformado em organização social pela Lei nº 9.637/98 e que hoje é referência na área da ciência no Brasil<sup>71</sup>. Contudo, é inegável que ajustes precisam ser feitos, de modo a garantir que os princípios norteadores da Administração Pública sejam integralmente respeitados.

---

<sup>70</sup> O Ministro Ayres Britto entendeu ser inconstitucional o termo que confere discricionariedade ao administrador público no art. 2º da Lei nº 9.637/98

<sup>71</sup> A revista Carta Capital publicou uma matéria em seu sítio eletrônico intitulada “Uma vantagem na corrida tecnológica: laboratório de última geração pode levar o Brasil à liderança a pesquisa de novos materiais.”, em que discorre sobre as atividades desenvolvidas no laboratório e que possibilitou a criação de um equipamento com tecnologia inovadora, que rivaliza apenas com outro aparelho em montagem na Suécia. ROCKMANN, Roberto. *Uma vantagem na corrida tecnológica: laboratório de última geração pode levar o Brasil à liderança a pesquisa de novos materiais*. Carta Capital, São Paulo, 15 de novembro de 2014. Disponível em <http://www.cartacapital.com.br/mais-admiradas/uma-vantagem-na-corrida-tecnologica-4221.html>, acesso em 17 de novembro de 2014.

## Referências Bibliográficas

BRASIL. *Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública Federal e Entes de Colaboração* (texto de autoria da Comissão de Juristas constituída pela Portaria nº 426, de 6 de dezembro de 2007, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Disponívelm: <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/seges/comissa...>, acesso em 10 de outubro de 2014.

BRASIL. *Lei nº 9.6374*, de 15 maio 1998, disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19637.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19637.htm), acesso em 10 de setembro de 2014

BRASIL, *Lei nº 9.784*, de 29 de janeiro de 1999, disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm), acesso em 20 de outubro de 2014

BRASIL. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado / Secretaria da Reforma do Estado. *Organizações sociais.* / Secretaria da Reforma do Estado. Brasília: Ministério da Administração e Reforma do Estado, 1997, p. 33-35

BRASIL, *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado.* 1995 Brasília: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado.

BRASIL, Procuradoria-Geral da República, Parecer nº 6947. Procurador Geral da República: Antônio Fernando Barros e Silva de Souza. Brasília, 26 de junho de 2009. Disponível em <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/temas-de-atuacao/saude/terceirizacao-no-sus/os-oscip/atuacao-do-mpf/parecer-pgr-6947.09-adin-1923>, acesso em 18 de novembro de 2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na ADI 1923-DF. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Brasília, 1º de agosto de 2007. Diário da Justiça Eletrônico: Brasília, 21 de setembro de 2007. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=487894>, acesso em 12 de novembro de 2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da união. Relatório da Auditoria Operacional n.º 3239, disponível em [www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/.../AC\\_3239\\_47\\_13\\_P.doc](http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/.../AC_3239_47_13_P.doc), acesso em 10 de outubro de 2014

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão 592/1998 – Plenário . Relator: Ministro Benjamin Zymler. Sessão de 2 de setembro de 1998. Disponível em: [http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc%5CSIDOC%5CgeradoSIDOC\\_DC05926398P.pdf](http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc%5CSIDOC%5CgeradoSIDOC_DC05926398P.pdf)

BRESSER PEREIRA, Luiza Carlos. *Reforma do estado nos anos 90: lógica e mecanismos de controle*, 1997. Disponível em [http://www.bresserpereira.org.br/papers/1998/A\\_reforma\\_do\\_Estado\\_dos\\_anos\\_90.pdf](http://www.bresserpereira.org.br/papers/1998/A_reforma_do_Estado_dos_anos_90.pdf), acesso em 04 de setembro de 2014.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; CUNILL, Nuria. *Entre o Estado e o mercado: o público não-estatal*, disponível em <http://bresserpereira.org.br/papers/1998/84PublicoNaoEstataRefEst.ppg.pdf>, acesso em 10 de setembro de 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27ª Ed. rev. e ampl. E atual.. São Paulo: Atlas, 2014, p. 364.

DISTRITO FEDERAL (Brasil), *Contratos de gestão: metodologia de acompanhamento e controle de sua aplicação*. Brasília: 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Das entidades paraestatais e das entidades de colaboração. In: MODESTO, Paulo. *Nova organização administrativa brasileira*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2009, p. 241-243.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas*, 2009. 7 ed. São Paulo: Editora Atlas,.

FURTADO, Lucas Rocha, *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, volume 2: contratos e atos unilaterais. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 92-93.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitação e contratos administrativos*. 14. Ed. São Paulo: Dialética, 2010,

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 6 ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

LOPES, Ana Frazão de Azevedo. *Aspectos funcionais da personalidade jurídica de direito privado das organizações sociais e das organizações da sociedade civil de interesse público*. In: PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira (Coord.). *O novo direito administrativo brasileiro: o público e o privado em debate*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, v.2.

MODESTO, Paulo. *Reforma do marco legal do Terceiro Setor no Brasil*. Disponível em <http://bresserpereira.org.br/Terceiros/Autores/Modesto,Paulo/terceirosetorreforma>. PDF, acesso em 10 de setembro de 2014, p. 1-4.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Constitucionalidade da Lei n.º 9.637/98*, p.135. disponível em [http://www.justinodeoliveira.com.br/wp-content/uploads/2011/11/1\\_RDST\\_02\\_-\\_Art.igo\\_OS.pdf](http://www.justinodeoliveira.com.br/wp-content/uploads/2011/11/1_RDST_02_-_Art.igo_OS.pdf), acesso em 23 de setembro de 2014.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Contrato de gestão e modernização da Administração Pública brasileira- parte 1*”,. Disponível em [http://www.justinodeoliveira.com.br/wp-content/uploads/2011/10/23\\_Contratodegestao\\_ZeniteParte1.pdf](http://www.justinodeoliveira.com.br/wp-content/uploads/2011/10/23_Contratodegestao_ZeniteParte1.pdf), acesso em 10 de setembro de 2014.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Direito do Terceiro Setor*, 2007. Disponível em [http://www.justinodeoliveira.com.br/wp-content/uploads/2011/11/7\\_Artigo\\_juridico\\_Pr\\_of\\_Dr\\_Gustavo\\_Justino.pdf](http://www.justinodeoliveira.com.br/wp-content/uploads/2011/11/7_Artigo_juridico_Pr_of_Dr_Gustavo_Justino.pdf), acesso em 10 de setembro de 2014.

OLIVO, Luis C. Cancellier. *As Organizações sociais e o novo espaço público*, 2013, disponível em [https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/99641/livro\\_as\\_organizacoes\\_sociais.pdf?sequence=1](https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/99641/livro_as_organizacoes_sociais.pdf?sequence=1), acesso em 01.07.2014.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, 2009. São Paulo: editora Revista dos Tribunais.

MODESTO, Paulo. *Reforma do marco legal do Terceiro Setor no Brasil*. Disponível em <http://bresserpereira.org.br/Terceiros/Autores/Modesto,Paulo/terceirosetorreforma. PDF>, acesso em 10 de setembro de 2014, p. 1-4.

PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários*, 2001. 3 ed. rev., atual e ampl. Brasília: Brasília Jurídica.

PINTO, Bruno Luís Amorim. *Gestão privada de serviços públicos por Organizações sociais: Eficiência e Responsabilidade*. In: DI PIETRO, Maria Zanella Silva. São Paulo: Atlas, 2013

ROCKMANN, Roberto. *Uma vantagem na corrida tecnológica: laboratório de última geração pode levar o Brasil à liderança a pesquisa de novos materiais*. Carta Capital, São Paulo, 15 de novembro de 2014. Disponível em <http://www.cartacapital.com.br/mas-admiradas/uma-vantagem-na-corrida-tecnologica-4221.html>, acesso em 17 de novembro de 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari; DE SOUZA, Rodrigo Pagani. *As modernas parcerias com o terceiro setor*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). São Paulo: Ed. Malheiros, 2013