



**Centro Universitário de Brasília – UniCeub**  
**Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS**

**LEANDRO CARVALHO CUNHA**

**ESTUDO DE CASO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.923/DF:  
CELEBRAÇÃO DE CONTRATOS DE GESTÃO ENTRE A ADMINISTRAÇÃO  
PÚBLICA E ORGANIZAÇÕES SOCIAIS**

**BRASÍLIA**  
**2015**

**LEANDRO CARVALHO CUNHA**

**ESTUDO DE CASO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.923/DF:  
CELEBRAÇÃO DE CONTRATOS DE GESTÃO ENTRE A ADMINISTRAÇÃO  
PÚBLICA E ORGANIZAÇÕES SOCIAIS**

Monografia apresentada como requisito para  
conclusão do curso de bacharelado em Direito  
do Centro Universitário de Brasília –  
UniCEUB.

Orientador: Prof. MSc. Salomão Almeida  
Barbosa.

**BRASÍLIA  
2015**

**LEANDRO CARVALHO CUNHA**

**ESTUDO DE CASO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.923/DF:  
CELEBRAÇÃO DE CONTRATOS DE GESTÃO ENTRE A ADMINISTRAÇÃO  
PÚBLICA E ORGANIZAÇÕES SOCIAIS**

Monografia apresentada como requisito para  
conclusão do curso de bacharelado em Direito  
do Centro Universitário de Brasília –  
UniCEUB.

Orientador: Prof. MSc. Salomão Almeida  
Barbosa.

Brasília, de            de 2015.

**Banca Examinadora**

---

Prof. Salomão Almeida Barbosa, MSc.  
Orientador

---

Prof.  
Examinador

---

Prof.  
Examinador

## AGRADECIMENTO

*Agradeço a Deus, o Pai condutor, por guiar-me nessa jornada e às pessoas quem amo, minha companheira e familiares, por despertarem força interior para enfrentar as dificuldades.*

## RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo apresentar estudo de caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.923/DF (ADIN 1.923/DF), ajuizada contra a Lei 9.637/98, a qual dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. Para tanto, primeiramente, será contextualizada a figura jurídica dos contratos de gestão, sobretudo no que tange sua relação com a Administração Pública, de modo a apresentar sua evolução histórica tanto no contexto internacional quanto no brasileiro. Posteriormente, serão tratadas as entidades legitimadas a firmarem contratos de gestão, denominadas de organizações sociais, ocasião em que será abordada sua inserção e a das organizações da sociedade civil de interesse público (Oscips) no terceiro setor, bem como a jurisprudência pátria acerca da matéria. Por fim, serão objeto de estudo as divergências jurídicas suscitadas por meio da ADIN 1.923/DF e o desfecho das discussões alcançado com o julgamento final da ação.

**Palavras-chave:** Direito Administrativo. Serviços Públicos Não Exclusivos do Estado. Contratos de Gestão. Organizações Sociais. ADIN 1.923/DF.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>7</b>
<b>1. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E CONTRATOS DE GESTÃO.....</b>	<b>9</b>
1.1. Contexto histórico.....	9
1.2. Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE).....	10
1.3. Emenda Constitucional 19/98 e Lei 9.637/98: previsão dos contratos de gestão.....	14
<b>2. ORGANIZAÇÕES SOCIAIS E O TERCEIRO SETOR.....</b>	<b>19</b>
2.1. Organizações da sociedade civil de interesse público (Oscips).....	21
2.2. Jurisprudência sobre o terceiro setor.....	22
<b>3. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.923/DF.....</b>	<b>26</b>
3.1. Questões jurídicas controversas.....	27
3.1.1. Transferência de atribuições do Poder Público para entidades privadas.....	27
3.1.2. Qualificação como organização social e celebração de contrato de gestão.....	32
3.1.3. Cessão de servidores públicos.....	36
3.1.4. Fiscalização dos contatos de gestão firmados com as organizações sociais.....	39
3.2. Julgamento final da ação.....	40
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>46</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>48</b>

## INTRODUÇÃO

Este estudo trata da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.923/DF (ADIN 1.923/DF) ajuizada pelo Partido dos Trabalhadores (PT) e pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT) contra a Lei 9.637/98<sup>1</sup>, a qual dispõe sobre a qualificação como organizações sociais de pessoas jurídicas de direito privado, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que mencionam, a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências, e contra o inciso XXIV do art. 24 da Lei 8.666/93<sup>2</sup>, com a redação dada pelo art. 1º da Lei 9.648/98<sup>3</sup>, que autoriza a celebração de contratos de prestação de serviços com organizações sociais, sem licitação.

Consiste em tema de relevância para toda a sociedade brasileira, tendo em vista que a lei questionada versa sobre o instituto do contrato de gestão, enquanto instrumento de gestão pública para viabilizar a cooperação e parceria entre a Administração Pública e as entidades qualificadas como organizações sociais pelo Poder Público.

A matéria destaca-se uma vez que a natureza privada das organizações sociais contrapõe-se ao fomento promovido pelo Estado. Trata-se de entidades desprovidas de finalidade lucrativa e não integrantes da organização do Estado que prestam serviços de interesse público, sendo as atividades dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde.

O elevado volume de recursos orçamentário-financeiro, humanos e patrimoniais repassados pela Administração Pública por meio dos contratos de gestão às organizações sociais confere importância aos institutos jurídicos criados mediante a Lei 9.637/98<sup>4</sup>, uma vez que os alinham ao interesse público pautado na eficiência e economicidade dos gastos públicos.

---

<sup>1</sup> BRASIL. *Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998*. Brasília, 1998. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Plano Nacional de Publicização, a extinção de órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 17 jun. 2015.

<sup>2</sup> BRASIL. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Brasília, 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 17 jun. 2015.

<sup>3</sup> BRASIL. *Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998*. Brasília, 1998. Altera dispositivos das Leis nº 3.890-A, de 25 de abril de 1961, nº 8.666, de 21 de junho de 1993, nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, nº 9.074, de 7 de julho de 1995, nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, e autoriza o Poder Executivo a promover a reestruturação das Centrais Elétricas Brasileiras – ELETROBRÁS e de suas subsidiárias e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19648cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19648cons.htm)>. Acesso em: 17 jun. 2015.

<sup>4</sup> *Ibidem*

Outro aspecto que confere relevo à Lei 9.637/98<sup>5</sup> e, por conseguinte, às controvérsias jurídicas suscitadas pela ADIN 1.923/DF, é que as regras disciplinadas, apesar de previstas para serem aplicadas em âmbito federal, são adotadas como paradigma por estados e municípios que entendem ser importante a implementação de institutos de parceria semelhantes.

É o que ocorre no município de São Paulo e nos estados do Ceará, Pará, Minas Gerais, Tocantins, Bahia, Roraima, Maranhão, Rio de Janeiro e Distrito Federal, os quais adotam princípios e procedimentos semelhantes aos previstos na lei federal.

A lei estabelece modelo amplamente utilizado pelo Poder Público nas esferas federal, estadual e municipal com o objetivo de dar cumprimento às garantias sociais estabelecidas por intermédio da Constituição Federal de 1988 (CF/88)<sup>6</sup>. A prestação de serviços públicos regulamentada pela lei busca materializar as prescrições contidas na Carta Magna e impactar positivamente a vida dos cidadãos.

Desse modo, as questões jurídicas aventadas por intermédio da ADIN 1.923/DF relacionam-se ao fomento da prestação de serviços de interesse público por entidades privadas, utilizando-se recursos públicos de elevada monta e sendo reproduzido por todas as esferas de governo, o que torna o tema de interesse da sociedade.

---

<sup>5</sup> BRASIL. *Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998*. Brasília, 1998. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Plano Nacional de Publicização, a extinção de órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 17 jun. 2015.

<sup>6</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2010. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 17 jun. 2015.

# 1 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E CONTRATOS DE GESTÃO

## 1.1 Contexto histórico

A figura do contrato de gestão surgiu no âmbito do Direito Francês, inicialmente objetivando a vinculação de empresas privadas que recebiam auxílio do Estado a programas governamentais. Posteriormente, tornou-se meio de controle administrativo ou tutela das empresas estatais e, ainda, da própria Administração Direta, nesse caso, originando os centros de responsabilidade<sup>7</sup>.

A ideia foi fixar compromissos bilaterais, em que, de um lado, as empresas ou órgãos teriam de cumprir objetivos fixados em planos nacionais ou programas predefinidos e, de outro, a Administração Pública flexibilizaria os meios de controle sobre as entidades, proporcionando maior grau de gestão dos negócios. O controle de resultados é fundamental nesse tipo de contrato, uma vez que é a única maneira de se verificar o alcance dos objetivos governamentais.

No âmbito do Direito Francês, o contrato de gestão recebe diversas denominações em fases sucessivas: contratos de programa, contratos de empresa, contratos de plano e contratos de objetivos<sup>8</sup>.

Em um primeiro momento, os contratos de programa tiveram por objetivo permitir a recuperação financeira das empresas públicas deficitárias. Esses contratos deveriam permitir o reestabelecimento do equilíbrio de sua gestão, fixando para os ramos mais sensíveis do setor público objetivos relacionados com aqueles do plano nacional<sup>9</sup>.

Em seguida, ante o desinteresse do governo pelas planificações e a crise financeira da década de 70, os resultados financeiros dos contratos de programa desapareceram, abrindo a segunda fase, durante a qual se adotou a concepção de contratos de empresas. Esses se tornam o meio de obrigar as empresas públicas a se modernizarem, desembaraçando-se de seus excedentes de pessoal, transformando profundamente seus métodos de gestão, investindo mais nas tecnologias modernas suscetíveis de dotá-las de maior competitividade<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> BASTOS, Lília Flores de Araújo. Contratos de gestão celebrados pelo poder público com organizações sociais no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, ano 12, ed. esp., p. 212-347, dez 2004. Disponível em: <[http://www.escolamp.org.br/ARQUIVOS/REVISTA\\_MONOGRAFIAS\\_TX04.PDF](http://www.escolamp.org.br/ARQUIVOS/REVISTA_MONOGRAFIAS_TX04.PDF)>. Acesso em: 17 jun. 2015.

<sup>8</sup> ESCOLA NACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. *O contrato de gestão no serviço público*. 1993.

<sup>9</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

<sup>10</sup> *Ibidem*.

A partir de 1981, inicia-se a terceira fase, com a adoção dos contratos de plano, que já eram firmados com empresas privadas bem antes de serem instituídos para as empresas estatais. A tradição dos planos nacionais foi renovada com a utilização desses contratos entre o governo e suas empresas públicas a fim de assegurar o desenvolvimento dos objetivos prioritários. Às empresas nacionais é atribuído papel determinante no desenvolvimento das políticas de emprego, de investimento, de reestruturações, de adoção de novas tecnologias ou na formação profissional dos assalariados<sup>11</sup>.

Em síntese, os contratos de empresa objetivavam, prioritariamente, dotar de competitividade aquelas sem viabilidade de competição, enquanto os contratos de plano buscavam alinhar as empresas à estratégia industrial do Estado.

O contrato de objetivos surgiu em 1988 como documento anual, síntese dos principais pontos estratégicos e financeiros da empresa, representando um consenso entre Estado e empresa, alcançado a partir de três documentos: o plano da empresa para três ou quatro anos, um plano de previsão financeira e um resumo estratégico do plano da empresa<sup>12</sup>.

Em todos os modelos, há preocupação em submeter as empresas estatais aos objetivos governamentais, conferindo, como contrapartida, maior autonomia às empresas. Daí a contratualização do controle.

No Brasil, foi adotado o modelo francês, conferindo, entretanto, a denominação “contratos de gestão”, consagrada no direito positivo e em trabalhos doutrinários. Para a celebração desses ajustes junto à Administração Indireta, foi expedido o Decreto 137/91<sup>13</sup>, que instituiu o Programa de Gestão das Empresas Estatais.

## **1.2 Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE)**

No Brasil, a Emenda Constitucional 19/98, de 4/6/98, também denominada de Emenda da Reforma Administrativa, foi implementada durante o primeiro governo do presidente Fernando Henrique Cardoso, e conforme Bastos<sup>14</sup>, não se limitou à mera alteração

---

<sup>11</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

<sup>12</sup> ESCOLA NACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. *O contrato de gestão no serviço público*. 1993.

<sup>13</sup> BRASIL. *Decreto nº 137, de 27 de maio de 1991*. Brasília, 1991. Institui o Programa de Gestão das Empresas Estatais e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 17 jun. 2015.

<sup>14</sup> BASTOS, Lília Flores de Araújo. Contratos de gestão celebrados pelo poder público com organizações sociais no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, ano 12, ed. esp., p. 212-347, dez 2004. Disponível em: <[http://www.escolamp.org.br/ARQUIVOS/REVISTA\\_MONOGRAFIAS\\_TX04.PDF](http://www.escolamp.org.br/ARQUIVOS/REVISTA_MONOGRAFIAS_TX04.PDF)>. Acesso em: 17 jun. 2015.

do texto constitucional, mas englobou, também, um conjunto de atos políticos e legislativos, a exemplo da publicação da Lei 9.637/98<sup>15</sup>, que dispõe, entre outros temas, sobre a qualificação das entidades como organizações sociais e prevê a realização com elas de contratos de gestão e a criação do Programa Nacional de Publicização.

Essa reforma foi desencadeada pelo Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE), documento desenvolvido pelo Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (Mare), sob liderança do então Ministro Luiz Carlos Bresser Pereira. Trata-se de documento político que apresenta os motivos justificadores da reforma da Administração Pública, seus princípios norteadores e as etapas para efetivação.

Tanto a Emenda Constitucional 19/98, quanto o PDRAE, foram influenciados pela reforma que estava ocorrendo no Reino Unido, caracterizada como transição de modelo burocrático para gerencial da Administração Pública.

O esgotamento do modelo burocrático adotado pelo Brasil, já que o Estado não estava sendo eficiente na prestação dos serviços públicos e, por conseguinte, na satisfação das necessidades da sociedade, foi a principal justificativa apresentada pelo mencionado Plano Diretor para a necessidade de mudança de modelo.

O Plano Diretor identifica a existência de três modelos básicos de Administração Pública: patrimonialista, burocrática e gerencial.

No primeiro, o patrimônio público confunde-se com o do soberano, sendo o aparelho do Estado uma extensão de seu poder. A administração não objetiva o interesse público e há a ocorrência de corrupção e nepotismo. A democracia e o capitalismo extinguiram esse modelo.

O modelo burocrático surge em coincidência com o Estado Liberal, como reação aos efeitos do patrimonialismo, destacando procedimentos e regulamentos administrativos com o objetivo de combater os abusos praticados. Entretanto, suas características geram ineficiência do Estado, não sendo os cidadãos vistos como clientes dos serviços públicos.

A expansão das funções econômicas e sociais do Estado, o desenvolvimento tecnológico e a globalização levaram à proposição do modelo de Administração Pública

---

<sup>15</sup> BRASIL. *Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998*. Brasília, 1998. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19637.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19637.htm)>. Acesso em: 17 jun. 2015.

gerencial, em que a eficiência e a qualidade na prestação dos serviços públicos são indispensáveis.

Esse modelo inspira-se na administração de empresas. Em consequência, o cidadão é tido como cliente dos serviços públicos, o administrador público possui maior autonomia para tomar decisões e o controle é realizado por resultados.

Segundo o ex-Ministro Bresser Pereira, a história administrativa do Brasil pode ser caracterizada como patrimonial ou patrimonial-mercantil até 1930; burocrática ou burocrática-industrial entre 1930 e 1985; e gerencial ou gerencial-pós-industrial a partir de 1985.

O período relativo à Administração Pública patrimonial brasileira, vigente do Império até a Primeira República, correspondeu ao do Estado oligárquico, representado pela dominância das oligarquias rurais (senhores de engenho, coronéis do gado e cafeicultores), bem como das burguesias mercantis.

A reforma burocrática no Brasil se iniciou a partir de 1930, com o governo do presidente Getúlio Vargas, que adotou diretrizes administrativas de valorização da centralização e da hierarquia da burocracia clássica. Nesse sentido, criou o Departamento Administrativo do Serviço Público (Dasp).

Observa-se que as falhas ocorridas durante a adoção do modelo burocrático, predominante até 1985, acarretaram na realização de reformas e prática de atos que apontavam para o modelo gerencial, a exemplo da edição do Decreto-Lei 200/67<sup>16</sup>, que diferenciou a administração direta da indireta; conferiu autonomia de gestão às empresas estatais, autarquias e fundações; fortaleceu e flexibilizou a meritocracia; e desburocratizou o sistema de compras do Estado.

O decreto, todavia, permitiu a contratação de empregados sem concurso público e enfraqueceu o núcleo estratégico do Estado, já que se deixou de realizar concursos e de desenvolver as carreiras dos altos administradores.

Com o fim da Ditadura Militar em 1985, ocorreu uma descentralização no plano político. Ao mesmo tempo, se verificou uma centralização no plano administrativo, ocorrida em razão do resgate do modelo burocrático por meio de princípios adotados pela CF/88<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> BRASIL. *Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967*. Brasília, 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del0200.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm)>. Acesso em: 17 jun. 2015.

<sup>17</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2010. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 17 jun. 2015.

A Carta Magna praticamente desapareceu com a distinção entre administração direta e indireta, passou a prever regime jurídico único para os funcionários da União e em cada nível da federação, estabeleceu aposentadoria com vencimentos plenos sem qualquer relação com o tempo e o valor das contribuições, bem como proporcionou estabilidade quase automática a partir do concurso público. No entanto, um grande avanço foi a previsão de concurso público para ingresso no serviço público.

Na sequência, o governo do presidente Fernando Collor entendeu a reforma do Estado como a diminuição de seu tamanho, promovendo o corte de funcionários e a redução dos salários do funcionalismo. Essa ideologia do modelo burocrático permaneceu até o fim do mandato do presidente Itamar Franco.

A necessidade de adoção do modelo gerencial, decorrente do elevado custo da máquina administrativa e da crescente ineficiência dos serviços públicos, foi identificada de forma direta durante o governo do presidente Fernando Henrique Cardoso, conforme claramente dispõe o PDRAE de 1995.

A reforma da gestão pública, durante o século XX, é fenômeno que está ocorrendo em diversos países, além do Brasil. O atual contexto internacional estimula essa mudança, uma vez que a globalização (capitalismo global) fomenta maior competição entre os países, o que exige maior eficiência, competência e eficácia. Ademais, como a democracia passou a ser a forma dominante de regime político, a eficiência dos serviços públicos prestados tornou-se fato determinante de elegibilidade dos governantes.

Assim, a reforma gerencial de 1995 apresentava dois objetivos, a reconstrução do Estado e o fortalecimento do serviço público, de modo a adaptar o Estado ao capitalismo global e à democracia.

O PDRAE propõe mudanças nos quatro setores do aparelho do Estado: o núcleo estratégico, as atividades exclusivas, os serviços não-exclusivos e a produção de bens e serviços para o mercado.

O núcleo estratégico é composto por quem toma as decisões estratégicas (definição de leis e políticas públicas) e garantia de seu cumprimento, sendo sua propriedade necessariamente estatal. Sua reforma compreende a adoção de capacidade gerencial para definir e supervisionar os contratos de gestão com as agências autônomas (atividades exclusivas) e com as organizações sociais (serviços não-exclusivos).

O setor das atividades exclusivas, também de propriedade necessariamente estatal, abrange a prestação de serviços decorrentes dos poderes de regulamentar, fiscalizar e fomentar, bem como garante o cumprimento e financiamento das leis e políticas públicas. A reforma prevê a transformação das autarquias e fundações, por meio de contratos de gestão, em agências autônomas; a realização de controle por resultados; e o fortalecimento da participação popular na definição e avaliação das políticas públicas.

O setor dos serviços não-exclusivos, composto por instituições que não possuem poder de Estado, é caracterizado pela atuação estatal ao lado das organizações públicas não-estatais e organizações privadas em atividades sociais e científicas que não busquem o lucro. Sua reforma consiste na transferência dos serviços não-exclusivos do Estado para o setor público não-estatal, por meio da transformação de fundações públicas em organizações sociais. A propriedade a ser adotada seria a pública não-estatal, não sendo estatal, por não haver exercício de poder de Estado, nem privada, por ser serviço subsidiado pelo Poder Público.

Buscou-se com essa transferência possibilitar maior autonomia e maior responsabilidade para os dirigentes das pessoas jurídicas responsáveis pela prestação desses serviços não exclusivos, maior controle social, maior parceria com o Estado e maior eficiência e qualidade dos serviços prestados.

O setor de produção de bens e serviços para o mercado, de propriedade privada, atinge atividades econômicas que buscam o lucro e que se encontram no aparelho do Estado. Sua reforma compreende a continuação do processo de privatização e adoção de contratos de gestão nas empresas que não possam ser privatizadas.

No contexto da reforma dos quatro setores do aparelho do Estado, o instituto do contrato de gestão faz-se presente, sendo possível sua celebração com diversos tipos de entidades públicas ou privadas, sempre visando a realização de controle por resultados.

### **1.3 Emenda Constitucional 19/98 e Lei 9.637/98: previsão dos contratos de gestão**

A inclusão do princípio da eficiência expressamente no *caput* do art. 37 da CF/88<sup>18</sup> impulsionou a reforma gerencial de 1995, ao alimentar a ideia de busca por resultados efetivos,

---

<sup>18</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2010. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 17 jun. 2015.

apesar de autores como Modesto<sup>19</sup> e Hely Lopes Meirelles<sup>20</sup> defenderam a observância desse princípio anteriormente à Emenda Constitucional 19/98.

O primeiro autor assevera que esse princípio já era encontrado implícita e explicitamente no texto constitucional original, a exemplo dos arts. 74, inciso II, 70, *caput*, e 144, § 7º, do mesmo modo que o segundo aponta a observância da eficiência durante o exercício dos poderes e deveres do administrador público antes mesmo da emenda.

A reforma gerencial não se limitou à edição da Emenda Constitucional 19/98, pois abrangeu, também, a promulgação de leis que regulamentam institutos jurídicos necessários a sua efetiva implementação.

A partir da adição do § 8º ao art. 37 da Carta Magna<sup>21</sup> e da edição da Lei 9.637/98<sup>22</sup> é que surge a figura do contrato de gestão, apresentando a proposta de que, com o controle por resultados, a eficiência será mais facilmente alcançada.

O contrato de gestão instituído por meio da Emenda Constitucional 19/98 (art. 37, § 8º, da CF/88<sup>23</sup>) trata daquele celebrado entre o Poder Público e a administração direta ou indireta com o objetivo de investi-la de maior autonomia gerencial, orçamentária e financeira, tendo como contrapartida a fixação de metas de desempenho.

Já a Lei 9.637/98<sup>24</sup> prevê a possibilidade de celebração de contratos de gestão entre o Poder Público, especificamente a União, e as entidades qualificadas como organizações sociais, com o objetivo de estabelecer parceria para fomento e execução das atividades relacionadas no art. 1º (ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde).

Os requisitos específicos que uma pessoa jurídica de direito privado precisa possuir para que possa se habilitar à qualificação como organização social estão previstos no art. 2º da Lei 9.637/98<sup>25</sup>:

---

<sup>19</sup> MODESTO, Paulo. *Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência*. São Paulo, 2000. Disponível em: <[http://www.foreense.com.br/Atualida/Artigos\\_DA/notas.htm](http://www.foreense.com.br/Atualida/Artigos_DA/notas.htm)>. Acesso em: 17 jun. 2015.

<sup>20</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

<sup>21</sup> *Ibidem*

<sup>22</sup> BRASIL. *Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998*. Brasília, 1998. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19637.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19637.htm)>. Acesso em: 17 jun. 2015.

<sup>23</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2010. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 17 jun. 2015.

<sup>24</sup> *Ibidem*

<sup>25</sup> *Ibidem*

“I- Comprovar o registro de seu ato constitutivo, dispondo sobre:

- 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 OS 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.” (grifo nosso)

Uma vez obtida a qualificação como organização social, é possível haver a celebração de contrato de gestão entre a entidade e o Poder Público, por intermédio de órgão ou entidade supervisora. As entidades qualificadas como organização social são declaradas como entidades de interesse social e utilidade pública, para todos os efeitos legais (art. 11).

O contrato de gestão deve discriminar as atribuições, as responsabilidades e as obrigações do Poder Público e da organização social (art. 6º). Após aprovação pelo Conselho de Administração (CA) da entidade, deverá ser submetido ao Ministro de Estado ou à autoridade supervisora da área correspondente.

De acordo com o art. 7º da Lei 9.637/98<sup>26</sup>, devem ser observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e economicidade na elaboração do contrato de gestão, além dos seguintes preceitos:

“I - **especificação do programa de trabalho** proposto pela organização social, a estipulação das metas a serem atingidas e os respectivos prazos de execução, bem como previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de qualidade e produtividade;

II - **estipulação dos limites e critérios** para despesa com remuneração e vantagens de qualquer natureza a serem percebidas pelos dirigentes e empregados das organizações sociais, no exercício de suas funções.” (grifo nosso)

---

<sup>26</sup> BRASIL. *Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998*. Brasília, 1998. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19637.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19637.htm)>. Acesso em: 17 jun. 2015.

As demais cláusulas dos contratos de gestão devem ser definidas pelos ministros de estado ou autoridades supervisoras da área de atuação da entidade, em cada ajuste que assinar (art. 7º, § único, da Lei 9.637/98<sup>27</sup>).

A execução dos contratos de gestão celebrados por organizações sociais será fiscalizada pelo órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade fomentada (art. 8º, *caput*, da Lei 9.637/98<sup>28</sup>).

É responsabilidade da organização social apresentar ao órgão ou entidade supervisora, ao término de cada exercício ou a qualquer momento, conforme recomende o interesse público, relatório pertinente à execução dos contratos de gestão, contendo comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados, acompanhado da prestação de contas correspondente ao exercício financeiro (art. 8º, § 1º, da Lei 9.637/98<sup>29</sup>).

Às organizações sociais poderão ser destinados recursos orçamentários e bens públicos necessários ao cumprimento do contrato de gestão e estão assegurados os créditos previstos no orçamento e as respectivas liberações financeiras, de acordo com o cronograma de desembolso previsto no ajuste (art. 12, § 1º, da Lei 9.637/98<sup>30</sup>). É facultada ao Poder Executivo a cessão de servidor, com ônus para a origem (art. 14, da Lei 9.637/98<sup>31</sup>).

O Poder Executivo poderá proceder à desqualificação da entidade como organização social, quando constatado o descumprimento das disposições contidas no contrato de gestão. A desqualificação será precedida de processo administrativo, assegurado o direito de ampla defesa, respondendo os dirigentes da organização social, individual e solidariamente, pelos danos ou prejuízos decorrentes de sua ação ou omissão e importará na reversão dos bens permitidos e dos valores entregues à utilização da entidade, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

A Lei 9.637/98<sup>32</sup>, no seu art. 20, estabeleceu que seria criado, mediante decreto do Poder Executivo, o Programa Nacional de Publicização (PNP), com o objetivo de estabelecer critérios para a qualificação de organização social, observadas as seguintes diretrizes: i) ênfase

---

<sup>27</sup> BRASIL. *Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998*. Brasília, 1998. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9637.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9637.htm)>. Acesso em: 17 jun. 2015.

<sup>28</sup> *Ibidem*

<sup>29</sup> *Ibidem*

<sup>30</sup> *Ibidem*

<sup>31</sup> *Ibidem*

<sup>32</sup> *Ibidem*

no atendimento do cidadão-cliente; ii) ênfase nos resultados, qualitativos e quantitativos e nos prazos pactuados; e, iii) controle social das ações de forma transparente.

Passados mais de quinze anos da publicação da aludida lei, referido decreto ainda não foi elaborado pelo Poder Executivo. Ou seja, não há, na esfera federal, documento detalhando o conteúdo e os aspectos operacionais dessa lei, tampouco estabelecendo diretrizes e critérios uniformes para qualificação dessas entidades.

Em função desse vácuo normativo e como forma de regulamentar a matéria, o Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação (MCTI) editou a Portaria-MCTI 967/2011<sup>33</sup>, alterada pela Portaria-MCTI 777/2012<sup>34</sup>, aprovando, no âmbito desse ministério, os procedimentos técnicos e operacionais de promoção, acompanhamento, avaliação e fiscalização da execução dos contratos de gestão firmados com entidades qualificadas como organizações sociais.

---

<sup>33</sup> MINISTÉRIO DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO. *Portaria MCTI nº 967, de 21 de dezembro de 2011*. Brasília, 2011. Disciplina as atividades de promoção, acompanhamento, avaliação e fiscalização dos contratos de gestão celebrados com organizações sociais e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.mct.gov.br/index.php/content/view/335364.html>>. Acesso em: 15 jun. 2015.

<sup>34</sup> MINISTÉRIO DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO. *Portaria MCTI nº 777, de 31 de outubro de 2012*. Brasília, 2012. Altera a Portaria MCTI nº 967, de 21 de dezembro de 2011, que disciplina as atividades de promoção, acompanhamento, avaliação e fiscalização dos contratos de gestão celebrados com organizações sociais. Disponível em: < <http://www.mct.gov.br/index.php/content/view/343724.html>>. Acesso em: 15 jun. 2015.

## 2 ORGANIZAÇÕES SOCIAIS E O TERCEIRO SETOR

As organizações sociais e os contratos de gestão surgem dentro do contexto do terceiro setor, aquele relativo aos serviços não-exclusivos do Estado. A Lei 9.637/98<sup>35</sup> é que os institui, ao criar o Programa Nacional de Publicização.

Essa lei é fruto da conversão da Medida Provisória 1.591/97<sup>36</sup>, cuja edição é objeto de críticas. Argumenta-se a ausência dos requisitos de urgência e relevância, necessários para editar esse tipo de ato normativo, uma vez que o Plano Nacional de Publicização e as organizações sociais já haviam sido anunciados em 1995, com o Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado.

As críticas se estendem à figura das organizações sociais, tidas como uma fraude à CF/88, por haver maior flexibilização de aspectos de gestão de recursos humanos, materiais e orçamentários às prestadoras de serviços públicos, possibilitando a contratação de pessoal sem concurso público, a realização de compras sem licitação e a gestão de recursos públicos sem obediência à lei orçamentária.

A análise das organizações sociais exige perpassar pelos aspectos atinentes ao terceiro setor, concebido com a principal ideia de transferir os serviços não-exclusivos do Estado, até então prestados pelas fundações públicas, para a propriedade pública não-estatal (organizações sociais), uma vez que fazem parte dele. Esse processo é denominado de publicização.

O terceiro setor situa-se entre a esfera pública, o Estado (primeiro setor), e a esfera privada, o mercado (segundo setor). Por isso, há iniciativa empresarial e atuação direta da cidadania sob fiscalização do Estado, essa decorrente das parcerias firmadas, em que o recebimento de recursos públicos contrapõe-se à realização de controle por resultados.

Para Maia<sup>37</sup>, a política das organizações sociais deveria denominar-se socialização, em vez de publicização, porque o que se pretende é implementar uma prática em que a

<sup>35</sup> BRASIL. *Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998*. Brasília, 1998. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19637.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19637.htm)>. Acesso em: 17 jun. 2015.

<sup>36</sup> BRASIL. *Medida Provisória nº 1.591, de 09 de outubro de 1997*. Brasília, 1997. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção do Laboratório Nacional de Luz Síncrotron e da Fundação Roquette Pinto e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 17 jun. 2015.

<sup>37</sup> MAIA, Zélio. *Organizações Sociais: o terceiro setor e a modernização dos serviços públicos*. 2001a.

sociedade participa diretamente da gestão da coisa pública, ao executar e fiscalizar as políticas públicas.

Falconer<sup>38</sup> destaca a importância da ideia da cidadania empresarial para a implementação do terceiro setor, com base no conceito de responsabilidade social e ambiental das empresas, em que há investimentos nessas áreas não com intuito de lucro direto, mas de formar imagem positiva da empresa. A atuação das empresas nesses setores de interesse coletivo se daria por meio de doação de recursos, de operação direta de programas ou de realização de parcerias com organizações da sociedade civil.

No entanto, aponta desempenho insatisfatório das funções repassadas ao terceiro setor, ocasionado pela fragilidade organizacional, dependência de recursos financeiros governamentais e de agências internacionais e falta de recursos humanos capacitados.

As organizações do terceiro setor diferenciam-se das demais em razão de oito aspectos: i) o propósito é a prestação de bem ou serviço, e não a obtenção de lucro; ii) os valores são direcionados ao propósito; iii) os recursos são adquiridos em diversas fontes (vendas de serviços, doações, financiamentos do governo, investimentos patrimoniais...), exigindo conhecimentos técnicos variados; iv) não há igual clareza, como a existente no mercado, do que representa bom resultado e melhores indicadores de eficiência e eficácia; v) apresentam legislação própria, com particularidades; vi) o trabalho é parcialmente realizado por voluntários não-remunerados; vii) há maior proximidade entre o conselho da organização e os trabalhadores; e viii) maior complexidade organizacional decorrente do tipo e variedade dos serviços prestados, da relação com o público, da dependência de fontes variadas de recursos, dentre outros.

O cumprimento do papel do terceiro setor, ainda segundo Falconer<sup>39</sup>, somente é alcançado mediante a superação de quatro desafios: i) *stakeholder accountability*, que é a transparência e a prestação de contas para todos que possuam interesses legítimos; ii) sustentabilidade, que é a capacidade de captar recursos financeiros, materiais e humanos de forma continuada e utilizá-los com competência; iii) qualidade dos serviços, sendo os recursos utilizados com eficiência; e iv) capacidade de articulação, de modo a solucionar os problemas em conjunto com diversos segmentos da sociedade.

---

<sup>38</sup> FALCONER, Andres Pablo. *A promessa do terceiro setor*. São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://www.idc.org.uy/mercosur/informes/2000/falconer3.html>>. Acesso em: 17 jun. 2015.

<sup>39</sup> *Ibidem*

As organizações sociais, por integrarem o terceiro setor, apresentam a característica mista de terem liberdade de ação para atingir seus objetivos e sofrerem controle do Poder Público. São pessoas jurídicas de direito privado que se relacionam com o Estado em razão da qualificação de organização social recebida do Poder Público e que se vinculam a ele mediante celebração de contrato de gestão.

Não se trata de novo tipo de pessoa jurídica de direito privado, e sim de qualificação ou título jurídico conferido pelo Poder Público a ente privado que preencha pré-requisitos legais. A qualificação, conjugada com a posterior celebração de contrato de gestão, proporciona diversas vantagens e benefícios às entidades, tais como o recebimento de recursos financeiros, patrimoniais e de pessoal.

## **2.1 Organizações da sociedade civil de interesse público (Oscips)**

No terceiro setor também se inserem as organizações da sociedade civil de interesse público (Oscips), que se diferem das organizações sociais, apesar de, igualmente, serem qualificações atribuídas pelo Poder Público a pessoas jurídicas de direito privado que atendam certos requisitos legais e que podem receber auxílio do Estado para exercício da atividade fomentada.

As Oscips foram criadas pela Lei 9.790/99<sup>40</sup>, regulamentada pelo Decreto 3.100/99<sup>41</sup>. O ato de qualificação é realizado pelo Ministério da Justiça e o vínculo jurídico estabelecido com o Poder Público ocorre mediante termo de parceria. A ausência de finalidade lucrativa é observada quando a pessoa jurídica de direito privado não distribui seus excedentes operacionais, devendo esses ser aplicados integralmente na consecução do objeto social.

Existem diversos aspectos que diferenciam as organizações sociais das Oscips. Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>42</sup> indica diferença quanto ao objetivo pretendido pelo governo em cada caso, em que, com relação às organizações sociais, deseja-se que a prestação de

---

<sup>40</sup> BRASIL. *Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999*. Brasília, 1999. Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 17 jun. 2015.

<sup>41</sup> BRASIL. *Decreto nº 3.100, de 30 de junho de 1999*. Brasília, 1999. Regulamenta a Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999, que dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 17 jun. 2015.

<sup>42</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

serviços públicos deixe de ser realizada por entidades da Administração Pública, devendo essas ser extintas, enquanto que, no âmbito das Oscips, não é prevista extinção.

Mello<sup>43</sup> e Figueiredo<sup>44</sup> defendem que a diferença entre as instituições reside na discricionariedade do ato do Poder Público que qualifica as Oscips, que deve receber a qualificação ao atender as exigências legais. Ademais, no caso das Oscips, não há previsão de cessão de servidores e bens públicos, não há participação do Poder Público nos quadros diretivos e o campo de atuação é mais amplo, incluindo finalidades de benemerência social.

Tanto as organizações sociais, quanto as Oscips, integram o terceiro setor, sendo submetidas ao controle *a posteriori* das metas e resultados pactuados. No entanto, são regidas por leis distintas, que preveem exigências diferentes para a concessão das qualificações e consequências diversas quanto à forma de fomento pelo Poder Público.

## 2.2 Jurisprudência sobre o terceiro setor

A natureza peculiar das entidades integrantes do terceiro setor, caracterizada por revestir-se de atributos inerentes tanto à iniciativa privada quanto ao serviço público, é matéria a partir da qual são suscitadas discussões jurídicas no âmbito de diversos tribunais integrantes do Poder Judiciário e a respeito de diferentes temas.

O Supremo Tribunal Federal (STF), por exemplo, já enfrentou questão relativa à aplicabilidade da prerrogativa processual do prazo recursal em dobro, prevista no art. 188 do Código de Processo Civil<sup>45</sup>, no caso de interposição de recurso por parte das organizações sociais, em sede de julgamento de agravo de instrumento<sup>46</sup>:

“As empresas governamentais (sociedades de economia mista e empresas públicas) e os entes de cooperação (serviços sociais autônomos e **organizações sociais**) qualificam-se como pessoas jurídicas de direito privado e, nessa condição, não dispõem dos benefícios processuais inerentes à Fazenda Pública (União, Estados-membros, Distrito Federal, Municípios e respectivas autarquias), notadamente da prerrogativa excepcional da ampliação dos prazos recursais (CPC, art. 188)” (grifo nosso)

<sup>43</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

<sup>44</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

<sup>45</sup> BRASIL. *Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Brasília, 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)>. Acesso em: 14 set. 2015.

<sup>46</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento. 1. Embargos de declaração. 2. Questão não suscitada em momento anterior. 3. Inocorrência de omissão. 4. Litisconsórcio. 5. Desfazimento. 6. Prazo recursal simples. 7. Pretendido reexame da causa. 8. Caráter infringente. 9. Inadmissibilidade. 10. Embargos de declaração rejeitados. *AI 349477 AgR-ED/PR*. Embargante: Parana Previdência. Embargado: Lauro Grein Filho e outros. Relator: Min. Celso de Melo. Brasília, 06 de agosto de 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=167103127&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2015.

Precebe-se que o julgado ressalta atributo privado das organizações sociais para afastar a incidência de benefício proporcionado a entes de natureza eminentemente pública, podendo-se concluir que as organizações sociais não fazem parte da administração pública *stricto sensu*, pois, caso contrário, poderiam usufruir da prerrogativa processual do prazo recursal em dobro, prevista no art. 188 do Código de Processo Civil<sup>47</sup>.

As entidades do terceiro setor também já ensejaram discussão no âmbito do Poder Judiciário relativamente à necessidade de realização de licitação previamente a firmatura de ajuste com o Poder Público. O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT) assim se pronunciou em caso de termo de parceria firmado entre Oscips e o Poder Executivo<sup>48</sup>:

“II - À luz da Constituição Federal, **não se pode conceber** que organizações não-lucrativas, que venham a assumir, temporariamente, a qualificação de **OSCIP**, estejam livremente autorizadas **a receber considerável repasse de recursos públicos, sem se submeterem a qualquer procedimento licitatório.**

III - Conquanto o caput do art. 23 do Decreto nº 3.100/99 preveja que “poderá” a escolha da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, para a celebração do Termo de Parceria, ser feita por meio de publicação de edital de concursos de projetos pelo órgão estatal parceiro para obtenção de bens e serviços e para a realização de atividades, eventos, consultorias, cooperação técnica e assessoria, traduzindo, a princípio, a idéia de conveniência e oportunidade, em verdade, diante do motivo de relevante interesse social que enseja a celebração do Termo de Parceria, não há mera faculdade atribuída ao Administrador, mas sim o **dever de proceder ao processo seletivo.**

IV - Em honra ao **princípio da impessoalidade, que rege a Administração Pública**, existindo a previsão de repasses vultosos de recursos públicos para o fomento de serviço de interesse social, **afigura-se imprescindível a realização de concurso de projetos** que legitime o Poder Público a celebrar Termo de Parceria com Organização da Sociedade Civil de Interesse Público.” (grifo nosso)

Nessa assentada, nota-se que se aplicou princípio norteador da Administração Pública em face de entidade integrante do terceiro setor, para que seja possível a firmatura de termo de parceria e, por conseguinte, o desenvolvimento de atividades relativas à prestação de serviços de interesse público.

<sup>47</sup> BRASIL. *Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Brasília, 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)>. Acesso em: 14 set. 2015.

<sup>48</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Ação Civil Pública. 1. Constitucional. 2. Administrativo. 3. Processual Civil. 4. Ação Civil Pública. 5. Distrito Federal. 6. Fundação Zerbini. 7. Termo de parceria. 8. Nulidade. 9. Posterior celebração de convênio. 10. Prevalência do interesse de agir do Ministério Público. 11. Consecução do Programa Família Saudável. 12. Repasse considerável de recursos públicos. 13. Concurso de projetos. 14. Necessidade. 15. Princípio da impessoalidade. 16. Sentença mantida. *Apelação cível 20050110339800APC*. Apelante: Distrito Federal e outros. Apelado: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Brasília, 13 de fevereiro de 2008. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao\\_cidadania/Terceiro\\_Setor/Jurisprudencia\\_ACP/TJDFT%20-%20Apela%C3%A7%C3%A3o%20C%3ADvel%20-%2020050110339800.doc](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_cidadania/Terceiro_Setor/Jurisprudencia_ACP/TJDFT%20-%20Apela%C3%A7%C3%A3o%20C%3ADvel%20-%2020050110339800.doc)>. Acesso em: 15 set. 2015.

O Poder Judiciário foi instado a se posicionar acerca da natureza jurídica do instituto das organizações sociais ao apreciar questão relativa à isenção do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS) concedida por meio da Lei 16.127/2015<sup>49</sup>, do município de São Paulo, em relação aos recursos recebidos em decorrência de contratos de gestão nas áreas de saúde, cultura, esportes, lazer e recreação.

Na espécie, a 1ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo, em sentença publicada no Diário Oficial da União no dia 24/03/2015, assim interveio:

“De acordo com os termos de parcerias firmados (fls. 74/87, 263/276, 278/291) **os valores recebidos configuram repasses**, uma vez que aplicados única e exclusivamente na execução do objeto das respectivas parcerias, **e não remuneração (contraprestação pela prestação de um serviço)**. Tanto assim que o parceiro público fica obrigado a prestar contas a fim de comprovar a correta aplicação de todos os recursos recebidos.” (grifo nosso)

O caso exposto denota que as organizações sociais, em atuação convergente com os interesses públicos, aplicam os recursos repassados pela Administração Pública na viabilização de serviços à sociedade, e não ao ente público repassador, sendo necessária a prestação de contas de todos os recursos públicos recebidos, de modo que essas entidades não cobram pelo serviço prestado.

A prestação de serviços públicos por intermédio de organizações sociais e das Oscips, especialmente da área de saúde, foi objeto de caso emblemático representado pelo Mandado de Segurança 2000.001.048041-8 da 5ª Vara de Fazenda Pública do Rio de Janeiro, o qual foi impetrado pelo Sindicato dos Médicos do Rio de Janeiro contra ato da Secretária Municipal de Saúde.

No *mandamus*, questionou-se que a contratação de entidades do terceiro setor, mesmo mediante procedimento licitatório, para prestar serviços públicos de saúde afrontaria os mandamentos constitucionais, uma vez constituírem serviço essencial, não podendo ser terceirizados, além do que tal prática permitiria o ingresso de profissionais em cargo público sem a realização prévia de concurso.

---

<sup>49</sup> SÃO PAULO. *Lei nº 16.127, de 12 de março de 2015*. São Paulo, 2015. Concede isenção do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS aos serviços prestados na área de transporte metropolitano, saúde, educação, habitação de interesse social e iluminação pública, por meio de parceria público-privada, ao serviço de transporte público de passageiros realizados pelas empresas que exploram o sistema metroviário do Município de São Paulo, e aos serviços prestados por organizações sociais por meio de contrato de gestão com o Poder Público, bem como remite créditos tributários e anistia infrações tributárias, nos termos e condições que especifica. Disponível em: <<http://ww2.prefeitura.sp.gov.br/arquivos/secretarias/financas/legislacao/Lei-16127-2015.pdf>>. Acesso em: 13 set. 2015.

A questão aventada pelo Sindicato dos Médicos do Rio de Janeiro perpassou pelas primeira e segunda instâncias do Poder Judiciário até ser apreciada em sede de recurso extraordinário pelo STF<sup>50</sup>:

“O serviço público de saúde não pode, e não deve, ser terceirizado, admitindo o art. 197 da Constituição Federal, em caráter complementar, permitir a execução dos serviços através de terceiros. O caráter complementar não pode significar a transferência do serviço à pessoa jurídica de direito privado.

[...]

A administração pública direta e indireta, ao prover seus cargos e empregos públicos, deve obediência à regra do concurso público. Admitem-se somente duas exceções, previstas constitucionalmente, quais sejam, as nomeações para cargo em comissão e a contratação destinada ao atendimento de necessidade temporária e excepcional.”

Isto posto, percebe-se que as entidades pertencentes ao terceiro setor frequentemente ventilam questões jurídicas a serem apreciadas pelo Poder Judiciário. A ocorrência de tal fato é compreensível ante a interseção de características públicas e privadas de que se reveste o arcabouço legal que ampara as entidades do terceiro setor, as organizações sociais e as Oscips.

---

<sup>50</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. 1. Recurso. 2. Extraordinário. 3. Inadmissibilidade. 4. Saúde. 5. Prestação de serviços previsíveis e de caráter permanente. 6. Contratação por concurso público. 7. Obrigatoriedade. 8. Ausência de razões consistentes. 9. Decisão mantida. 10. Agravo regimental não provido. *Ag. Reg. no Recurso Extraordinário 445.167 Rio de Janeiro*. Agravante: Município do Rio de Janeiro. Agravado: Sindicato dos Médicos do Rio de Janeiro - Sinmed. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 28 de setembro de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=98690265&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 22 set. 2015.

### 3 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.923/DF

A Lei 9.637/98<sup>51</sup>, em sua totalidade, é objeto de duas ações diretas de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal (STF): i) a ADIN 1.923/DF, de 01/12/98, cujos autores são o Partido dos Trabalhadores (PT) e o Partido Democrático Trabalhista (PDT); e ii) a ADIN 1.943/DF, de 13/01/99, cujo autor é o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

A ADIN 1.923/DF também requer a inconstitucionalidade do inc. XXIV do art. 24 da Lei 8.666/93<sup>52</sup>, acrescido pela Lei 9.648/98<sup>53</sup>, que prevê a dispensa de licitação para a contratação de organizações sociais para a prestação de serviços relacionados com as atividades contempladas pelo contrato de gestão. Por meio dessa ação direta de inconstitucionalidade, também se solicitou a suspensão cautelar da referida lei, pedido que foi indeferido.

A ADIN 1.943/DF foi sobrestada de forma coerente, uma vez que as duas ações possuem exatamente o mesmo objeto e em razão de ter sido ajuizada por último. Essa ação, entretanto, apesar da pertinência temática, não será objeto de estudo neste trabalho.

A relatoria da ADIN 1.923/DF cabia, originariamente, ao Ministro Ilmar Galvão, quem foi sucedido pelo Ministro Ayres Britto. No entanto, foi designado para lavrar o acórdão o Ministro Luiz Fux, nos termos do art. 38, inciso II, do Regimento Interno do STF<sup>54</sup>.

Os autores da ADIN 1.923/DF alegam, em síntese, que a Lei 9.637/98<sup>55</sup> incorre nas seguintes violações constitucionais: i) ofensa aos deveres de prestação de serviços de saúde, educação, proteção ao meio ambiente, patrimônio histórico e acesso à ciência (arts. 23, 196, 197, 199, § 1º, 205, 206, 208, 209, 215, 216, § 1º, 218 e 225 da CF/88<sup>56</sup>); ii) violação à

<sup>51</sup> BRASIL. *Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998*. Brasília, 1998. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19637.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19637.htm)>. Acesso em: 17 jun. 2015.

<sup>52</sup> BRASIL. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Brasília, 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 17 jun. 2015.

<sup>53</sup> BRASIL. *Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998*. Brasília, 1998. Altera dispositivos das Leis nº 3.890-A, de 25 de abril de 1961, nº 8.666, de 21 de junho de 1993, nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, nº 9.074, de 7 de julho de 1995, nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, e autoriza o Poder Executivo a promover a reestruturação das Centrais Elétricas Brasileiras – ELETROBRÁS e de suas subsidiárias e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19648cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19648cons.htm)>. Acesso em: 17 jun. 2015.

<sup>54</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Regimento Interno*. Brasília, 2015. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF\\_Janeiro\\_2015\\_versao\\_eletronica.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_Janeiro_2015_versao_eletronica.pdf)>. Acesso em: 13 ago. 2015.

<sup>55</sup> *Ibidem*

<sup>56</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2010. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 17 jun. 2015.

impessoalidade e interferência indevida do Estado em associações (arts. 5º, XVII e XVIII, e 37, *caput*, da CF/88<sup>57</sup>); iii) descumprimento do dever de licitação (arts. 22, XXVII, 37, XXI, e 175 da CF/88<sup>58</sup>); iv) ofensa aos princípios da legalidade e do concurso público na gestão de pessoal (arts. 37, inciso II e X, e 169 da CF/88<sup>59</sup>); v) descumprimento de direitos previdenciários dos servidores (art. 40, *caput* e § 4º, da CF/88<sup>60</sup>); vi) insubmissão a controles externos (arts. 70 71 e 74 da CF/88<sup>61</sup>); e vii) restrição da atuação do Ministério Público (art. 129 da CF/88<sup>62</sup>).

Como partes requeridas, figuraram a Presidente da República e o Congresso Nacional. Ingressaram como interessados a Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência (SBPC) e a Academia Brasileira de Ciências (ABC), entidades que defenderam a constitucionalidade das leis questionadas, bem como o Sindicato dos Trabalhadores Públicos de Saúde no Estado de São Paulo (Sindsaúde/SP) e o Sindicato Nacional dos Docentes das Instituições de Ensino Superior, os quais sustentaram a inviabilidade do modelo institucional das organizações sociais.

### 3.1 Questões jurídicas controversas

#### 3.1.1 Transferência de atribuições do Poder Público para entidades privadas

A ADIN 1.923/DF é instrumento por meio do qual é questionada a constitucionalidade do art. 1º da Lei 9.637/98<sup>63</sup>, o qual permite a qualificação como organização social de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, que desenvolvam atividades voltadas ao ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde.

Conjuntamente com esse dispositivo legal, também são alvo de contestação os arts. 18 e 20 da referida lei, que dispõem a respeito da absorção, por parte das organizações sociais, de atividades desenvolvidas por entidades ou órgãos públicos da União.

---

<sup>57</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2010. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 17 jun. 2015.

<sup>58</sup> *Ibidem*

<sup>59</sup> *Ibidem*

<sup>60</sup> *Ibidem*

<sup>61</sup> *Ibidem*

<sup>62</sup> *Ibidem*

<sup>63</sup> BRASIL. *Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998*. Brasília, 1998. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19637.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19637.htm)>. Acesso em: 17 jun. 2015.

Defende-se que a interpretação conjunta dos arts. 1º, 18 e 20 da Lei 9.637/98<sup>64</sup> aponta para a transferência da prestação de serviços públicos para a iniciativa privada, representada pelas organizações sociais, em que pese estarem sendo oferecidos à sociedade pelo Poder Público por meio dos órgãos e entidades declarados como extintos pela lei.

A lei estaria inquinada de inconstitucionalidade por ofender diversos dispositivos constitucionais, especificamente aqueles que estabelecem o dever do Estado em prestar serviços públicos nas áreas da saúde, educação, acesso à ciência e proteção ao meio ambiente e ao patrimônio histórico.

Nesse sentido, haveria afronta aos arts. 196 e 197 da CF/88<sup>65</sup>, os quais estabelecem a saúde como dever do Estado e a relevância pública das ações e serviços afetos a esse tema. Do mesmo modo, os arts. 205 e 208 da CF/88<sup>66</sup>, referentes à instituição da educação como dever do Estado, não estariam sendo respeitados pela Lei 9.637/98<sup>67</sup>.

Segundo os autores da ADIN 1.923/DF, a prestação de serviços públicos relativos à cultura pelas organizações sociais por meio de contratos de gestão contrariaria as disposições da CF/88 contidas nos arts. 215 e 216<sup>68</sup>, mediante as quais recai ao Estado o dever de garantir o pleno exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes de cultura nacional, de incentivar a valorização e difusão de manifestações culturais, bem como de promover e proteger o patrimônio cultural brasileiro.

Ainda, a permissão para a transferência de atividades de pesquisa científica e desenvolvimento tecnológico iria contra o art. 218 da CF/88<sup>69</sup>, uma vez que esse dispositivo atribui ao Estado o dever de promover e incentivar esse tipo de atividade. No mesmo sentido de afronta à Carta Magna, entretanto com relação ao art. 225, segundo o qual se impõe ao Poder Público o dever de proteger e preservar o meio ambiente, recairia a parte do art. 1º da

---

<sup>64</sup> BRASIL. *Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998*. Brasília, 1998. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19637.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19637.htm)>. Acesso em: 17 jun. 2015.

<sup>65</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2010. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 17 jun. 2015.

<sup>66</sup> *Ibidem*

<sup>67</sup> *Ibidem*

<sup>68</sup> *Ibidem*

<sup>69</sup> *Ibidem*

Lei 9.637/98<sup>70</sup> relativa à prestação de serviços públicos relativos à proteção e preservação do meio ambiente.

Em resumo, para os autores da ADIN 1.923/DF, a permissão da Lei 9.637/98<sup>71</sup> para a transferência de recursos, servidores e bens públicos a particulares configuraria substituição da atuação da Administração Pública.

Desse modo, a criação das organizações sociais seria tentativa de fugir do sistema jurídico de direito público, uma vez que as atividades previstas no art. 1º da lei, quando exercidas pelo Poder Público, apresentam natureza de serviço público, sendo submetidas, portanto, ao regime de direito público, ao passo que, ao serem prestadas por particular, configuram-se como atividade econômica em sentido estrito e se sujeitam ao regime de direito privado.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>72</sup> afirma que há prestação de serviço público pelas organizações sociais, e não exercício de atividade de natureza privada com incentivo do Poder Público, no caso de absorção de atividade de entidade federal extinta na área da saúde. Por isso, estariam submetidas ao regramento constitucional e legal que regem a Administração Pública.

O óbice constitucional à transferência da prestação dos serviços públicos seria a previsão dos serviços sociais como dever do Estado e, por conseguinte, como serviços públicos.

Para a autora, a intenção do legislador ordinário, ao editar a Lei das Organizações Sociais, é “instituir um mecanismo de fugir ao regime jurídico de direito público a que se submete a Administração Pública” e “mascarar uma situação que, sob todos os aspectos, estaria sujeita ao direito público” porque os mesmos servidores e materiais disponíveis passam a prestar os mesmos serviços para a população, só que por meio de uma pessoa jurídica de direito privado.

Lúcia Valle Figueiredo<sup>73</sup> alega que a inconstitucionalidade do Programa Nacional de Publicização decorre da pretensão do Estado de transferir suas funções essenciais para pessoas jurídicas de direito privado, que utilizarão recursos estatais.

---

<sup>70</sup> BRASIL. *Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998*. Brasília, 1998. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19637.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19637.htm)>. Acesso em: 17 jun. 2015.

<sup>71</sup> *Ibidem*

<sup>72</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

<sup>73</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>74</sup> assevera que os serviços passíveis de prestação pelas organizações sociais são deveres do Estado, o que os torna insuscetíveis de transferência a qualquer ente. O Estado não poderia se eximir da prestação dos serviços indicados como seu dever na Constituição Federal.

A extinção de entidades públicas prestadoras de serviços sociais com a consequente transferência de suas atribuições para organizações sociais, representadas por entidades particulares, configura substituição dos deveres do Estado, repassados aos entes privados. As atividades passam a ser executadas por particulares utilizando os mesmos recursos antes empregados pelo Poder Público.

Não é problema a prestação desses serviços públicos por entes privados, mas sim a Administração Pública eximir-se de colocá-los a disposição da sociedade, transferindo sua responsabilidade completa para a esfera particular. É completamente possível a coexistência da prestação desses serviços tanto pelo Poder Público quanto por entidades privadas.

Bastos<sup>75</sup> sintetiza que não estaria configurada parceria entre público e privado, e sim a substituição do primeiro pelo segundo para prestação desses serviços.

Assim, a Lei 9.637/98<sup>76</sup> seria inconstitucional ante a impossibilidade de o Poder Público transferir totalmente para a esfera particular sua responsabilidade por prestar serviços públicos. Afirma que o Estado auferiria vantagens inerentes à forma de propriedade privada.

A Lei 9.637/98<sup>77</sup> violaria os arts. 196, 205, 215, 216, §§ 1º e 2º, 218, § 1º, e 225 da CF/88<sup>78</sup>, que tratam, respectivamente, da saúde, educação, cultura, desenvolvimento científico, pesquisa e capacitação tecnológica e proteção e preservação do meio ambiente.

Afirma que as cinco áreas em que as organizações sociais podem desenvolver suas atividades imporiam, por expressa disposição constitucional, dever ao Estado de proteção aos

---

<sup>74</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

<sup>75</sup> BASTOS, Lília Flores de Araújo. Contratos de gestão celebrados pelo poder público com organizações sociais no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, ano 12, ed. esp., p. 212-347, dez 2004. Disponível em: <[http://www.escolamp.org.br/ARQUIVOS/REVISTA\\_MONOGRAFIAS\\_TX04.PDF](http://www.escolamp.org.br/ARQUIVOS/REVISTA_MONOGRAFIAS_TX04.PDF)>. Acesso em: 17 jun. 2015.

<sup>76</sup> BRASIL. *Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998*. Brasília, 1998. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19637.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19637.htm)>. Acesso em: 17 jun. 2015.

<sup>77</sup> *Ibidem*

<sup>78</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2010. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 17 jun. 2015.

direitos dos cidadãos a elas relacionados. Os particulares poderiam participar dessas atividades, complementados com recursos próprios, mas o exercício dessas atividades pela iniciativa privada não poderia ocorrer pela mera transferência de recursos materiais e humanos que já se destinavam à prestação dos mesmos serviços pelo Poder Público.

No voto do Ministro Luiz Fux<sup>79</sup>, designado para lavrar o acórdão que registrou o julgamento da ADIN 1.923/DF, consignou-se que a Constituição Federal prevê que as atividades de saúde, educação, cultura, desporto e lazer, ciência e tecnologia, e meio ambiente são deveres do Estado e da sociedade, de modo que são livres à iniciativa privada.

Além do mais, registrou-se que, ainda que particulares prestem diretamente esses serviços por direito próprio, configuram-se como serviços públicos, entendimento cujo precedente assenta-se na ADIN 1266, de Relatoria do Ministro Eros Grau.

Nesse sentido e também considerando que a Lei 9.637/98<sup>80</sup> não delega serviços públicos às organizações sociais, concluiu-se pela inaplicabilidade do art. 175 da CF/88<sup>81</sup>, o qual prevê a delegação de serviços públicos por permissão ou concessão precedidas de licitação, já que essa regra dirige-se aos serviços públicos exclusivos ou privativos, aqueles que somente podem ser prestados pelo Estado.

O Ministro Luiz Fux asseverou entendimento de que a Lei 9.637/98<sup>82</sup> pretendeu instituir sistema de fomento e incentivo para que tais atividades fossem desempenhadas de

---

<sup>79</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. 1. Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Constitucional. 3. Administrativo. 4. Terceiro setor. 5. Marco legal das organizações sociais. 6. Lei nº 9.637/98 e nova redação, conferida pela Lei nº 9.648/98, ao art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93. 7. Moldura constitucional da intervenção do Estado no domínio econômico e social. 8. Serviços públicos sociais. 9. Saúde (art. 199, *caput*), educação (art. 209, *caput*), cultura (art. 215), desporto e lazer (art. 217), ciência e tecnologia (art. 218) e meio ambiente (art. 225). 10. Atividades cuja titularidade é compartilhada entre o Poder Público e a sociedade. 11. Disciplina de instrumento de colaboração público-privada. 12. Intervenção indireta. 13. Atividade de fomento público. 14. Inexistência de renúncia aos deveres estatais de agir. 15. Margem de conformação constitucionalmente atribuída aos agentes políticos democraticamente eleitos. 16. Princípios da consensualidade e da participação. 17. Inexistência de violação ao art. 175, *caput*, da Constituição. 18. Extinção pontual de entidades públicas que apenas concretiza o novo modelo. 19. Indiferença do fator temporal. 20. Inexistência de violação ao dever constitucional de licitação (CF, art. 37, XXI). 21. Procedimento de qualificação que configura hipótese de credenciamento. 22. Competência discricionária que deve ser submetida aos princípios constitucionais da publicidade, moralidade, eficiência e impessoalidade, à luz de critérios objetivos (CF, art. 37, *caput*). *Voto vista do Ministro Luiz Fux*. Requerentes: Partido dos Trabalhadores (PT) e Partido Democrático Trabalhista (PDT). Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. 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: 16 set. 2015.

<sup>80</sup> BRASIL. *Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998*. Brasília, 1998. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19637.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19637.htm)>. Acesso em: 17 jun. 2015.

<sup>81</sup> *Ibidem*

<sup>82</sup> *Ibidem*

modo eficiente pelos particulares, por meio de colaboração público-privada instrumentalizada pelo contrato de gestão.

Também, afirmou que cabe aos agentes eleitos definir o modelo de atuação mais adequado ao projeto político vencedor do pleito eleitoral, ou seja, qual modelo de intervenção, seja direta ou indireta, mostra-se mais eficaz para o atingimento das metas coletivas almejadas pela sociedade. Assim, não há inconstitucionalidade na opção, manifestada por meio da Lei 9.637/98<sup>83</sup>, pelo foco no fomento para promover a prestação dos serviços sociais, já que a CF/88<sup>84</sup> não exige que o Poder Público atue de forma direta, sendo válida a atuação indireta.

O Ministro<sup>85</sup> conclui que:

“Portanto, o Poder Público não renunciou aos seus deveres constitucionais de atuação nas áreas de saúde, educação, proteção ao meio ambiente, patrimônio histórico e acesso à ciência, mas apenas colocou em prática uma opção válida por intervir de *forma indireta* para o cumprimento de tais deveres, através do fomento e da regulação.”

Nesse sentido, a extinção do Laboratório Nacional de Luz Síncron e da Fundação Roquette Pinto, por meio do art. 21 da Lei 9.637/98<sup>86</sup>, constituiria opção pelo fomento e, sendo assim, não vulneraria a CF/88<sup>87</sup>.

---

<sup>83</sup> BRASIL. *Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998*. Brasília, 1998. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9637.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9637.htm)>. Acesso em: 17 jun. 2015.

<sup>84</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2010. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 17 jun. 2015.

<sup>85</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. 1. Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Constitucional. 3. Administrativo. 4. Terceiro setor. 5. Marco legal das organizações sociais. 6. Lei nº 9.637/98 e nova redação, conferida pela Lei nº 9.648/98, ao art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93. 7. Moldura constitucional da intervenção do Estado no domínio econômico e social. 8. Serviços públicos sociais. 9. Saúde (art. 199, *caput*), educação (art. 209, *caput*), cultura (art. 215), desporto e lazer (art. 217), ciência e tecnologia (art. 218) e meio ambiente (art. 225). 10. Atividades cuja titularidade é compartilhada entre o Poder Público e a sociedade. 11. Disciplina de instrumento de colaboração público-privada. 12. Intervenção indireta. 13. Atividade de fomento público. 14. Inexistência de renúncia aos deveres estatais de agir. 15. Margem de conformação constitucionalmente atribuída aos agentes políticos democraticamente eleitos. 16. Princípios da consensualidade e da participação. 17. Inexistência de violação ao art. 175, *caput*, da Constituição. 18. Extinção pontual de entidades públicas que apenas concretiza o novo modelo. 19. Indiferença do fator temporal. 20. Inexistência de violação ao dever constitucional de licitação (CF, art. 37, XXI). 21. Procedimento de qualificação que configura hipótese de credenciamento. 22. Competência discricionária que deve ser submetida aos princípios constitucionais da publicidade, moralidade, eficiência e impessoalidade, à luz de critérios objetivos (CF, art. 37, *caput*). *Voto vista do Ministro Luiz Fux*. Requerentes: Partido dos Trabalhadores (PT) e Partido Democrático Trabalhista (PDT). Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. 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: 16 set. 2015.

<sup>86</sup> *Ibidem*

<sup>87</sup> *Ibidem*

Diante desses argumentos, Ministro Luiz Fux afasta a suposta afronta ao art. 175 da CF/88<sup>88</sup> e a inconstitucionalidade dos arts. 18 a 22 da Lei 9.637/98<sup>89</sup>.

### 3.1.2 Qualificação como organização social e celebração de contrato de gestão

A qualificação como organização social, possível somente para pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, que exerçam atividades voltadas ao ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde, conforme o art. 1º da Lei 9.637/98<sup>90</sup>, e a celebração de contrato de gestão são procedimentos necessários para o fomento e execução dessas atividades, conforme art. 5º da mesma lei.

Para receber a qualificação, essas entidades devem atender, também, aos requisitos formais estabelecidos no art. 2º, inc. I, da aludida lei. Trata-se de ato praticado em razão da discricionariedade (juízo de oportunidade e conveniência) do Poder Executivo, conforme o inc. II do art. 2º da Lei 9.637/98<sup>91</sup>.

A partir da qualificação como organizações sociais, essas entidades são declaradas como de interesse social e utilidade pública (art. 11), além do que, com a celebração do contrato de gestão, é possibilitada a destinação de recursos orçamentários e de bens públicos a essas entidades (art. 12).

Além do mais, é possível a permuta dos bens móveis públicos permitidos para uso por outros de igual ou maior valor, devendo haver avaliação prévia do bem, autorização expressa do Poder Público e incorporação dos novos bens ao patrimônio da União (art. 13).

Segundo a lei, não se faz necessário realizar licitação previamente à qualificação da pessoa jurídica de direito privado como organização social e à celebração de contratos de gestão entre essas entidades e a Administração Pública. Por conseguinte, a destinação de recursos orçamentários e de bens públicos, bem como a permuta de bens móveis públicos, não são precedidas de certame licitatório.

---

<sup>88</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2010. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 17 jun. 2015.

<sup>89</sup> BRASIL. *Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998*. Brasília, 1998. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19637.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19637.htm)>. Acesso em: 17 jun. 2015.

<sup>90</sup> *Ibidem*

<sup>91</sup> *Ibidem*

Os permissivos legais em comento são objeto de questionamento constitucional por intermédio da ADIN 1.923/DF, pela qual se defende haver ofensa ao art. 37, XXI, da CF/88<sup>92</sup>:

“XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

Nessa esteira, também seria infringido o comando constitucional disposto no art. 22, inciso XXVII<sup>93</sup>, no sentido de que a competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação deve observar o art. 37, inciso XXI.

A ação direta de inconstitucionalidade também aponta que a Lei 9.637/98<sup>94</sup> não observa, ainda, o art. 175 da CF/88<sup>95</sup>, segundo o qual “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>96</sup> defende ser indispensável licitação, uma vez que a grande intenção da lei é extinguir o ente público que presta serviços e autorizar a absorção da atividade por ente privado, juntamente com recursos materiais e humanos. Assim, seria necessário procedimento prévio que assegurasse o princípio da isonomia entre todos os interessados na celebração do contrato de gestão.

Além do mais, defende que é necessária licitação prévia à cessão de recursos orçamentários e bens públicos para as organizações sociais a fim de possibilitar a verificação da idoneidade financeira e a qualificação técnica dessas pessoas jurídicas. A avaliação desses dois aspectos configura a habilitação prévia dos licitantes, exigida no caso dos contratos administrativos, cuja não realização não se justifica no caso da Lei 9.637/98<sup>97</sup>.

<sup>92</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2010. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 17 jun. 2015.

<sup>93</sup> *Ibidem*

<sup>94</sup> BRASIL. *Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998*. Brasília, 1998. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19637.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19637.htm)>. Acesso em: 17 jun. 2015.

<sup>95</sup> *Ibidem*

<sup>96</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

<sup>97</sup> BRASIL. *Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998*. Brasília, 1998. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19637.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19637.htm)>. Acesso em: 17 jun. 2015.

Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>98</sup> afirma que haveria inconstitucionalidade na prática de celebração de contrato de gestão com organização social sem licitação prévia tendo em vista não haver cautela na contratação, o que não está de acordo com os princípios da impessoalidade e moralidade e, por conseguinte, não protege o interesse público.

Para o autor, essa prática afasta os princípios constitucionais da licitação (art. 37, inc. XXI, CF/88<sup>99</sup>) e da isonomia (art. 5º, CF/88<sup>100</sup>), já que a ausência de licitação apenas é possível nos casos que apresentem indiscutíveis razões para a exceção.

Para Raquel Carvalho<sup>101</sup>, a celebração de contrato de gestão com as organizações sociais sem prévio certame licitatório atenta contra os princípios constitucionais da isonomia, impessoalidade e economicidade. Ademais, argumenta que o princípio da indisponibilidade do Poder Público veda qualquer contratação sem prévia verificação das condições para cumprimento das obrigações que serão impostas, da idoneidade patrimonial e financeira para celebração do contrato.

Defende ainda que, apesar da inexistência de outras organizações sociais interessadas em firmar o contrato de gestão, não se justifica a exclusão do dever de licitar. Caso se verifique a competição inviável, por inexistir mais de uma entidade interessada, seria a hipótese de inexigibilidade de licitação ou, se, durante o certame, somente uma organização social manifestasse interesse, seria o caso de licitação deserta, que é hipótese de dispensa de licitação.

Bastos<sup>102</sup> entende que a não realização de licitação previamente à qualificação como organização social e à celebração de contrato de gestão impediria o tratamento igualitário e geraria, por conseguinte, a diferenciação discriminatória entre as pessoas jurídicas de direito privado e entre as organizações sociais interessadas em firmar contrato de gestão.

---

<sup>98</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

<sup>99</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2010. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 17 jun. 2015.

<sup>100</sup> *Ibidem*

<sup>101</sup> CARVALHO, Raquel. *Contrato de gestão e organização social*. Salvador, 2003. Disponível em: <<http://www.praetorium.com.br>>. Acesso em: 17 jun. 2015.

<sup>102</sup> BASTOS, Lília Flores de Araújo. Contratos de gestão celebrados pelo poder público com organizações sociais no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, ano 12, ed. esp., p. 212-347, dez 2004. Disponível em: <[http://www.escolamp.org.br/ARQUIVOS/REVISTA\\_MONOGRAFIAS\\_TX04.PDF](http://www.escolamp.org.br/ARQUIVOS/REVISTA_MONOGRAFIAS_TX04.PDF)>. Acesso em: 17 jun. 2015.

Desse modo, assevera que a ausência de certame licitatório constitui afronta aos princípios constitucionais da isonomia, da impessoalidade e da obrigatoriedade da licitação, bem como facilita a prática de corrupção e o protecionismo administrativo.

O Ministro Luiz Fux<sup>103</sup>, no voto condutor, afasta a incidência do art. 37, inc. XXI, da CF/88 (dever de licitar) com relação ao procedimento de qualificação como organização social, uma vez que tal ato não configura contratação no sentido próprio do termo, e quanto à celebração de contrato de gestão entre essas entidades e o Poder Público, já que não consiste em contrato administrativo, e sim em convênio.

O Ministro esclarece que a qualificação consiste na atribuição de título jurídico de legitimação da entidade para celebrar contrato de gestão, que passa a fruir, depois, determinados benefícios, ao tempo que explana não ocorrer, no contrato de gestão, contraposição de interesses, com feição comutativa e com intuito lucrativo, tal como acontece nos contratos administrativos.

Sobre a etapa de qualificação, elucida que não há disputa ou competição entre as pessoas jurídicas de direito privado interessadas, já que todas que satisfizerem os requisitos impostos pelo art. 2º, inc. I, da Lei 9.637/98<sup>104</sup> poderão alcançar o mesmo título jurídico, alcançando o mesmo objetivo de modo incluyente, e não excluyente.

---

<sup>103</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. 1. Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Constitucional. 3. Administrativo. 4. Terceiro setor. 5. Marco legal das organizações sociais. 6. Lei nº 9.637/98 e nova redação, conferida pela Lei nº 9.648/98, ao art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93. 7. Moldura constitucional da intervenção do Estado no domínio econômico e social. 8. Serviços públicos sociais. 9. Saúde (art. 199, *caput*), educação (art. 209, *caput*), cultura (art. 215), desporto e lazer (art. 217), ciência e tecnologia (art. 218) e meio ambiente (art. 225). 10. Atividades cuja titularidade é compartilhada entre o Poder Público e a sociedade. 11. Disciplina de instrumento de colaboração público-privada. 12. Intervenção indireta. 13. Atividade de fomento público. 14. Inexistência de renúncia aos deveres estatais de agir. 15. Margem de conformação constitucionalmente atribuída aos agentes políticos democraticamente eleitos. 16. Princípios da consensualidade e da participação. 17. Inexistência de violação ao art. 175, *caput*, da Constituição. 18. Extinção pontual de entidades públicas que apenas concretiza o novo modelo. 19. Indiferença do fator temporal. 20. Inexistência de violação ao dever constitucional de licitação (CF, art. 37, XXI). 21. Procedimento de qualificação que configura hipótese de credenciamento. 22. Competência discricionária que deve ser submetida aos princípios constitucionais da publicidade, moralidade, eficiência e impessoalidade, à luz de critérios objetivos (CF, art. 37, *caput*). *Voto vista do Ministro Luiz Fux*. Requerentes: Partido dos Trabalhadores (PT) e Partido Democrático Trabalhista (PDT). Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. 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: 16 set. 2015.

<sup>104</sup> BRASIL. Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998. Brasília, 1998. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19637.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19637.htm)>. Acesso em: 17 jun. 2015.

O Ministro Luiz Fux tece considerações acerca da condição estabelecida pelo art. 2º, inc. II, da Lei 9.637/98<sup>105</sup>, segundo o qual a qualificação como organização social sujeita-se à conveniência e oportunidade do Poder Executivo. Expõe que tal competência administrativa não configura violação constitucional, exceto se interpretada como permissivo para a prática de arbitrariedades, o que permitiria dirigir contratos de gestão a determinadas organizações sociais e, assim, criar redutos de favorecimento.

No que tange a etapa de celebração do contrato de gestão, informa que, por meio desse instrumento, o Poder Público e a entidade privada constituída para atuar sem finalidade lucrativa nas áreas elencadas no art. 1º da Lei 9.637/98<sup>106</sup> pretendem alcançar mesma finalidade: prestar serviços de saúde, educação, cultura, desporto e lazer, meio ambiente e ciência e tecnologia.

Conclui afirmando que a firtatura de contrato de gestão entre o Poder Público e as organizações sociais deve ser conduzida de forma pública, impessoal e por critérios objetivos, em que pese não se submeter formalmente à licitação, em razão da incidência direta dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública.

### 3.1.3 Cessão de servidores públicos

As contestações oferecidas mediante a ADIN 1.923/DF atacam, também, a cessão de servidores públicos às organizações sociais com ônus para a Administração Pública.

A cessão de servidores públicos às organizações sociais com ônus para a Administração Pública, que é uma vantagem para as organizações sociais que celebram contrato de gestão, seria impossível sob a ótica da ADIN 1.923/DF, uma vez que os arts. 12, § 2º, e 14 da Lei 9.627/98<sup>107</sup> estariam inquinados de inconstitucionalidade.

O art. 12, § 2º, da Lei 9.637/98<sup>108</sup> estabelece a possibilidade de adição, aos créditos orçamentários destinados ao custeio do contrato de gestão, de recursos para compensar o desligamento de servidor cedido, desde que haja justificativa expressa da necessidade pela organização social.

---

<sup>105</sup> BRASIL. *Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998*. Brasília, 1998. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19637.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19637.htm)>. Acesso em: 17 jun. 2015.

<sup>106</sup> *Ibidem*

<sup>107</sup> *Ibidem*

<sup>108</sup> *Ibidem*

Também, o art. 14 da lei permite a cessão especial, com ônus para a origem, de servidor público para as organizações sociais, bem como estabelece outras regras relativas ao assunto, tais como a não incorporação aos vencimentos originais do servidor cedido de qualquer vantagem pecuniária percebida por essas entidades (§ 1º); a não permissão de pagamento de vantagem pecuniária permanente com recursos provenientes do contrato de gestão a servidor cedido, ressalvado o adicional de função temporária de direção e assessoria (§ 2º); e o recebimento, pelo servidor cedido, das vantagens a que fizer jus no órgão de origem, caso ocupe cargo de primeiro ou segundo escalão na organização social (§ 3º).

Tais dispositivos são tidos como inconstitucionais em razão da impossibilidade de o Poder Público ceder servidores a particulares, conforme estabelecem os arts. 37, *caput* e incs. II e X, 39, 84, inc. II, e 169, todos da CF/88<sup>109</sup>.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>110</sup> alega que as limitações a que estão sujeitos os servidores públicos, tais como sujeição ao concurso público, ao teto salarial, à proibição de acumulação de cargos, dentre outras, não se verificam quando esse servidor passa a trabalhar numa organização social.

Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>111</sup> entende que a cessão de servidores públicos para as organizações sociais viola o direito desses ao vínculo de trabalho com a Administração Pública, de modo que não podem ser obrigados a trabalhar em entidades privadas em razão de terem prestado concurso para laborar em entidades estatais. Ademais, o Estado não pode ser o provedor de pessoal de entidades particulares.

Conforme Bastos<sup>112</sup>, os arts. 37 e 39 da CF/88<sup>113</sup> disciplinam regras relativas à investidura em cargos e empregos públicos e à política de administração e remuneração de pessoal. Entende que, da análise dos dispositivos, se conclui que o servidor público deve trabalhar no âmbito da Administração Pública e não em pessoa jurídica de direito privado qualificada como organização social, de modo que o servidor que trabalhar em uma organização

<sup>109</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2010. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 17 jun. 2015.

<sup>110</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

<sup>111</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

<sup>112</sup> BASTOS, Lília Flores de Araújo. Contratos de gestão celebrados pelo poder público com organizações sociais no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, ano 12, ed. esp., p. 212-347, dez 2004. Disponível em: <[http://www.escolamp.org.br/ARQUIVOS/REVISTA\\_MONOGRAFIAS\\_TX04.PDF](http://www.escolamp.org.br/ARQUIVOS/REVISTA_MONOGRAFIAS_TX04.PDF)>. Acesso em: 17 jun. 2015.

<sup>113</sup> *Ibidem*

social não mais estará subordinado ao Presidente da República, quebrando o princípio hierárquico proposto no art. 84, inc. II, da Carta Magna<sup>114</sup>.

Para a autora, a prática de gestão de pessoal permitida pela Lei 9.637/98<sup>115</sup> violaria os princípios da legalidade (art. 37, *caput*, da CF/88<sup>116</sup>) e da obrigatoriedade de realização de concurso público para provimento de cargos e empregos públicos (art. 37, inc. II, da CF/88<sup>117</sup>).

A necessidade de realização de concurso público para prover os cargos e empregos públicos é burlada com a transferência de serviços públicos para as organizações sociais, nas quais a escolha de pessoal para trabalhar, remunerado com verbas públicas, é realizada sem critério objetivo nem respeito ao princípio da impessoalidade.

O art. 169, § 1º, da CF/88<sup>118</sup>, que estabelece que a concessão de vantagem ou aumento de remuneração pelos órgãos e entidades da administração direta e indireta, bem como pelas fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, somente é possível mediante dotação orçamentária suficiente e autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, é violado pelos arts. 4º, inc. V, e 7º, inc. II, da Lei 9.637/98<sup>119</sup>, os quais estabelecem a atribuição do conselho de administração para fixar a remuneração dos membros da diretoria e que os limites e critérios para despesas com remuneração e vantagens de qualquer natureza serão estipulados no contrato de gestão.

---

<sup>114</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2010. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 17 jun. 2015.

<sup>115</sup> BRASIL. *Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998*. Brasília, 1998. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19637.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19637.htm)>. Acesso em: 17 jun. 2015.

<sup>116</sup> *Ibidem*

<sup>117</sup> *Ibidem*

<sup>118</sup> *Ibidem*

<sup>119</sup> *Ibidem*

Em seu voto, o Ministro Luiz Fux<sup>120</sup> consigna que na Lei 9.637/98<sup>121</sup> não há qualquer violação à CF/88<sup>122</sup> com relação aos servidores públicos cedidos, não havendo inconstitucionalidade no art. 14 da lei.

Entende que as organizações sociais não estão sujeitas às regras formais dos incisos do art. 37 da CF/88, mas sim ao núcleo essencial dos princípios definidos no *caput*, o qual deve ser compatibilizado com as características mais flexíveis do setor privado. Nesse sentido, o procedimento de seleção de pessoal deve ocorrer de modo impessoal e objetivo, porém sem os rigores do concurso público.

O Ministro assevera que não há como incidir a regra do art. 37, inc. II, da CF/88<sup>123</sup>, uma vez que as organizações sociais não são entidades da administração indireta.

#### 3.1.4 Fiscalização dos contratos de gestão celebrados com organizações sociais

De acordo com os autores da ADIN 1.923/DF, as atribuições privativas conferidas ao conselho de administração das organizações sociais evidenciam a tentativa de afastar a fiscalização empreendida pelos Tribunais de Contas e Ministério Público, o que ofenderia os arts. 70, 71, 74 e 129 da CF/88<sup>124</sup>.

---

<sup>120</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. 1. Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Constitucional. 3. Administrativo. 4. Terceiro setor. 5. Marco legal das organizações sociais. 6. Lei nº 9.637/98 e nova redação, conferida pela Lei nº 9.648/98, ao art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93. 7. Moldura constitucional da intervenção do Estado no domínio econômico e social. 8. Serviços públicos sociais. 9. Saúde (art. 199, *caput*), educação (art. 209, *caput*), cultura (art. 215), desporto e lazer (art. 217), ciência e tecnologia (art. 218) e meio ambiente (art. 225). 10. Atividades cuja titularidade é compartilhada entre o Poder Público e a sociedade. 11. Disciplina de instrumento de colaboração público-privada. 12. Intervenção indireta. 13. Atividade de fomento público. 14. Inexistência de renúncia aos deveres estatais de agir. 15. Margem de conformação constitucionalmente atribuída aos agentes políticos democraticamente eleitos. 16. Princípios da consensualidade e da participação. 17. Inexistência de violação ao art. 175, *caput*, da Constituição. 18. Extinção pontual de entidades públicas que apenas concretiza o novo modelo. 19. Indiferença do fator temporal. 20. Inexistência de violação ao dever constitucional de licitação (CF, art. 37, XXI). 21. Procedimento de qualificação que configura hipótese de credenciamento. 22. Competência discricionária que deve ser submetida aos princípios constitucionais da publicidade, moralidade, eficiência e impessoalidade, à luz de critérios objetivos (CF, art. 37, *caput*). *Voto vista do Ministro Luiz Fux*. Requerentes: Partido dos Trabalhadores (PT) e Partido Democrático Trabalhista (PDT). Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. 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: 16 set. 2015.

<sup>121</sup> BRASIL. *Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998*. Brasília, 1998. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19637.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19637.htm)>. Acesso em: 17 jun. 2015.

<sup>122</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2010. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 17 jun. 2015.

<sup>123</sup> *Ibidem*

<sup>124</sup> *Ibidem*

O art. 4º da Lei 9.637/98<sup>125</sup> estabelece, no inciso X, competência ao conselho de administração das organizações sociais para fiscalizar o cumprimento das diretrizes e metas definidas por meio do contrato de gestão. Além do mais, compete ao conselho aprovar os demonstrativos financeiros e contábeis, bem como as contas anuais da entidade, com auxílio da auditoria externa.

Esse comando legal não poderia afastar os dispositivos constitucionais que estabelecem mecanismos de controle, uma vez que as organizações sociais representam pessoas jurídicas de direito privado que recebem recursos públicos e, sendo assim, inserem-se na jurisdição dos Tribunais de Contas e do Ministério Público, aos quais compete verificar a legalidade da aplicação dos recursos.

Segundo estudo elaborado pela Escola Nacional de Administração Pública (Enap)<sup>126</sup>, o controle interno do Poder Executivo possui estrutura para fiscalizar somente a legalidade e a conformidade dos atos administrativos, incluindo a utilização de recursos públicos. Sendo assim, não realiza fiscalização sob o enfoque da eficiência, de modo a verificar o alcance de metas, a materialização de planos e o atingimento de resultados.

A partir dessa informação, é possível defender que não se deve afastar a incidência da realização de controle externo por parte dos Tribunais de Contas e Ministério Público sobre os contratos de gestão celebrados com as organizações sociais, sob pena de não haver verificação acerca da eficiência dos serviços públicos prestados por essas entidades, assim como do cumprimento dos objetivos, metas e resultados pactuados mediante esses ajustes.

Bastos<sup>127</sup> entende que o controle externo não pode ser afastado com o contrato de gestão, apesar do estabelecimento de controle *a posteriori*, uma vez que as organizações sociais celebrantes recebem verbas e bens públicos. A autora aponta que um possível problema seria a forma de realizar controle por resultados, por não haver estrutura legalmente prevista para isso.

---

<sup>125</sup> BRASIL. *Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998*. Brasília, 1998. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19637.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19637.htm)>. Acesso em: 17 jun. 2015.

<sup>126</sup> ESCOLA NACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. *O contrato de gestão no serviço público*. 1993.

<sup>127</sup> BASTOS, Lília Flores de Araújo. Contratos de gestão celebrados pelo poder público com organizações sociais no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, ano 12, ed. esp., p. 212-347, dez 2004. Disponível em: <[http://www.escolamp.org.br/ARQUIVOS/REVISTA\\_MONOGRAFIAS\\_TX04.PDF](http://www.escolamp.org.br/ARQUIVOS/REVISTA_MONOGRAFIAS_TX04.PDF)>. Acesso em: 17 jun. 2015.

No voto de lavra do Ministro Luiz Fux, o qual conduziu a votação da ADIN 1.923/DF<sup>128</sup>, restou asseverado que as competências previstas na Lei 9.637/98 para o Conselho de Administração das organizações sociais referem-se à estrutura interna das entidades e, sendo assim, não poderia suprimir a atuação dos Tribunais de Contas.

No mesmo sentido, afastou qualquer restrição às ações do Ministério Público sobre as organizações sociais, sob o argumento de que o art. 10 da Lei 9.637/98 estabelece dever de representação dos responsáveis pela fiscalização, o que não impede a atuação *ex officio* do *parquet*.

Interessante anotar que o Ministro Luiz Fux registrou, ainda, a submissão das organizações sociais a eventuais sanções decorrentes de atos de improbidade administrativa. No entanto, condicionou tal sujeição, bem como a atuação dos Tribunais de Contas e do Ministério Público, ao recebimento de benefícios decorrentes do contrato de gestão por parte das organizações sociais, já que essas entidades não são obrigadas a recebê-los.

### 3.2 Julgamento final da ação

A ADIN 1.923/DF foi julgada parcialmente procedente pelo STF, no dia 16/04/2015, por meio de decisão tomada pela maioria dos ministros, em que prevaleceu o entendimento de que as normas que dispensam licitação para contratos de gestão celebrados entre a Administração Pública e as organizações sociais, objetivando a prestação de serviços públicos de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação ao meio ambiente, cultura e saúde, devem ser interpretadas conforme a Constituição.

---

<sup>128</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. 1. Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Constitucional. 3. Administrativo. 4. Terceiro setor. 5. Marco legal das organizações sociais. 6. Lei nº 9.637/98 e nova redação, conferida pela Lei nº 9.648/98, ao art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93. 7. Moldura constitucional da intervenção do Estado no domínio econômico e social. 8. Serviços públicos sociais. 9. Saúde (art. 199, *caput*), educação (art. 209, *caput*), cultura (art. 215), desporto e lazer (art. 217), ciência e tecnologia (art. 218) e meio ambiente (art. 225). 10. Atividades cuja titularidade é compartilhada entre o Poder Público e a sociedade. 11. Disciplina de instrumento de colaboração público-privada. 12. Intervenção indireta. 13. Atividade de fomento público. 14. Inexistência de renúncia aos deveres estatais de agir. 15. Margem de conformação constitucionalmente atribuída aos agentes políticos democraticamente eleitos. 16. Princípios da consensualidade e da participação. 17. Inexistência de violação ao art. 175, *caput*, da Constituição. 18. Extinção pontual de entidades públicas que apenas concretiza o novo modelo. 19. Indiferença do fator temporal. 20. Inexistência de violação ao dever constitucional de licitação (CF, art. 37, XXI). 21. Procedimento de qualificação que configura hipótese de credenciamento. 22. Competência discricionária que deve ser submetida aos princípios constitucionais da publicidade, moralidade, eficiência e impessoalidade, à luz de critérios objetivos (CF, art. 37, *caput*). *Voto vista do Ministro Luiz Fux*. Requerentes: Partido dos Trabalhadores (PT) e Partido Democrático Trabalhista (PDT). Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. 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: 16 set. 2015.

Na ocasião, decidiu-se ser válida a prestação de serviços públicos não-exclusivos do Estado por parte de organizações sociais mediante contrato de gestão, ressalvando-se, entretanto, que a condução da celebração desse ajuste deve ocorrer de forma pública, objetiva e impessoal, em observância ao princípios constitucionais que regem a Administração Pública, disposto no *caput* do art. 37 da CF/88<sup>129</sup>.

Além do mais, destacou-se que os critérios de publicidade, objetividade e impessoalidade também devem ser observados nas contratações realizadas pelas organizações sociais com terceiros, bem como nos processos de seleção de pessoal, nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade.

No voto condutor do julgamento da ADIN 1.923/DF, proferido pelo Ministro Luiz Fux, ressaltou-se, ainda, que deve ser afastada qualquer interpretação da Lei 9.637/98<sup>130</sup> tendente a inibir ou restringir qualquer atuação do Ministério Público ou dos Tribunais de Contas no sentido de realizar o controle externo da aplicação dos recursos públicos repassados por intermédio de contrato de gestão celebrado entre organizações sociais e a Administração Pública<sup>131</sup>.

A decisão foi lavrada nos seguintes termos<sup>132</sup>:

<sup>129</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2010. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 17 jun. 2015.

<sup>130</sup> BRASIL. *Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998*. Brasília, 1998. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19637.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19637.htm)>. Acesso em: 17 jun. 2015.

<sup>131</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. 1. Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Constitucional. 3. Administrativo. 4. Terceiro setor. 5. Marco legal das organizações sociais. 6. Lei nº 9.637/98 e nova redação, conferida pela Lei nº 9.648/98, ao art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93. 7. Moldura constitucional da intervenção do Estado no domínio econômico e social. 8. Serviços públicos sociais. 9. Saúde (art. 199, *caput*), educação (art. 209, *caput*), cultura (art. 215), desporto e lazer (art. 217), ciência e tecnologia (art. 218) e meio ambiente (art. 225). 10. Atividades cuja titularidade é compartilhada entre o Poder Público e a sociedade. 11. Disciplina de instrumento de colaboração público-privada. 12. Intervenção indireta. 13. Atividade de fomento público. 14. Inexistência de renúncia aos deveres estatais de agir. 15. Margem de conformação constitucionalmente atribuída aos agentes políticos democraticamente eleitos. 16. Princípios da consensualidade e da participação. 17. Inexistência de violação ao art. 175, *caput*, da Constituição. 18. Extinção pontual de entidades públicas que apenas concretiza o novo modelo. 19. Indiferença do fator temporal. 20. Inexistência de violação ao dever constitucional de licitação (CF, art. 37, XXI). 21. Procedimento de qualificação que configura hipótese de credenciamento. 22. Competência discricionária que deve ser submetida aos princípios constitucionais da publicidade, moralidade, eficiência e impessoalidade, à luz de critérios objetivos (CF, art. 37, *caput*). *Voto vista do Ministro Luiz Fux*. Requerentes: Partido dos Trabalhadores (PT) e Partido Democrático Trabalhista (PDT). Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. 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: 16 set. 2015.

<sup>132</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *Decisão de julgamento*. Requerentes: Partido dos Trabalhadores (PT) e Partido Democrático Trabalhista (PDT). Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. Brasília, 16 de abril de 2015. Disponível em:

**“Decisão:** O Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente o pedido, apenas para conferir interpretação conforme à Constituição à Lei nº 9.637/98 e ao art. 24, XXIV da Lei nº 8.666/93, incluído pela Lei nº 9.648/98, para que: (i) o procedimento de qualificação seja conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da Constituição Federal, e de acordo com parâmetros fixados em abstrato segundo o que prega o art. 20 da Lei nº 9.637/98; (ii) a celebração do contrato de gestão seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da Constituição Federal; (iii) as hipóteses de dispensa de licitação para contratações (Lei nº 8.666/93, art. 24, XXIV) e outorga de permissão de uso de bem público (Lei nº 9.637/98, art. 12, § 3º) sejam conduzidas de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da Constituição Federal; (iv) os contratos a serem celebrados pela Organização Social com terceiros, com recursos públicos, sejam conduzidos de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da Constituição Federal, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; (v) a seleção de pessoal pelas Organizações Sociais seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; e (vi) para afastar qualquer interpretação que restrinja o controle, pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Contas da União, da aplicação de verbas públicas, nos termos do voto do Ministro Luiz Fux, que redigirá o acórdão, vencidos, em parte, o Ministro Ayres Britto (Relator) e, julgando procedente o pedido em maior extensão, os Ministros Marco Aurélio e Rosa Weber. Não votou o Ministro Roberto Barroso por suceder ao Ministro Ayres Britto. Impedido o Ministro Dias Toffoli. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 16.04.2015.”

Dentre os que se posicionaram a favor do entendimento, o Ministro Teori Zavascki ressaltou que, quando há dinheiro público envolvido, deve haver necessariamente prestação de contas, ilustrando essa lógica com o exemplo dos serviços sociais autônomos, cuja natureza jurídica é de direito privado e não estão sujeitos ao art. 37, inc. II, da CF/88<sup>133</sup>.

A Ministra Carmen Lúcia, por sua vez, asseverou que é possível os particulares prestarem os serviços públicos em questão, sob a condição de observarem os princípios que regem a Administração Pública, para que haja vantagem ao usuário do serviço público.

Nesse sentido, o Ministro Gilmar Mendes destacou a importância do controle realizado pelos tribunais de contas e da fiscalização exercida pelo Ministério Público ao afirmar que os recursos, apesar de terem sido repassados a entidade privada qualificada como organização social, continuam sendo públicos.

A ineficácia do perfil burocrático da Administração Pública e a redefinição do papel do Estado foram lembradas pelo Ministro Celso de Mello, para quem tratam de necessidades a serem superadas para que haja viabilização de políticas públicas nas áreas em que o Estado se mostra ausente.

---

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp?id=3796744&tipoApp=RTF>>. Acesso em: 24 set. 2015.

<sup>133</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2010. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 17 jun. 2015.

Para o presidente do STF, o Ministro Ricardo Lewandowski, é possível às organizações sociais colaborarem na prestação de serviços públicos com flexibilidade e agilidade, mas, para isso, devem se submeter aos princípios constitucionais.

O Relator da ADIN 1.923/DF, o Ministro Ayres Britto, foi parcialmente vencido, bem como os Ministros Marco Aurélio e Rosa Weber, que votaram pela procedência do pedido constante da ação em maior extensão.

O Relator asseverou em seu voto que o Estado é ator por excelência no campo dos serviços públicos em que pese existir, na Constituição Federal, a previsão de serviços públicos não-exclusivos, cujo exercício pode se dar, também, por particulares.

O Ministro Marco Aurélio salientou que as leis em contestação possibilitam que o gestor público transforme pessoa jurídica pública em entidade de direito privado e, sendo assim, livre das amarras que permeiam o regime jurídico público.

## CONCLUSÃO

O ajuizamento da ADIN 1.923/DF importou em discussões jurídicas acerca de matérias de relevante interesse social, por se referirem-se a questões relacionadas a entidades inseridas num setor híbrido, criado com o propósito de possibilitar o alcance das missões impostas pelo texto constitucional e que apresenta características tanto públicas quanto privadas.

As figuras jurídicas das organizações sociais e dos contratos de gestão surgiram após longo processo histórico e se apresentam como reflexo da evolução da Administração Pública, constantemente influenciada pelos anseios da sociedade.

Nesse sentido, a demanda social pela eficiência na prestação de serviços públicos, a qual enseja maior controle dos resultados, impulsionou o desenvolvimento de novos instrumentos administrativos para permitir o desempenho da gestão pública baseada em conceitos modernos.

Também como conseqüência dessa nova realidade, o ordenamento jurídico necessitou de rearranjos, adaptações e esclarecimentos, de modo a albergar esses institutos jurídicos conforme as diretrizes sociais pactuadas mediante a Constituição Federal.

O impacto decorrente da criação desses novos mecanismos administrativos, pensados para atender as demandas sociais, na disciplina do Direito é percebido em razão do surgimento de inúmeras controvérsias jurídicas suscitadas no âmbito dos mais diversos tribunais integrantes do Poder Judiciário.

A Lei 9.637/98 desencadeou discussões a respeito de diversas matérias, tais como, a aplicabilidade da prerrogativa processual do prazo recursal em dobro, a isenção do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS), dentre outras, ocorridas dentro das primeira e segunda instâncias do Poder Judiciário, bem como em esferas extraordinárias desse poder, como é o caso do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF).

No entanto, ainda assim, observa-se que essa lei carece de regulamentação, para que haja elucidação e detalhamento de aspectos relativos ao modelo administrativo que estabelece, a exemplo dos procedimentos por meio dos quais se realizará o controle por resultados dos contratos de gestão.

Entende-se que essa regulamentação, todavia, deve ser relativizada e limitada, de modo a não conferir rigidez ao modelo, o que iria contra à premissa básica a partir da qual foi

criado, a flexibilização da prestação de serviços públicos. Deve haver cuidado para que a lógica que permeia a prestação de serviços públicos diretamente pela Administração Pública, baseada na densidade de regras, não seja replicada para o terceiro setor.

Com a realização do trabalho foi possível perceber, também, que o terceiro setor não existe dissociado do primeiro nem do segundo. Isso porque, para integrá-lo, é necessário que a entidade, primeiramente, faça parte do mercado, ou seja, do segundo setor para que, somente depois, receba atributos públicos pertinentes ao primeiro setor, por meio da qualificação como organização social.

A partir dessa observação e como contribuição acadêmica, entende-se que deve haver clareza quanto à delimitação do terceiro setor, já que é por intermédio dele que haverá prestação de serviços públicos por parte de entidades privados ou, ainda, fomento do segundo setor por parte do primeiro mediante repasse de recursos orçamentário-financeiros e cessão de pessoal e de bens.

Assim, a estipulação de critérios objetivos para se qualificar uma entidade privada como organização social seria importante porque refletiria aquilo que é considerado como interesse público, de modo a balizar o processo de qualificação conforme o que Administração Pública espera dos entes particulares interessados em pertencer ao terceiro setor.

Além do mais, a objetividade conferida pelos parâmetros estabelecidos proporcionaria condições para se comparar e, posteriormente, selecionar as entidades privadas que desenvolvam as atividades previstas no art. 1º da Lei 9.637/98 e pretendam qualificar-se como organização social.

## REFERÊNCIAS

BASTOS, Lília Flores de Araújo. Contratos de gestão celebrados pelo poder público com organizações sociais no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, ano 12, ed. esp., p. 212-347, dez 2004. Disponível em: <[http://www.escolamp.org.br/ARQUIVOS/REVISTA\\_MONOGRAFIAS\\_TX04.PDF](http://www.escolamp.org.br/ARQUIVOS/REVISTA_MONOGRAFIAS_TX04.PDF)>. Acesso em: 17 jun. 2015.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2010. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 17 jun. 2015.

BRASIL. *Decreto nº 137, de 27 de maio de 1991*. Brasília, 1991. Institui o Programa de Gestão das Empresas Estatais e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 17 jun. 2015.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967*. Brasília, 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 17 jun. 2015.

BRASIL. *Decreto nº 3.100, de 30 de junho de 1999*. Brasília, 1999. Regulamenta a Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999, que dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 17 jun. 2015.

BRASIL. *Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Brasília, 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)>. Acesso em: 14 set. 2015.

BRASIL. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Brasília, 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 17 jun. 2015.

BRASIL. *Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998*. Brasília, 1998. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Plano Nacional de Publicização, a extinção de órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 17 jun. 2015.

BRASIL. *Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998*. Brasília, 1998. Altera dispositivos das Leis nº 3.890-A, de 25 de abril de 1961, nº 8.666, de 21 de junho de 1993, nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, nº 9.074, de 7 de julho de 1995, nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, e autoriza o Poder Executivo a promover a reestruturação das Centrais Elétricas Brasileiras – ELETROBRÁS e de suas subsidiárias e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9648cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9648cons.htm)>. Acesso em: 17 jun. 2015.

BRASIL. *Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999*. Brasília, 1999. Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 17 jun. 2015.

BRASIL. Presidência da República. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Brasília, 1995. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2015.

BRASIL. *Medida Provisória nº 1.591, de 09 de outubro de 1997*. Brasília, 1997. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção do Laboratório Nacional de Luz Síncron e da Fundação Roquette Pinto e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 17 jun. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento. 1. Embargos de declaração. 2. Questão não suscitada em momento anterior. 3. Inocorrência de omissão. 4. Litisconsórcio. 5. Desfazimento. 6. Prazo recursal simples. 7. Pretendido reexame da causa. 8. Caráter infringente. 9. Inadmissibilidade. 10. Embargos de declaração rejeitados. *AI 349477 AgR-ED/PR*. Embargante: Paranaprevidência. Embargado: Lauro Grein Filho e outros. Relator: Min. Celso de Melo. Brasília, 06 de agosto de 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=167103127&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. 1. Recurso. 2. Extraordinário. 3. Inadmissibilidade. 4. Saúde. 5. Prestação de serviços previsíveis e de caráter permanente. 6. Contratação por concurso público. 7. Obrigatoriedade. 8. Ausência de razões consistentes. 9. Decisão mantida. 10. Agravo regimental não provido. *Ag. Reg. no Recurso Extraordinário 445.167 Rio de Janeiro*. Agravante: Município do Rio de Janeiro. Agravado: Sindicato dos Médicos do Rio de Janeiro - Sinmed. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 28 de setembro de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=98690265&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 22 set. 2015

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. 1. Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Constitucional. 3. Administrativo. 4. Terceiro setor. 5. Marco legal das organizações sociais. 6. Lei nº 9.637/98 e nova redação, conferida pela Lei nº 9.648/98, ao art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93. 7. Moldura constitucional da intervenção do Estado no domínio econômico e social. 8. Serviços públicos sociais. 9. Saúde (art. 199, *caput*), educação (art. 209, *caput*), cultura (art. 215), desporto e lazer (art. 217), ciência e tecnologia (art. 218) e meio ambiente (art. 225). 10. Atividades cuja titularidade é compartilhada entre o Poder Público e a sociedade. 11. Disciplina de instrumento de colaboração público-privada. 12. Intervenção indireta. 13. Atividade de fomento público. 14. Inexistência de renúncia aos deveres estatais de agir. 15. Margem de conformação constitucionalmente atribuída aos agentes políticos democraticamente eleitos. 16. Princípios da consensualidade e da participação. 17. Inexistência de violação ao art. 175, *caput*, da Constituição. 18. Extinção pontual de entidades públicas que apenas concretiza o novo modelo. 19. Indiferença do fator temporal. 20. Inexistência de violação ao dever constitucional de licitação (CF, art. 37, XXI). 21. Procedimento de qualificação que configura hipótese de credenciamento. 22. Competência discricionária que deve ser submetida aos princípios constitucionais da

publicidade, moralidade, eficiência e impessoalidade, à luz de critérios objetivos (CF, art. 37, *caput*). *Voto vista do Ministro Luiz Fux*. Requerentes: Partido dos Trabalhadores (PT) e Partido Democrático Trabalhista (PDT). Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. 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: 16 set. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *Decisão de julgamento*. Requerentes: Partido dos Trabalhadores (PT) e Partido Democrático Trabalhista (PDT). Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. Brasília, 16 de abril de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp?id=3796744&tipoApp=RTF>>. Acesso em: 24 set. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Ação Civil Pública. 1. Constitucional. 2. Administrativo. 3. Processual Civil. 4. Ação Civil Pública. 5. Distrito Federal. 6. Fundação Zerbini. 7. Termo de parceria. 8. Nulidade. 9. Posterior celebração de convênio. 10. Prevalência do interesse de agir do Ministério Público. 11. Consecução do Programa Família Saudável. 12. Repasse considerável de recursos públicos. 13. Concurso de projetos. 14. Necessidade. 15. Princípio da impessoalidade. 16. Sentença mantida. *Apelação cível 20050110339800APC*. Apelante: Distrito Federal e outros. Apelado: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Brasília, 13 de fevereiro de 2008. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao\\_cidadania/Terceiro\\_Setor/Jurisprudencia\\_ACP/TJDFT%20-%20Apela%C3%A7%C3%A3o%20C%C3%ADvel%20-%2020050110339800.doc](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_cidadania/Terceiro_Setor/Jurisprudencia_ACP/TJDFT%20-%20Apela%C3%A7%C3%A3o%20C%C3%ADvel%20-%2020050110339800.doc)>. Acesso em: 15 set. 2015.

CARVALHO, Raquel. *Contrato de gestão e organização social*. Salvador, 2003. Disponível em: <<http://www.praetorium.com.br>>. Acesso em: 17 jun. 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ESCOLA NACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. *O contrato de gestão no serviço público*. 1993.

FALCONER, Andres Pablo. *A promessa do terceiro setor*. São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://www.idc.org.uy/mercosur/informes/2000/falconer3.html>>. Acesso em: 17 jun. 2015.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MAIA, Zélio. *Organizações sociais: o terceiro setor e a modernização dos serviços públicos*. 2001a.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MINISTÉRIO DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO. *Portaria MCTI nº 967, de 21 de dezembro de 2011*. Brasília, 2011. Disciplina as atividades de promoção, acompanhamento, avaliação e fiscalização dos contratos de gestão celebrados com organizações sociais e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.mct.gov.br/index.php/content/view/335364.html>>. Acesso em: 15 jun. 2015.

MINISTÉRIO DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO. *Portaria MCTI nº 777, de 31 de outubro de 2012*. Brasília, 2012. Altera a Portaria MCTI nº 967, de 21 de dezembro de 2011, que disciplina as atividades de promoção, acompanhamento, avaliação e fiscalização dos contratos de gestão celebrados com organizações sociais. Disponível em: <<http://www.mct.gov.br/index.php/content/view/343724.html>>. Acesso em: 15 jun. 2015.

MODESTO, Paulo. *Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência*. São Paulo, 2000. Disponível em: <[http://www.foreense.com.br/Atualida/Artigos\\_DA/notas.htm](http://www.foreense.com.br/Atualida/Artigos_DA/notas.htm)>. Acesso em: 17 jun. 2015.

SÃO PAULO. *Lei nº 16.127, de 12 de março de 2015*. São Paulo, 2015. Concede isenção do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS aos serviços prestados na área de transporte metropolitano, saúde, educação, habitação de interesse social e iluminação pública, por meio de parceria público-privada, ao serviço de transporte público de passageiros realizados pelas empresas que exploram o sistema metroviário do Município de São Paulo, e aos serviços prestados por organizações sociais por meio de contrato de gestão com o Poder Público, bem como remite créditos tributários e anistia infrações tributárias, nos termos e condições que especifica. Disponível em: <<http://ww2.prefeitura.sp.gov.br/arquivos/secretarias/financas/legislacao/Lei-16127-2015.pdf>>. Acesso em: 13 set. 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Regimento Interno*. Brasília, 2015. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF\\_Janeiro\\_2015\\_versao\\_eletronica.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_Janeiro_2015_versao_eletronica.pdf)>. Acesso em: 13 ago. 2015.