Direito do Estado.com.br
O Direito Público da Cidadania

R-e-RE | Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado

Número 13 – março/abril/maio 2008 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1888

AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS E OS CONTRATOS DE GESTÃO – UMA DISCUSSÃO JURÍDICA AINDA EM ABERTO

Prof. Juscimar Pinto Ribeiro
Especialista em Direito Constitucional, pela UFG, e em Direito Administrativo, pelo IDAG. Advogado.

SUMÁRIO: Introdução. I - Inserção constitucional de novas matrizes de gestão – Emenda Constitucional nº 19/98. II – O Terceiro Setor e o principio subsidiariedade. III – As Organizações Sociais – edição da Lei nº Lei 9.637/98. IV - Dispensa de licitação e os contratos de gestão. V – Algumas criticas doutrinárias ao modelo das Organizações Sociais. VI – Pontos positivos do modelo das organizações sociais. VII – Manifestação do Supremo Tribunal Federal sobre as Organizações Sociais. VIII – Conclusão. IX - Referências

INTRODUÇÃO

Este trabalho elaborado com o intuito de prestar uma homenagem ao Professor Nelson Lopes de Figueiredo, mestre e amigo, apresenta apenas uma geral visão sobre modelo jurídico das Organizações Sociais, com uma abordagem sobre sua criação, seu fundamento legal, e as discussões doutrinárias acerca de sua constitucionalidade.

Serão feitas considerações acerca da inclusão na Constituição Federal de novas modalidades de gestão, implementadas à partir da Emenda Constitucional nº 19/98, com uma abordagem da conceituação do Terceiro Setor, bem como do princípio da subsidiariedade.

A partir daí, serão analisadas as Organizações Sociais, com seu conceito e definição legal pela Lei 9.637/98, bem como abordada a questão da dispensa de licitação e os contratos de gestão, oportunidade em que serão apontadas algumas das críticas doutrinárias ao modelo, bem como o ressalto de alguns pontos positivos do modelo.

Abordaremos ainda o que foi discutido junto ao Supremo tribunal Federal sobre o assunto, concluindo o trabalho com o entendimento acerca da aplicação da Lei 9.637/98.

I - INSERÇÃO CONSTITUCIONAL DE NOVAS MATRIZES DE GESTÃO – A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 19/98.

A Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998 procedeu uma profunda reforma na Constituição de 1988, vez que tais reformas se deram em aspectos tanto do ponto de vista quantitativos e qualitativos. Isto porque a reforma implementada pela EC 19/98 alcançou um significativo número de dispositivos constitucionais, e ainda, porque procedeu alterações profundas na Administração Pública brasileira.

Uma das alterações promovidas pela EC 19/98 foi a inclusão do § 8º no artigo 37, onde dispõe que a autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade.

O referido dispositivo remeteu para a disposição através de lei acerca do prazo de duração do contrato; os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes e a remuneração do pessoal, conforme consta dos incisos I a III do texto constitucional.

A EC 19/98, também atribuiu novo conteúdo normativo ao disposto no artigo 241 da Constituição, na medida em que determinou o estabelecimento da parceria entre os entes políticos, prevendo que *"a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos".*[1]

Verifica-se que a redação dada ao art. 241, pela EC 19/98, foi oportuna na medida em que previu de forma expressa a possibilidade do estabelecimento de cooperação ou de uma gestão associada, sem que fosse ali especificado o tipo de atividade que poderia ser implementada tal cooperação ou gestão associada, tendo remetido à edição de lei regulamentadora, conforme disposto na parte final do novel dispositivo, devendo ser observado que tal remissão à regulamentação posterior, seria via de lei, e não de lei complementar.

[1] http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm

Consta ainda no dispositivo do artigo mencionado a criação de um mecanismo que dá condições de implementação da gestão associada nele determinada, vez que permitiu a transferência de encargos, serviços, pessoal e bens de uma pessoa jurídica para outra, tudo no sentido de garantir a continuidade dos serviços transferidos.

Portanto, à partir da edição da EC 19/98 foi estabelecida a possibilidade dos chamados contratos de gestão, que pode ser entendido como um instituto do direito administrativo -constitucional, expressão do disposto no artigo 37, § 8º, da Constituição da República, que deve ter como objetivo proporcionar a transparência e a racionalidade estatal. O instituto do contrato de gestão sofre muitas criticas, sendo a mais contundente a no sentido de que tais contratos permitem que a Administração Pública amplie sua liberdade de ação, com a flexibilização do regime jurídico administrativo. Por outro lado, é enaltecido por propiciar que a Administração Pública se aproxime, na prestação dos serviços públicos, da eficiência tida pelas empresas particulares.

II – O TERCEIRO SETOR E O PRINCIPIO SUBSIDIARIEDADE

Tem sido entendido o Terceiro Setor como aquele em que estão as entidades de direito privado que se propõe a adotar ações com a iniciativa de pessoas e com a constituição de um patrimônio, a prestar colaboração com o Estado na execução e no desempenho de ações de interesse público.

No dizer de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Terceiro Setor são “entidades da sociedade civil de fins públicos e não lucrativos.”[2] Segundo entendeu a doutrinadora, seria o Estado o Primeiro Setor, que atua em atividades públicas, com fins públicos, tudo isso na busca da consecução do objetivo do bem comum, classifica o Segundo Setor como sendo a iniciativa privada, o mercado, que com meios privados desempenha atividade privada, visando à circulação de riquezas e o lucro.[3]

Portanto, é o Terceiro Setor vinculado a um regime jurídico de direito privado, sendo entendido como o uso de recursos privados para exercer atividade de interesse público e tendo como objetivo, somente, o pleno desenvolvimento desta, não visando precipuamente o lucro.

No Brasil temos verificado o aumento do número de entidades do terceiro setor, o que entendeu Silvio Luiz Ferreira da Rocha "deve-se ao

[2] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002a. p. 413

[3] DI PIETRO, 2002a. p. 413-414

redescobrimento do princípio da subsidiariedade e à crise do Estado enquanto um prestador eficiente de serviços públicos".[4]

Tem-se que o princípio da subsidiariedade guarda ligação direta com o tema "terceiro setor" e deve ter uma abordagem. O ilustre José Alfredo de Oliveira Baracho, fez uma analise de tal princípio acerca de algumas significações e aplicações dos termos "subsidiário", "subsidiariamente" e "subsidiariedade", dizendo que esses provêem do termo latino "subsidium", derivado de "subsidiarius", e que haveriam duas formas de entendimento, uma seria no sentido de "secundária", e a outra, de "supletividade", essa última absorvendo dois significados: suplementariedade e complementariedade, sendo esse último o significado utilizado pelo Direito.[5]

O tema também é tratado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro[6], ao tecer comentários acerca do Estado Subsidiário, onde faz apontamentos sobre as várias vertentes da utilização do princípio da subsidiariedade, tais como a diminuição do tamanho do Estado, através da privatização; o interesse público que não mais é prerrogativa exclusiva do Estado; a ampliação da política de fomento com o incentivo à iniciativa privada de interesse público através da celebração de parcerias; desregulamentação, com o restabelecimento da liberdade para o exercício da indústria, do comércio, das profissões liberais, limitadas por excesso de regulação e busca pelo interesse público primário, dos cidadãos e não secundário, da Administração Pública.[7]

Verifica-se que pela aplicação do princípio da subsidiariedade como dito, e pelo contido na Carta Magna ao utilizar expressões como participação da comunidade, participação complementar de instituições privadas e colaboração da sociedade nos serviços públicos sociais quando trata da Ordem Social, prevista no artigo 194 e seguintes, tem o Estado atuado através das entidades do terceiro setor para que essas responsabilizem-se pelas políticas sociais, via a função de fomento, por meio de convênios, termos de parceria, contratos de gestão, etc.

[4] ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro setor.* São Paulo: Malheiros, 2003, p. 13.
[5] BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O princípio da subsidiariedade – conceito e evolução. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 23-42.
[6] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na administração pública, 4ª edição. São Paulo: Atlas, p. 29-32.

III – AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS – EDIÇÃO DA LEI Nº 9.637/98.

O Plano Diretor da Reforma do Estado[8], realizado na década de noventa pelo Governo Federal, através do Ministério da Reforma do Estado, foi uma medida pelo qual o Poder Público procurou diminuir sua atuação nas atividades econômicas e nos serviços públicos. Uma das suas ações culminou com a edição da Lei nº 9.637, de 15 de maio 1998, que veio dispor sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais e deu outras providências, inserindo assim as Organizações Sociais no direito positivo.

Um dos pontos estratégicos deste plano foi a aprovação do "Programa Nacional de Publicização", aprovado pela Lei 9.637, de 15 de Maio de 1998. Esta lei autoriza o Poder Executivo a transferir a execução de serviços públicos e gestão de bens e pessoal públicos, a entidades especialmente qualificadas, quais sejam, as Organizações Sociais.

Lúcia Valle Figueiredo conceitua as organizações sociais como sendo pessoas jurídicas privadas, sem fins lucrativos, cujas atividades, no âmbito federal, são dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendido os requisitos previstos na Lei 9637/98.[9]

---

[8] A reforma do Estado deve ser entendida dentro do contexto da redefinição do papel do Estado, que deixa de ser o responsável direto pelo desenvolvimento econômico e social pela via da produção de bens e serviços, para fortalecer-se na função de promotor e regulador desse desenvolvimento. No plano econômico o Estado é essencialmente um instrumento de transferências de renda, que se torna necessário dada a existência de bens públicos e de economias externas, que limitam a capacidade de alocação de recursos do mercado. Para realizar essa função redistribuidora ou realocadora, o Estado coleta impostos e os destina aos objetivos clássicos de garantia da ordem interna e da segurança externa, aos objetivos sociais de maior justiça ou igualdade e aos objetivos econômicos de estabilização e desenvolvimento. Para realizar esses dois últimos objetivos, que se tornaram centrais neste século, o Estado tendeu a assumir funções diretas de execução. As distorções e ineficiências, que daí resultaram, deixaram claro, entretanto, que reformar o Estado significa transferir para o setor privado as atividades que podem ser controladas pelo mercado. Daí, a generalização dos processos de privatização de empresas estatais. Neste plano, entretanto, salientaremos um outro processo tão importante quanto, e que, entretanto, não está tão claro: a descentralização para o setor público não-estatal da execução de serviços que não envolvem o exercício do poder de Estado, mas devem ser subsidiados pelo Estado, como é o caso dos serviços de educação, saúde, cultura e pesquisa científica. Chamaremos esse processo de "publicização".http://www.planalto.gov.br/publi_04/COLECAO/PLANDI1.HTM

[9] FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de Direito Administrativo. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p.
153-154.

Para Paulo Eduardo Garrido Modesto, eminente professor que atuou diretamente no processo instituído pelo Plano Diretor da Reforma do Estado[10]:

> *"Uma definição operacional das organizações sociais pode ser formulada nos termos seguintes. As organizações sociais são pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, voltadas para atividades de relevante valor social, que independem de concessão ou permissão do Poder Público, criadas por iniciativa de particulares segundo modelo previsto em lei, reconhecidas, fiscalizadas e fomentadas pelo Estado.*
>
> *Em sentido abrangente, as organizações sociais representam uma forma de parceria do Estado com as instituições privadas de fins públicos (perspectiva ex parte principe) ou, sob outro ângulo, uma forma de participação popular na gestão administrativa (perspectiva ex parte populi).*
>
> *No aspecto da parceria, as organizações sociais definem-se como instituições do terceiro setor (pessoas privadas de fins públicos, sem fins lucrativos, constituídas voluntariamente por particulares, auxiliares do Estado na persecução de atividades de relevante interesse coletivo), pois possuem o mesmo substrato material e formal das tradicionais pessoas jurídicas privadas de utilidade pública. Não são um novo tipo de pessoa jurídica privada nem entidades criadas por lei e encartadas na estrutura da administração pública. São pessoas jurídicas estruturadas, sob a forma de fundação privada ou associação sem fins lucrativos.*
>
> *Ser organização social, por isso, não significa apresentar uma estrutura jurídica inovadora, mas possuir um título jurídico especial, conferido pelo Poder Público em vista do atendimento de requisitos gerais de constituição e funcionamento previstos expressamente em lei. Estes requisitos são de adesão voluntária por parte das entidades privadas e estão dirigidos a assegurar a persecução efetiva e as garantias necessárias a uma relação de confiança e parceria entre o ente privado e o Poder Público. A denominação organização social é um enunciado elíptico. Denominam-se sinteticamente organizações sociais as entidades privadas, fundações ou associações sem fins lucrativos, que usufruem do título de organização social."*

Inobstante a existência no ordenamento jurídico positivo pátrio a Lei nº 9.637, desde a concepção do projeto de lei, a mesma já era objeto de questionamentos pela doutrina.

Um dos questionamentos seria de cunho mais generalista, pertinente a efetiva conceituação das organizações sociais e qual seria sua atuação perante a administração pública, com ênfase na natureza jurídica das organizações sociais. Tal questionamento se fundava na hipótese das organizações sociais desenvolverem atividades de serviço público ou atividades privadas, sobre se constituiriam formas de privatização de entes públicos, bem como sobre quais os traços diferenciais que as apartariam das tradicionais entidades privadas de

[10] MODESTO, Paulo Eduardo Garrido - Reforma administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil: As dúvidas dos juristas sobre o modelo das organizações sociais. http://www.datavenia.net/artigos/Direito_Administrativo/reforma.html

utilidade pública. Com a edição da norma legal, tais conceitos de ordem geral foram bem ou mal respondidos, estando em pleno vigor a norma reguladora.

Já quanto ao outro questionamento aflorado, que dizia respeito a dúvida sobre a exigência de realização de processo licitatório para a cessão de bens e recursos públicos às entidades reconhecidas como organizações sociais, bem como qual seria o regime jurídico da parceria estabelecida com o Poder Público e qual seria a diferença das entidades privadas que prestam serviços terceirizados à Administração Pública, tais dúvidas ainda permanecem.

E é justamente aqui neste ponto de indagação formulado pela doutrina desde o início do processo de discussão da instituição das Organizações Sociais pertinente a exigência do processo licitatório é que abordaremos.

IV - DISPENSA DE LICITAÇÃO E OS CONTRATOS DE GESTÃO

As organizações sociais são dispensadas de licitação para firmarem contratos de gestão com os entes públicos, conforme alteração na Lei nº 8.666/93, promovida pela Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998[11], que inseriu o texto previsto no inciso XXXIV do artigo 24 da lei de licitações.

Assim, o dispositivo da Lei n° 8.666/93 procurou dar maior mobilidade ao Estado para execução de atividades estatais não exclusivas, assim veio redigido o novo inciso que prevê a dispensa de licitação na hipótese de celebração do contrato de gestão por intermédio das organizações sociais: *"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."*

A definição do que são e para que servem as organizações sociais é a lei das respectivas entidades políticas dentro de sua competência administrativa de atuação estatal. Com esse fim, a legislação federal, pela Lei n° 9.637, de 15 de maio de 1998 assim definiu as organizações sociais: *"Art. 1º- O Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, a pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico , a proteção e preservação do meio ambiente, a cultura e a saúde, atendidos aos requisitos previstos nesta Lei."* [12]

Assim estabelecida a definição de organização social, esta deverá cumprir requisitos complementares para que possa, pelas respectivas entidades políticas, receber tal qualificação, conforme exigências do artigo 2º da lei.[13]

---

[11] http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9648compilada.htm
[12] https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9637.htm
[13] Art. 2o São requisitos específicos para que as entidades privadas referidas no artigo anterior habilitem-se à qualificação como organização social:
I - comprovar o registro de seu ato constitutivo, dispondo sobre:

Tem-se a parceria entre Administração Pública e Organização Social é realizada através do contrato de gestão que, com base no art. 5º, Lei 9.637/98, pode ser conceituado 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."*

Hely Lopes Meirelles ao analisar o contrato de gestão o diz como:

> *"O instrumento jurídico básico dessa forma de parceria entre o setor público e o privado. Embora a lei denomine este instrumento de contrato, na verdade trata-se de um acordo operacional entre a Administração e a entidade privada."*[14]

Celso Antonio Bandeira de Mello defende que os contratos de gestão: Seriam, pois, em principio, pura e simplesmente *"contratos administrativos"*, figura jurídica perfeitamente conhecida. Deveras, aqui nada mais haveria senão como é corrente no Direito Administrativo – um relacionamento de natureza contratual entre o Poder Público e um outro sujeito encartado no universo privado.[15]

Por acordo comum entre as partes, tendo de um lado as Organizações Sociais e de outro o Poder Público tem como objetivo estabelecer os direitos e deveres de ambas as partes, ou seja, deverão trazer as atribuições,

---

a) natureza social de seus objetivos relativos à respectiva área de atuação;
b) finalidade não-lucrativa, com a obrigatoriedade de investimento de seus excedentes financeiros no desenvolvimento das próprias atividades;
c) previsão expressa de a entidade ter, como órgãos de deliberação superior e de direção, um conselho de administração e uma diretoria definidos nos termos do estatuto, asseguradas àquele composição e atribuições normativas e de controle básicas previstas nesta Lei;
d) previsão de participação, no órgão colegiado de deliberação superior, de representantes do Poder Público e de membros da comunidade, de notória capacidade profissional e idoneidade moral;
e) composição e atribuições da diretoria;
f) obrigatoriedade de publicação anual, no Diário Oficial da União, dos relatórios financeiros e do relatório de execução do contrato de gestão;
g) no caso de associação civil, a aceitação de novos associados, na forma do estatuto;
h) proibição de distribuição de bens ou de parcela do patrimônio líquido em qualquer hipótese, inclusive em razão de desligamento, retirada ou falecimento de associado ou membro da entidade;
i) 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;
II - haver aprovação, quanto à 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.

[14] MEIRELLES, 2001. p. 366

[15] MELLO, 2003. p. 218

responsabilidades, obrigações e formas de controle para o desempenho destas atividades.

V – CRITICAS DOUTRINÁRIAS AO MODELO DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

Parte significativa da doutrina entende tal modelo de gestão, principalmente com a dispensa de licitação para a contratação de Organização Social para celebração de contrato de gestão, seria inconstitucional, como foi apontado desde o nascedouro do instituto jurídico, como dito anteriormente.

Tem-se que uma das novidades ao ordenamento jurídico aportada pela Lei 9.637/98 está na previsão de que às organizações sociais poderão ser destinados recursos orçamentários e bens públicos móveis e imóveis com dispensa de licitação, conforme previsão do artigo 12 e parágrafos.

Uma das criticas de Celso Antônio Bandeira de Mello é no fato de que a entidade "não necessita demonstrar habilitação técnica ou econômico-financeira de qualquer espécie. Basta a concordância do Ministro da área (ou mesmo do titular do órgão que a supervisione)...".[16]

O doutrinador continua a crítica à previsão de faculdade ao Poder Executivo a *"cessão especial de servidor para as organizações sociais, com ônus para a origem",* conforme previsão dos artigos 13 a 15, tendo dito sobre o assunto:

> *"Enquanto para travar relações contratuais singelas (como um contrato de prestação de serviços ou de execução de obras) o pretendente é obrigado a minuciosas demonstrações de aptidão, inversamente, não se faz exigência de capital mínimo nem demonstração de qualquer suficiência técnica para que um interessado receba bens públicos, móveis ou imóveis, verbas públicas e servidores públicos custeados pelo Estado,considerando-se bastante para a realização de tal operação a simples aquiescência de dois Ministros de Estado ou, conforme o caso, de um Ministro e de um supervisor da área correspondente à atividade exercida pela pessoa postulante ao qualificativo de 'organização social'. Trata-se, pois, da outorga de uma discricionariedade literalmente inconcebível, até mesmo escandalosa, por sua desmedida amplitude, e que permitirá favorecimentos de toda a espécie. Há nisto uma inconstitucionalidade manifesta, pois se trata de postergar o principio constitucional da licitação (art.37, XXI) e, pois, o principio constitucional da isonomia(art. 5º), do qual a licitação é simples manifestação punctual, conquanto abrangente também de outro propósito (a busca do melhor negócio)".*[17]

[16] Mello, Celso Antônio Bandeira de - Curso de Direito Administrativo, 19aedição, Malheiros Editores, São Paulo,2.005, págs. 221-26
[17] Ob. cit., pág. 222.

Os críticos ao modelo de organização social refutam a idéia de dispensa de licitação, e não admitem que a circunstância de o art. 37, XXI, da Constituição Federal permita seja excepcionada, nos casos previstos em lei, a exigência de licitação para a seleção dos que poderão celebrar contratos com a Administração, o que não liberaria o legislador para, discricionariamente, afastar o certame quando lhe aprouver, entendendo que assim agindo, haverá ferimento ao principio da igualdade.

Lúcia Valle Figueiredo explica que o desenvolvimento das atividades de saúde pelas Organizações Sociais é inconstitucional, porque se tem a noção de que o Estado, ao transferir a titularidade do serviço às Organizações Sociais, pretende não mais desempenhar o serviço de saúde à população. E o Art. 196, da Constituição Federal, prevê ser a saúde, além de direito de todos, dever do Estado. Deve prestá-lo e mesmo quando prestado, concorrentemente, pelo particular, deve fiscalizar esta prestação.[18]

Além das já mencionadas, Celso Antonio Bandeira de Mello critica o contrato de gestão por considerá-lo inconstitucional, não assim entendendo pelo fato de ser este firmado entre a Administração e a Organização Social, mas pela maneira que essa parceria é realizada. Da forma estabelecida pela lei este contrato violaria o princípio constitucional da isonomia, ao dispensar a licitação para a escolha da Organização Social a ser contratada, além de conceder excessivo poder discricionário à Administração Pública.

Age de forma equivocada ao não exigir nenhum requisito técnico ou econômico para a escolha da Organização Social, deixando-se totalmente ao critério do Ministro correspondente tal decisão. Celso Antonio Bandeira de Mello considera essa não exigência uma violação a Constituição, já que a Organização Social receberá bens públicos, móveis e imóveis, além de recursos orçamentários e servidores públicos.[19]

Outra crítica por ele feita é quanto à delegação de serviço público às Organizações Sociais. Em sua opinião essa delegação deveria ser feita após a realização de licitação, uma vez que essa é a forma empregada nos casos de concessão ou permissão. Além do que o Estado, por meio do contrato de gestão, está tentando se exonerar dos serviços que lhe são exclusivos como a saúde e a educação, previstos na Constituição Federal, artigos 196, 205.37. Concluindo que a Organização Social só poderia prestar serviços de forma concorrente ao Estado, sendo que este deve continuar a exercer os encargos impostos pela Constituição.[20]

No mesmo sentido, Maria Sylvia Zanella di Pietro critica tais contratos de gestão. Sua principal condenação consiste no fato de serem essas entidades

[18] FIGUEIREDO, 2003. p. 155

[19] MELLO, Op. Cit. Pág. 221/222

[20] Idem. p. 223-224

uma forma usada pelo Estado de prestar o mesmo serviço, sobre as mesmas condições, mesma estrutura e pessoal, mas sem a excessiva burocracia estatal.[21]

Maria Sylvia Zanella di Pietro defende que é evidente a intenção do legislador de usar o contrato de gestão como forma de fugir do regime público. A Organização Social exerce o serviço público que o Estado antes exercia, usando, para tanto, patrimônio, funcionários e bens públicos, com a única diferença de que o regime a ela aplicado é o privado, ou seja as Organizações Sociais não se submetem às chamadas *"amarras da Administração Pública."*[22]

Inobstante as críticas, para esta autora a Lei poderia se tornar constitucional se realizadas as seguintes alterações: realização de licitação para escolha da entidade e submissão aos seus princípios; prova da prévia existência da mesma, com sede, patrimônio e capital próprio, além de outros requisitos exigidos para a constituição válida de uma pessoa jurídica; comprovação de qualificação técnica e idoneidade financeira para gerir patrimônio público; determinação de limite salarial, quando use de recursos orçamentários públicos para remunerar seus empregados; prestação de garantia, como exigido nos contratos administrativos.[23]

Segue ainda a lição de Maria Sylvia Zanella di Pietro, ao dizer serem estes contratos de gestão nada mais do que a privatização do Estado, *"sob outra modalidade que não a venda de ações"*. Isso porque, o órgão que antes exercia a atividade pública é extinto para que a Organização Social, pessoa jurídica de direito privado e não pertencente à Administração direta ou indireta, passe a desempenhar os serviços públicos.[24]

A forma de qualificação das Organizações sociais é outro questionamento, pelo fato de ser tratada como ato discricionário, o que poderia revelar uma intromissão do administrador nas entidades, sendo que no art. 2º, II, da Lei 9637/98 ao lado de requisitos específicos, de cunho mais objetivo, requer, haver aprovação, quanto à 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.

Tem-se entendido que esta necessidade de aprovação quanto à conveniência e oportunidade da qualificação, ainda que possa demonstrar num primeiro momento uma preocupação do legislador em evitar a qualificação de entidades cujo funcionamento pleno seja duvidoso, na verdade vem demonstrar um ferimento de constitucionalidade, por uma hipotética violação do princípio da impessoalidade.

---

[21] DI PIETRO, 2002a. p. 420-421

[22] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanello. Parcerias na Administração Pública. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2002b.
p. 215

[23] Idem. p. 216

[24] Idem. p. 213

A crítica é de que este alto grau de subjetividade na qualificação, aliado às demais previsões da lei, como o de uso de bens públicos, para a prestação de serviços públicos, e a contratação sem licitação, e ainda, o regramento da cessão de servidores públicos e dotações orçamentárias específicas, poderiam dar vazão a desvios e malversações.

De fato, seria indicada uma forma de qualificação vinculada a requisitos mais claros e objetivos a serem preenchidos pelas entidades que pretendam o título, de forma a conferir uma maior credibilidade as Organizações Sociais, e diminuir as críticas que recaem sobre essas flexibilidades.

Porém, o fato de ter a qualificação de passar pelo crivo de discricionariedade, não impede que eventuais entidades que se vejam não qualificadas questionem o ato administrativo que não as qualificou, vez que, inobstante ato discricionário, deverá obedecer aos ditames necessários à validade do ato, bem como sujeição aos princípios da Administração Pública, dentre os quais, motivação, adequação legal, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade administrativa e eficiência.

Pode-se extrair que os principais problemas relacionados ao contrato de gestão são: a delegação de serviço público exclusivo do Estado ao particular; a concessão de grande liberdade ao particular e o pouco controle de suas atividades e do destino do patrimônio público que lhe é atribuído; a discricionariedade do administrador tanto na concessão do título de Organização Social, quanto no contrato de gestão; e a desobediência aos princípios constitucionais norteadores da Administração Pública.

VI – PONTOS POSITIVOS DO MODELO DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

Foram traçados alguns pontos de críticas ao arcabouço normativo das Organizações Sociais, porém, faz-se necessário que sejam percebidos alguns aspectos positivos do novo regramento legal.

Inicialmente, cumpre destacar que os estatutos das Organizações Sociais devem, nos temos do art. 3º da Lei 9637/98, satisfazer as exigências pertinentes ao modelo de composição para seus órgãos de deliberação superior, fazendo previsão da necessária participação de representantes do Estado e da Sociedade Civil, isto talvez numa forma de compensar a liberdade da instituição, em relação ao regime jurídico de Direito Púbico, que foi dado às Organizações Sociais. Em outro lado, prevê uma profunda presença do Estado na estrutura diretiva da Organização.

Pode ainda ser identificado como um avanço na figura do contrato de gestão, inobstante as severas críticas terminológicas e técnicas formuladas por parte da doutrina, demonstra ser um instrumento que poderá conferir limites e definição de metas a serem atingidas pela entidade, tudo isso dependendo apenas de uma efetiva fiscalização e controle, de forma que tal contrato pode

ser relevante no controle da aplicação dos recursos públicos na finalidade contratada.

Tem-se ainda como ponto positivo, o fato de que, no exercício do controle das organizações sociais, a exigência legal de que, para a própria qualificação, que o estatuto da entidade qualificanda faça previsão de sujeição à publicação anual, no Diário Oficial da União, do relatório de execução do contrato de gestão, bem como um relatório gerencial das atividades desenvolvidas, e não somente demonstrativos contábeis formais.

Ainda à guisa de elencar pontos positivos do modelo, citamos Paulo Eduardo Garrido Modesto:

> *"As organizações sociais, no entanto, apresentam também características especiais que as distinguem de modo parcial das tradicionais entidades privadas declaradas de utilidade pública. Em resumo, os traços diferenciais básicos são os seguintes:*
>
> *a) os seus estatutos devem prever e adotar determinado modelo de composição para os seus órgãos de deliberação superior, inclusive prevendo a participação necessária de representantes do Estado, como RSP requisito para permitir o ato posterior de qualificação pelo Poder Público;*
>
> *b) o trespasse de bens e recursos públicos nelas está condicionado à assinatura de contratos de gestão com os órgãos competentes da administração pública federal;*
>
> *c) o estatuto deve prever, também como um requisito da qualificação, sujeição da entidade à publicação anual no Diário Oficial da União do relatório de execução do acordo ou contrato de gestão (relatório gerencial das atividades desenvolvidas, apoiadas pelo Poder Público, e não apenas do relatório formal da contabilidade da entidade);*
>
> *d) o estatuto deve prever, como requisito de qualificação, regras rígidas de reforma das finalidades sociais, bem como regras para a definição impessoal das regras a serem adotadas para a remuneração do pessoal da entidade e para o sistema de compras;*
>
> *e) o estatuto ainda deve prever que a entidade estará sujeita a controle externo de resultados, periódico e "a posteriori", realizado por comissão de avaliação composta por especialistas de notória qualificação, especialmente destinado à verificação do cumprimento do contrato ou acordo de gestão firmado com o Poder Público;*
>
> *f) as entidades poderão utilizar bens materiais e recursos humanos de entidades extintas do Estado, desde que a extinção tenha sido realizada por lei específica;*
>
> *g) as entidades poderão também absorver atividades e contratos de entidade extintas, também quando autorizados por lei, bem como os seus*

símbolos designativos, desde que estes sejam seguidos obrigatoriamente do símbolo OS."[25]

Há de se frisar um ponto positivo substancial da norma, que é o sistema de fiscalização das Organizações Sociais, que, de acordo com o art. 8º da Lei nº 9.637, a fiscalização da execução do contrato de gestão ficará a cargo do órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade fomentada, ou seja, o mesmo órgão governamental que qualificou a entidade como organização social e a contratou. Diz ainda a lei que, em caso de irregularidade, o órgão fiscalizador dará ciência dos fatos ao Tribunal de Contas da União e, dependendo da gravidade do ocorrido, poderá representar ao Ministério Público, à Advocacia Geral da União ou à Procuradoria da própria entidade fiscalizadora.

Temos, pois que nos debruçarmos sobre o instituto das Organizações Sociais analisando seus aspectos positivos, sem fugir da severa crítica doutrinária o modelo, porém, tal analise deve levar em conta que o modelo vem sendo implementado desde a edição da Lei nº 9.637/98, ou seja, a quase de 10 de anos, sendo que, inobstante existir em tramitação no Supremo Tribunal Federal a ADI nº 1923-DF, questionando a referida lei, a mesma está em pleno vigor, como será demonstrado.

VII – MANIFESTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS.

Após a edição da Lei nº 9.637/98, em 01 de dezembro de 1998, o Partido dos Trabalhadores – PT e o Partido Democrático Trabalhista – PDT, ingressaram junto ao Supremo Tribunal Federal com uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, questionando a conformidade de tal lei às normas constitucionais, bem como, questionando a nova redação do artigo 24 da Lei nº 8.666/93, em seu inciso XXIV, com a redação dada pela Lei nº 9.648/98.

Em tramitação no Supremo Tribunal Federal, foi a ação distribuída ao então Ministro Ilmar Galvão, sob o número ADI 1923-DF, e vem a mesma tramitando desde então.

No referido pedido, os partidos políticos fizeram corro às críticas formuladas pela doutrina, notadamente, questionando integralmente a norma legal, e a alteração da lei de licitação de forma a permitir a dispensa de licitação para a celebração do contrato de gestão, tendo pedido a concessão de medida cautelar para suspender os efeitos das normas impugnadas.

O julgamento da ADI foi iniciado em 24/06/1999, tendo sido lido o relatório do ministro relator, que sugeriu o adiamento do julgamento, julgamento este que foi retomado no dia 05/08/1999, oportunidade em que o

[25] MODESTO. Op cit. p. 32

Ministro Ilmar Galvão proferiu seu voto pelo indeferimento do pedido de liminar, momento em que o Ministro Nelson Jobim pediu vista dos autos do processo.

Somente em 29/03/2006 foi retomado o julgamento da ação, tendo sido proferido voto do Ministro Nelson Jobim, de forma a acompanhar o voto do relator, e indeferir o pedido de liminar, neste momento, o Ministro Eros Grau pediu vista dos autos, tendo sido suspenso novamente o julgamento.

O julgamento é retomado em 02/02/2007, oportunidade em que o Ministro Eros Grau, em um voto contundente, acolhe as criticas formuladas pela doutrina, e defere o pedido cautelar para suspender a eficácia do artigo 1º da Lei nº 9.648/98 e dos artigos 5º, 11 a 15 e 20 da Lei nº 9.637/98.

Neste momento, o Ministro Ricardo Lewandowski alerta que tendo se passado quase 09 (nove) anos da edição da lei, não se faria presente o perigo da demora de forma a ensejar a concessão da cautelar, ao contrário, o perigo da demora militaria á favor das entidades que foram contratadas ao longo de tal período, concluindo pelo voto que deferia a cautelar somente em relação ao artigo 24, inciso XXIV, da Lei nº 9.648/98, externando sua preocupação com a contratação sem a prévia licitação.

Este entendimento foi acompanhado pelo Senhor Ministro Joaquim Barbosa, que concordou com o voto do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, e acompanha o relator, tão somente no ponto que deferia a cautelar em relação ao artigo 24, inciso XXIV, da Lei nº 9.648/98.

Foram procedidos alguns esclarecimentos pela Ministra Presidente Ellen Gracie, acerca de votos de Ministros aposentados, e após pediu vista dos autos o Senhor Ministro Gilmar Mendes.

O julgamento só foi retomado no dia 01/08/2007, oportunidade em que o Senhor Ministro Gilmar Mendes proferiu voto substancial, rebatendo os argumentos expostos no voto do Ministro Eros Grau, indeferindo o pedido cautelar, oportunidade em que reformulou o voto proferido anteriormente o Senhor Ministro Eros Grau.

Assim, o Tribunal, por maioria de votos, indeferiu a cautelar, vencidos o Senhor Ministro Joaquim Barbosa, que deferia a cautelar para suspender a eficácia dos artigos 5º, 11 a 15 e 20 da Lei nº 9.637/98, e do inciso XXIV do artigo 24 da Lei nº 8.666/93, com a redação dada pelo artigo 1º da Lei nº 9.648/98; o Senhor Ministro Marco Aurélio, que também deferia a cautelar para suspender os efeitos dos artigos 1º, 5º, 11 a 15, 17 e 20 da Lei nº 9.637/98, bem como do inciso XXIV do artigo 24 da Lei nº 8.666/93, na redação do artigo 1º da Lei nº 9.648/98; e o Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, que deferia a cautelar somente com relação ao inciso XXIV do artigo 24 da Lei 8.666/93, na redação do artigo 1º da Lei nº 9.648/98, tendo ficado à cargo do Ministro Eros Grau a lavratura do acórdão.

O acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ficou assim ementado:

> *EMENTA: MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 9.637, DE 15 DE MAIO DE 1.998. QUALIFICAÇÃO DE ENTIDADES COMO ORGANIZAÇÕES SOCIAIS. INCISO XXIV DO ARTIGO 24 DA LEI N. 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1.993, COM A REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI N. 9.648, DE 27 DE MAIO DE 1.998. DISPENSA DE LICITAÇÃO. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 5º; 22; 23; 37; 40; 49; 70; 71; 74, § 1º E 2º; 129; 169, § 1º; 175, CAPUT; 194; 196; 197; 199, § 1º; 205; 206; 208, § 1º E 2º; 211, § 1º; 213; 215, CAPUT; 216; 218, §§ 1º, 2º, 3º E 5º; 225, § 1º, E 209. INDEFERIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR EM RAZÃO DE DESCARACTERIZAÇÃO DO PERICULUM IN MORA. 1. Organizações Sociais - pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, direcionadas ao exercício de atividades referentes a ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde. 2. Afastamento, no caso, em sede de medida cautelar, do exame das razões atinentes ao fumus boni iuris. O periculum in mora não resulta no caso caracterizado, seja mercê do transcurso do tempo --- os atos normativos impugnados foram publicados em 1.998 - seja porque no exame do mérito poder-se-á modular efeitos do que vier a ser decidido, inclusive com a definição de sentença aditiva. 3. Circunstâncias que não justificariam a concessão do pedido liminar. 4. Medida cautelar indeferida.*[26]

Portanto, pela decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, ficou indeferida a suspensão cautelar dos dispositivos legais questionados, porém, tal a decisão não aplaca a complexidade da discussão jurídica acerca da constitucionalidade dos dispositivos legais pertinentes às Organizações Sociais.

Conforme se depreende da leitura dos votos proferidos que a discussão acerca da constitucionalidade é ainda material aberto, sendo que, também pelas manifestações e apartes formulados durante o julgamento a ADI 1923-DF e considerando a substancial alteração da composição da Suprema Corte, o resultado do julgamento do mérito da referida ação ainda é incerto, sendo que, permanece ainda a insegurança jurídica acerca do instituto das Organizações Sociais, o que será dirimida somente com o final pronunciamento do Supremo Tribunal Federal

[26] http://www.stf.gov.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=1923&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M

VIII - CONCLUSÃO

Temos como conclusão do presente estudo que as dúvidas jurídicas pertinentes as Organizações Sociais e ao contrato de gestão existem desde a concepção do projeto, tendo persistido com a edição da Lei nº 9.637, e ainda não foram dirimidas pelo Supremo Tribunal Federal.

Foram mencionadas as razões de parte da doutrina contraria ao entendimento da constitucionalidade de parceria entre o Estado e a Organização Social, tendo destaque o questionamento acerca da ausência de licitação, tanto para a escolha da entidade, quanto para essa contratar seus serviços e funcionários, bem como a excessiva liberdade da organização e o excessivo poder discricionário da Administração Pública.

Acontece que tais críticas não retiram o caráter de pleno vigor da norma legal instituidora das Organizações Sociais, vez que, conforme demonstrado, como ainda não houve um pronunciamento definitivo pelo Supremo Tribunal Federal no tocante a declaração de sua inconstitucionalidade.

Ao contrário, tendo sido negada a cautelar de suspensão dos dispositivos legais pelo Excelso Pretório, os Administradores Públicos poderão continuar aplicando a norma legal, e procedendo a contratação das entidades normalmente, sem a necessidade de prévio procedimento licitatório, porém, o fazendo de forma motivada e em obediência aos demais princípios constitucionais norteadores da Administração Pública, como legalidade, moralidade, publicidade, impessoalidade e eficiência.

Deverá ser entendido o contrato de gestão é um instrumento importante para o desenvolvimento do Estado Brasileiro, inobstante as críticas principiológicas, e conclui-se no sentido de ser necessário e até benéfico ao Poder Público o uso do contrato de gestão em sua atividade, porém tal contratação deverá estritamente obedecer os ditames da referida Lei nº 9.637/98, à luz dos demais normativos constitucionais.

IX - REFERÊNCIAS

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O princípio da subsidiariedade – conceito e evolução. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 23-42.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002a. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na administração pública, 4ª edição. São Paulo: Atlas, p. 29-32.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 29. ed. São Paulo:

Editora Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

Ministério da Administração e Reforma do Estado. In Cadernos MARE da Reforma do Estado. v. 2. p. 35

MODESTO, Paulo Eduardo Garrido - Reforma administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil: As dúvidas dos juristas sobre o modelo das organizações sociais. http://www.datavenia.net/artigos/Direito_Administrativo/reforma.html

PRESIDÊNCIA da República - Casa Civil - Subchefia para Assuntos Jurídicos http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm.

PRESIDÊNCIA da República - Casa Civil - Subchefia para Assuntos Jurídicos http://www.planalto.gov.br/publi_04/COLECAO/PLANDI1.HTM.

ROCHA, Silvio Luis da. *Terceiro Setor*. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

SUPREMO Tribunal Federal - http://www.stf.gov.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=1923&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

RIBEIRO, Juscimar Pinto. AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS E OS CONTRATOS DE GESTÃO – UMA DISCUSSÃO JURÍDICA AINDA EM ABERTO. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 13, março/abril/maio, 2008. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A RERE - Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Numbe*r), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: ISSN 1981-1888
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rere@direitodoestado.com.br
4) A RERE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público, economistas e administradores. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação

a instituição universitária a que se vincula o autor.

5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323

6) Assine o feed da RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDaReformaDoEstado

Publicação Impressa:

Informação não disponível.