

ORGANIZAÇÕES SOCIAIS, SERVIÇOS PÚBLICOS E CONTRATOS DE GESTÃO (ADIN Nº 1923)

Marcos André Couto Santos

Procurador do Estado de Pernambuco, Mestre em Direito Público pela UFPE,
Professor Universitário do Curso de Direito da FBV, Professor de Cursos de Pós-
Graduação em Direito e Advogado

RESUMO: O objetivo do presente artigo é tratar das Organizações Sociais no Brasil (Lei Federal nº 9.637/98), que, por meio de Contratos de Gestão, firmam parcerias com a Administração Pública Federal, com o objetivo de prestar serviços públicos não exclusivos no Brasil, podendo, para tanto, receber verbas orçamentárias, servidores públicos cedidos e bens públicos em permissão de uso. Para tanto, são analisadas as críticas doutrinárias existentes em relação a estas Organizações Sociais, à forma de contratação destas entidades pelo Poder Público com dispensa de licitação (art. 24, XXIV, da Lei Federal nº 8.666/93), bem como os argumentos e o início do julgamento do mérito da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923, que questiona a constitucionalidade destas Organizações Sociais e sua relação com o Poder Público.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Administração Pública e os serviços públicos – “Reforma do Aparelho do Estado”. 2 Organizações Sociais e os serviços públicos. 3 Contratos de Gestão e Organizações Sociais – Leis Federais nº 9.637/98 e nº 9.648/98. 4 A crítica doutrinária, a ADIN nº 1923 e o julgamento perante o STF. 5 O futuro da prestação dos serviços públicos não exclusivos: Um novo modelo de gestão pública? Conclusão. Referências bibliográficas. Documentos pesquisados.

INTRODUÇÃO

Recentemente¹, o Supremo Tribunal Federal retomou o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923, ajuizada no ano de 1998, cujo objeto é a declaração de inconstitucionalidade da íntegra da Lei Federal nº 9.637/98 e do art. 24, XXIV, da Lei Federal nº 8.666/93, acrescido pela Lei Federal nº 9.648/98, que tratam das organizações sociais e dos contratos de gestão na prestação de serviços públicos.

Tal temática é extremamente relevante porque as Organizações Sociais e os Contratos de Gestão foram previstos, na referida Lei Federal nº 9.637/98, como instrumentos de deslocamento da prestação de serviços públicos para iniciativa privada, dentro da denominada “Reforma do Aparelho do Estado”², realizada na gestão do então Presidente Fernando Henrique Cardoso.

No presente trabalho, objetiva-se demonstrar o que sejam estas Organizações Sociais, os Contratos de Gestão e a dinâmica relacional entre o Poder Público e as destacadas organizações sociais, estabelecendo os aspectos positivos e negativos desta forma de gestão pública no plano doutrinário e jurisprudencial, especialmente diante dos questionamentos contidos na ADIN nº 1923.

Para tanto, inicia-se detalhando a importância da Administração Pública e dos serviços públicos, especialmente quando da tentativa de implementação da “Reforma do Aparelho do Estado” ao longo dos anos 1990.

Posteriormente, são caracterizadas as organizações sociais, com base em breve detalhamento de elementos contidos na Lei Federal nº 9.637/98.

Na sequência, são destacados os Contratos de Gestão e a sua dinâmica na relação entre as organizações sociais e a Administração Pública.

Neste momento, restam especificadas as críticas formuladas pela doutrina pátria em relação às organizações sociais e aos contratos de gestão, bem como são destacados aspectos da ADIN nº 1923 e seu andamento processual atual.

¹ Em Sessão Plenária do STF, do dia 31/03/2011, o Min. Rel. Ayres Britto proferiu o seu voto em sede da ADIN nº 1.923.

² Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>> Acesso em: 03 abr. 2011.

Por último, é externado nosso entendimento pessoal acerca da temática relacionada à prestação de serviços públicos por Organizações Sociais, como entes do Terceiro Setor³, dentro de um novo modelo de Gestão Pública.

Pretende-se, assim, destacar os aspectos relevantes da relação Administração Pública e sociedade, por meio do estudo das organizações sociais na prestação de serviços públicos.

1 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E OS SERVIÇOS PÚBLICOS

Na atualidade, a razão de ser da Administração Pública⁴ é atender as necessidades básicas da população, para fins de viabilizar a efetivação de uma cidadania real, com a garantia da implementação dos direitos fundamentais em sentido amplo⁵ e a busca permanente do respeito à dignidade da pessoa humana⁶ – (valor fonte maior da ordem constitucional posta – art. 1º, III, da CF/88).

Para cumprimento desta missão constitucional, a Administração Pública se organiza institucionalmente (burocracia estatal), obtém recursos financeiros (especialmente por meio da arrecadação de tributos), elabora Políticas Públicas e promove a sua execução (planos de governo baseados em leis).

Todo este esforço da Administração Pública tem como finalidade última efetuar a prestação de adequados serviços públicos à sociedade.

³No presente trabalho, Terceiro Setor é entendido unicamente como as pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos, que exerçam atividades de interesse coletivo, com fomento do Estado.

⁴Também, no presente trabalho, Administração Pública se refere ao Poder Executivo, que aplica a legislação e implementa Políticas Públicas em benefício da sociedade.

⁵ Novamente, para os fins do presente trabalho, os direitos fundamentais em sentido amplo são aqueles contidos ou não nas Cartas Constitucionais (materialmente constitucionais), quer sejam individuais, coletivos, difusos, políticos, sociais, econômicos e culturais. Sobre direitos fundamentais: BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992; SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

⁶ Acerca da dignidade da pessoa humana: SANTOS, Marcos André Couto. A delimitação de um conteúdo para o direito: em busca de uma renovada teoria geral com base na proteção da dignidade da pessoa humana. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 38, n. 153, p. 163-191, jan./mar, 2002; SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

O conceito jurídico de serviço público variou muito ao longo do tempo, havendo, inicialmente, o entendimento de que todo o serviço prestado pela Administração Pública seria um serviço público.

Com a evolução conceitual, percebeu-se que serviço público é um conceito polissêmico, devendo ser especificado diante das peculiaridades de atuação da Administração Pública como um todo. Veja-se a clássica lição de Helly Lopes Meirelles⁷:

“O conceito de *serviço público* não é uniforme na doutrina, que ora nos oferece uma noção *orgânica*, só considerando como tal o que é prestado por órgãos públicos; ora nos apresenta uma conceituação *formal*, tendente a identificá-lo por características extrínsecas; ora nos expõe um conceito *material*, visando a defini-lo por seu objeto. Realmente, o conceito de serviço público é variável e flutua ao sabor das necessidades e contingências políticas, econômicas, sociais e culturais de cada comunidade, em cada momento histórico, como acentuam os modernos publicistas.”

De qualquer forma e para fins meramente operacionais, coadunamos como o conceito de Maria Sylvia Zanella Di Pietro que destaca serviço público como “(...) toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público.”⁸

No presente trabalho, interessa na realidade distinguir os serviços públicos exclusivos dos serviços públicos não exclusivos.

Os serviços públicos exclusivos são aqueles que só podem ser prestados diretamente pela Administração Pública, dizendo respeito a atividades estatais próprias – *ius imperium* (por exemplo: serviços de fiscalização, serviços de vigilância sanitária, serviços policiais, serviços de emissão de moedas, entre outros). Também há, ainda, os serviços públicos exclusivos que podem ser concedidos ou delegados pelo Poder Público a particulares por meio da realização de procedimentos licitatórios (por exemplo: serviços

⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995. p. 294

⁸ - DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 99.

de manutenção de estradas, serviços de prestação de água, energia elétrica e telefonia, são os casos de concessão de serviço público).

Já, os serviços públicos não exclusivos são aqueles prestados pela Administração Pública, diretamente ou por empresas criadas para este fim (empresas públicas, sociedades de economia mista ou fundações), mas que também podem ser prestados por particulares, dentro dos limites previstos na Constituição Federal (por exemplo: serviços de saúde, de educação, de previdência social, de assistência social, de proteção ambiental e outros - arts. 196, 199, 204, 208, 209, 201, § 8º, 204, 225, todos da CF/88). Atente-se à lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁹:

“Outros serviços públicos podem ser executados pelo Estado ou pelo particular, neste último caso mediante autorização do Poder Público. Tal é o caso dos serviços previstos no título VIII da Constituição, concernentes à ordem social, abrangendo saúde (arts. 196 e 199), previdência social (art. 201, § 8º), assistência social (art. 204) e educação (arts. 208 e 209).”

Como é notório, cada vez mais a sociedade exige melhoria da qualidade dos serviços públicos, sejam eles exclusivos ou não, do atendimento e dos resultados das prestações fornecidas pelo Poder Público.

Realmente, as demandas sociais são crescentes, com exigências contínuas de ampliação e melhoria dos serviços públicos prestados, objetivando a efetivação da cidadania, dos direitos fundamentais e da dignidade humana.

Ao longo do tempo, percebeu-se que o Poder Público passou a não dar conta da imensa estrutura burocrática criada para prestar todos os serviços públicos a seu cargo, restando evidenciado que a qualidade de muitos dos serviços oferecidos foi ficando deveras baixa; não havendo instrumentos jurídicos objetivos para cobrança de resultados e de eficiência em benefício da população.

Em decorrência desta aparente falência dos serviços públicos e acompanhando uma tendência mundial do final do século XX, o então Presidente Fernando Henrique Cardoso propôs, então, a realização de

⁹ DI PIETRO, *Idem*, p. 107.

uma “Reforma do Aparelho do Estado”¹⁰, que foi capitaneada pelo então Ministro Bresser Pereira.

Por intermédio da destacada “Reforma do Aparelho do Estado”, buscou-se criar leis e novos instrumentos jurídicos a viabilizar uma Administração Pública mais gerencial e eficiente, voltada à implementação de resultados.

Para tanto, houve modificações na Constituição Federal de 1988 (Emenda Constitucional nº 19/98 e nº 20/98 – Reformas Administrativa e da Previdência), previsão de novas figuras e instrumentos jurídicos por meio de leis (Organizações Sociais, Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, Contratos de Gestão e Termos de Parceria - Leis Federais nº 9.637/98 e nº 9.790/99) e alterações de normas e procedimentos já existentes.

Por meio da “Reforma do Aparelho do Estado”, a então Administração Pública Federal da era Fernando Henrique Cardoso pretendia otimizar a gestão pública, fazendo com que o Poder Público atuasse com mais efetividade e qualidade, por meio da descentralização de ações para os governos locais e firmando com a sociedade civil organizada (Terceiro Setor) acordos/contratos que auxiliassem na prestação de serviços públicos de relevante interesse social. Vejam-se os objetivos contidos no documento “Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado”¹¹:

“6.1 Objetivos Globais:

* Aumentar a governança do Estado, ou seja, sua capacidade administrativa de governar com efetividade e eficiência, voltando a ação dos serviços do Estado para o atendimento dos cidadãos.

* Limitar a ação do Estado àquelas funções que lhe são próprias, reservando, em princípio, os serviços não-exclusivos para a propriedade pública não-estatal, e a produção de bens e serviços para o mercado para a iniciativa privada.

* Transferir da União para os estados e municípios as ações de caráter local: só em casos de emergência cabe a ação direta da União.

¹⁰ Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>> Acesso em: 03 abr. 2011.

¹¹ Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>> Acesso em: 03 abr. 2011.

* Transferir parcialmente da União para os estados as ações de caráter regional, de forma a permitir uma maior parceria entre os estados e a União.”

Como se observa, a partir do final da década de 1990, houve uma aproximação maior entre a Administração Pública e a sociedade civil organizada na busca da prestação de serviços públicos não exclusivos, através de novos instrumentos jurídicos – Contratos de Gestão e Termos de Parceria. No plano doutrinário, tal situação representou a aplicação do princípio da subsidiariedade, por meio do qual o Poder Público deveria descentralizar sua atividade administrativa, e até mesmo somente atuar diretamente nas áreas e serviços em que o Setor Privado não conseguisse de forma autônoma realizar e prestar em benefício da coletividade.

Nos planos político, jurídico e social, houve muitas críticas acerca de tal postura governamental; certos grupos entendendo que a “delegação” de serviços públicos não exclusivos a particulares, com a retirada, muitas vezes, da atuação do Poder Público em algumas áreas, representaria uma verdadeira “privatização do Estado”, dentro de uma questionável postura de caráter neoliberal, condutora do esvaziamento da atuação da Administração Pública, com desrespeito às necessidades da população mais carente.

No nosso entender, tal perspectiva não restou comprovada no tempo, tendo em vista que, mesmo com as alterações advindas com a “Reforma do Aparelho do Estado”, o Poder Público/Administração Pública não se isentou da prestação dos serviços públicos não exclusivos (por exemplo: saúde, educação, cultura, proteção ambiental), apenas passou a contar com uma colaboração mais efetiva da sociedade civil organizada (Terceiro Setor), lastreado nos princípios constitucionais da solidariedade e da participação coletiva na gestão pública.

Sem nenhuma dúvida, afigura-se faticamente impossível que a Administração Pública consiga prestar com qualidade, presteza e organização toda a gama de múltiplos e variados serviços públicos não exclusivos cada vez mais exigidos pela sociedade; sendo assim, muito bem vinda a colaboração efetiva e permanente do denominado Terceiro Setor na construção de um Regime Democrático, baseado nos valores da cidadania, dos direitos fundamentais e da dignidade humana.

2 ORGANIZAÇÕES SOCIAIS E OS SERVIÇOS PÚBLICOS

No âmbito da tão discutida “Reforma do Aparelho do Estado” do final da década de 90, foi sancionada e entrou em vigor a Lei Federal nº 9.637, de 15 de maio de 1998, dispondo sobre a qualificação de entidades como organizações sociais e criando o Programa Nacional de Publicização.

Por meio da destacada lei, ficou previsto que o Poder Executivo Federal poderia qualificar como **ORGANIZAÇÕES SOCIAIS** pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades fossem dirigidas à prestação de serviços públicos não exclusivos relacionados ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, com base no atendimento de requisitos previstos na destacada Lei Federal nº 9.637/98 (arts. 1º, 2º, 3º e 4º).

Estas pessoas jurídicas privadas, qualificadas pela Administração Pública de organizações sociais, firmariam, então, **CONTRATOS DE GESTÃO** com o Poder Público, com vista à formação de parcerias para fomento e execução de atividades relativas aos setores acima destacados (art. 5º, da Lei Federal nº 9.637/98).

Para cumprir as metas previstas nos Contratos de Gestão, as pessoas jurídicas privadas, qualificadas como organizações sociais, poderiam receber recursos orçamentários e bens públicos (art. 12, da Lei Federal nº 9.637/98), terem cedidos em seu favor servidores públicos com a manutenção do pagamento destes pela Administração Pública (art. 14, da Lei Federal nº 9.637/98), e, ainda, estas pessoas jurídicas seriam consideradas como entidades de interesse social e utilidade pública, para todos os efeitos legais (art. 11, da Lei Federal nº 9.637/98).

Portanto, resta evidenciado que as entidades qualificadas como organizações sociais passaria a perceber dinheiro público, servidores públicos e até benefícios fiscais, para que pudessem efetivar os Contratos de Gestão firmados com a Administração Pública.

A razão de ser das Organizações Sociais ficou bem esclarecida no âmbito do Projeto de “Reforma do Aparelho do Estado”. Atente-se:

“O Projeto Organizações Sociais, no âmbito do Programa Nacional de Publicização (PNP), tem como objetivo permitir a publicização de atividades no setor

de prestação de serviços não-exclusivos, baseado no pressuposto de que esses serviços ganharão em qualidade: serão otimizados mediante menor utilização de recursos, com ênfase nos resultados, de forma mais flexível e orientados para o cliente-cidadão mediante controle social.

As atividades estatais publicizáveis, aquelas não-exclusivas de Estado, correspondem aos setores onde o Estado atua simultaneamente com outras organizações privadas, tais como educação, saúde, cultura e proteção ambiental.

Organizações Sociais (OS) são um modelo de organização pública não-estatal destinado a absorver atividades publicizáveis mediante qualificação específica. Trata-se de uma forma de propriedade pública não-estatal, constituída pelas associações civis sem fins lucrativos, que não são propriedade de nenhum indivíduo ou grupo e estão orientadas diretamente para o atendimento do interesse público.

As OS são um modelo de parceria entre o Estado e a sociedade. O Estado continuará a fomentar as atividades publicizadas e exercerá sobre elas um controle estratégico: demandará resultados necessários ao atingimento dos objetivos das políticas públicas. O contrato de gestão é o instrumento que regulará as ações das OS.”¹²

Como se observa, por meio da contratação das organizações sociais, a Administração Pública pretendia a melhoria da qualidade dos serviços públicos principalmente nas áreas de educação, de desenvolvimento científico/tecnológico, de cultura, de proteção ambiental e de saúde pública, por meio da “delegação” de atribuições através dos Contratos de Gestão.

Enfim, as organizações sociais são entes privados (não pertencem à Administração Pública), que adquirem esta qualificação com o objetivo de prestar serviços públicos não exclusivos definidos na Lei Federal nº 9.637/98, com base em Contratos de Gestão firmados com o Poder Público;

¹² Cadernos MARE da reforma do estado - vol. 2. Disponível em <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/publicacao/seges/PUB_Seges_Mare_caderno02.PDF> Acesso em: 03 abr. 2011.

sendo que estas organizações sociais reconhecidas inicialmente no âmbito federal, também passaram posteriormente a ter o reconhecimento perante várias Administrações Públicas Estaduais e Municipais, com base na aprovação de leis estaduais¹³ e municipais específicas.

3 CONTRATOS DE GESTÃO E ORGANIZAÇÕES SOCIAIS – LEIS FEDERAIS Nº 9.637/98 E Nº 9.648/98

Os Contratos de Gestão, previstos no art. 5º da Lei Federal nº 9.637/98, são, assim, os instrumentos pelos quais as organizações sociais se comprometem à prestação dos serviços públicos não exclusivos destacados na legislação referida.

O contrato de gestão deve ser elaborado com a discriminação detalhada das atribuições, responsabilidades e obrigações do Poder Público e da organização social (art. 6º, da Lei Federal nº 9.637/98), devendo ser aprovado pelo Poder Público e restar lastreado nos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade (art. 7º, da Lei Federal nº 9.637/98).

Ainda restou estabelecido, no art. 8º, da Lei Federal nº 9.637/98, que o contrato de gestão deve prever ao menos: *“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; e II - a 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.”* – (itálicos nossos)

A execução do contrato de gestão será fiscalizado pelo Poder Público, devendo ser demonstrado pela organização social o cumprimento das metas, com o detalhamento dos resultados alcançados, acompanhado da respectiva prestação de contas que será submetido à análise da Administração Pública competente (art. 8º, da Lei Federal nº 9.637/98).

¹³ No Estado de Pernambuco, foi promulgada a Lei Estadual nº 11.743/2000, prevendo a qualificação de organizações sociais ou sociedades civis de interesse público para entes privados sem fins lucrativos, que atuem no fomento de serviços públicos não exclusivos.

Percebe-se, assim, que o Contrato de Gestão exige o atingimento de metas, a consecução de resultados e a prestação do serviço público com qualidade e adequação por parte da organização social. Bem claro, o estudo sobre a “Reforma do Aparelho do Estado” quanto à relevância do Contrato de Gestão:

“O contrato de gestão, enquanto instrumento-chave que regula o relacionamento entre ministérios e entidades (estatais ou não-estatais) executoras de atividades sob sua supervisão, destina-se, principalmente, a:

- * clarificar o foco da instituição, interna e externamente;
- * oferecer uma base para se proceder à comparação entre o atual desempenho da instituição e o desempenho desejado;
- * definir níveis de responsabilidade e reponsabilização;
- * possibilitar os controles social, por resultados e por comparação com outras instituições.

O contrato de gestão, assim como a conclusão das avaliações do desempenho da instituição, deverá ser tornado público, a fim de se consolidar como o instrumento de acompanhamento e avaliação do desempenho da instituição, tanto por parte do ministério supervisor, do Legislativo e do Judiciário, quanto da sociedade.

Como instrumento de acompanhamento, o contrato de gestão permitirá a definição e a adoção de estratégias de ação que se mostrem necessárias para oferecer à instituição melhores condições para o atingimento dos objetivos e metas acordados. Além disso, o acompanhamento do desempenho institucional pelo contrato de gestão permitirá que se redefinam os objetivos e metas pactuados, caso as circunstâncias em que atua a instituição sofram alterações que justifiquem uma redefinição. Por outro lado, o contrato também se prestará à avaliação do desempenho dos gestores da instituição.”¹⁴

¹⁴ Cadernos MARE da reforma do estado - vol. 2. Disponível em <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/publicacao/seges/PUB_Seges_Mare_caderno02.PDF> Acesso em: 03 abr. 2011.

No exercício da fiscalização por parte do Poder Público, restou ainda previsto que qualquer irregularidade detectada na gestão da organização social, especialmente relacionada à malversação dos bens públicos ou dos recursos de origem pública, gerará a adoção de medidas administrativas e judiciais necessárias por parte dos órgãos competentes (Ministério Público, AGU e Procuradorias), com ciência ao Tribunal de Contas da União (arts. 9º e 10º, da Lei Federal nº 9.637/98).

Ainda, no caso de desvios ou descumprimento das obrigações contidas no contrato de gestão e com base em regular processo administrativo – ampla defesa e contraditório, o Poder Público poderá desqualificar a pessoa jurídica privada como organização social, com a reversão dos bens e dos valores públicos empregados na organização social, sem prejuízo da aplicação de outras sanções cabíveis (art. 16, da Lei Federal nº 9.637/98)

Inclusive, José dos Santos Carvalho Filho¹⁵ destaca a necessidade de respeito aos princípios constitucionais da Administração Pública, quando da elaboração do Contrato de Gestão, com o estabelecimento de métodos claros de avaliação de desempenho e de aferição de metas a serem alcançadas, para fins de garantia a qualidade do serviço público prestado pela Organização Social:

“Nos contratos de gestão, devem ser observados os princípios da moralidade, da legalidade, da impessoalidade, da publicidade e da economicidade, que, como sabemos, incidem sobre todas as atividades da Administração. Devem ainda ser definidos, com a maior precisão possível, os direitos e obrigações das partes, e principalmente é necessário especificar o programa de trabalho sugerido pela organização, bem como os prazos de execução das atividades e as metas a serem alcançadas. Urge também fixar o método de avaliação de desempenho a ser adotado não só em termos de qualidade como também de produtividade.”

Resta relevante atentar que muitos autores consideram que o pacto firmado entre a Administração Pública e as organizações sociais não

¹⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 275.

deveria ser considerado um “Contrato de Gestão” por não haver interesses contrapostos e finalidade lucrativa nas avenças formalizadas; restando, portanto, mais adequado considerar que o Poder Público e estas organizações sociais firmam na realidade “Convênios” para atendimento de interesses mútuos e compartilhados. Veja-se lição doutrinária neste sentido:

“a doutrina tem colocado em dúvida a natureza efetivamente contratual desse instrumento (jurídico? - *Contrato de Gestão*), catalogando-o como ‘falso contrato’ ou ‘contrato discutível’, dadas as dificuldades extremas em identificar elementos indispensáveis à figura contratual, como as declarações de vontade em *consenso*, a configuração de acordo de *vontades opostas*, *sinalagmático* e *comutativo* e outros aspectos, sem o que o negócio jurídico ‘contrato’ não se caracteriza.”¹⁶

Com o devido respeito, somos da opinião de que a utilização da terminologia “Contrato de Gestão” ou “Convênio” em nada modifica a essência jurídica do pacto firmado; restando, portanto, tal crítica frágil e de caráter apenas formal.

Por último, para escolha da organização social que irá firmar o contrato de gestão, como objetivo de prestação de serviços públicos não exclusivos, foi considerado ser dispensável a realização de procedimento licitatório, conforme acréscimo à Lei Federal nº 8.666/93, promovida pela Lei Federal nº 9.648/98, o que vem sendo muito discutido no plano doutrinário como será destacado no presente trabalho, *in verbis*:

“Art. 24. É dispensável a licitação:

(...)

XXIV - para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas

¹⁶ ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 715. Ainda, sobre a caracterização dos Contratos de Gestão como verdadeiros convênios, diante da inexistência de contraposição de interesses entre as partes, mas sim uma cooperação entre os pactuantes, visando a objetivos de interesses comuns: CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 274. Também, aprofundando questionamentos acerca da adequação e coerência dos Contratos de Gestão: ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 713-718.

no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)”

Enfim, diante do previsto na legislação aplicável, o Contrato de Gestão é o instrumento jurídico que viabiliza a colaboração entre o Poder Público e as organizações sociais, para fins de garantia da prestação de serviços públicos não exclusivos por estes entes do terceiro setor, nos termos previstos na Lei Federal nº 9.637/98.

4 A CRÍTICA DOUTRINÁRIA, A ADIN Nº 1923 E O JULGAMENTO PERANTE O STF

O advento das organizações sociais e a previsão dos Contratos de Gestão, por meio da Lei Federal nº 9.637/98, geraram muita polêmica no meio jurídico; havendo variadas críticas sobre a forma de transpasse de serviços públicos aos entes qualificados como organizações sociais. A seguir, destacam-se as principais críticas¹⁷ a respeito.

A primeira crítica da doutrina é apontada por Arianne Brito Rodrigues Cal¹⁸, quando estabelece ser um Ato Administrativo de caráter discricionário o reconhecimento pelo Poder Público de uma pessoa jurídica de direito privado como organização social. Atente-se:

“As Organizações Sociais têm sido alvo de inúmeras críticas por parte dos doutrinadores a começar pelo próprio critério de qualificação utilizado, pois conforme já salientado, fica a cargo do Chefe do Poder Executivo e, uma vez cumpridos os requisitos para a qualificação, este tem a liberdade de qualificá-las ou não como organizações sociais. A autoridade, no caso, se manifesta quanto à conveniência e oportunidade para a qualificação, e o critério é puramente discricionário.

¹⁷ Sobre uma análise breve das principais críticas existentes: ANDRADE, Flávia Cristina Moura de. **Direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 117-118; Para uma análise mais detalhada e específica: FERNANDES, Luciana de Medeiros. **Reforma do Estado e Terceiro Setor**. Curitiba: Juruá, 2009.

¹⁸ CAL, Arianne Brito Rodrigues. **As agências reguladoras no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 52-53.

Além do que, é sabido que para qualquer Contrato celebrado pela Administração Pública, por mais insignificante que seja, são feitas inúmeras exigências para a celebração do mesmo. Todavia, para as Organizações Sociais as exigências são pouquíssimas em relação aos benefícios que a entidade obterá uma vez assim qualificada.”

Realmente, tal discricionariedade agride os princípios da isonomia e da impessoalidade, retores da atuação da Administração Pública, acabando por estabelecer preferências entre os administrados sem justificativas plausíveis.

Quanto aos bens públicos e aos serviços públicos transpassados para as organizações sociais, Odete Medauar¹⁹ se preocupa com a preservação do patrimônio público e com a gratuidade e universalidade dos serviços a serem prestados:

“As organizações sociais vêm gerando dúvidas e críticas, em virtude, principalmente, da preocupação com a preservação do patrimônio público e com a gratuidade e universalidade de acesso a serviços públicos nas áreas acima indicadas.”

Ora, com a devida vênia, tal preocupação da autora não tem fundamento. Isto porque os serviços atribuídos às organizações sociais continuam sendo serviços públicos e gratuitos de amplo acesso à população (arts. 1º, 5º, 6º e 7º, da Lei Federal nº 9.637/98); havendo, também, dispositivos legais específicos acerca da proteção aos bens públicos fornecidos às organizações sociais por meio de permissão de uso (arts. 9; 10; 16, §§ 1º e 2º).

Já Celso Antônio Bandeira de Mello²⁰ assevera não haver, na Lei Federal nº 9.637/98, a exigência de comprovação de qualificação técnica ou econômico-financeira de qualquer espécie para atribuir a condição de organização social a ente privado. Atente-se:

¹⁹ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 97.

²⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 221-222.

“Na lei disciplinadora das organizações sociais chamam atenção alguns pontos nos quais se patenteiam inconstitucionalidades verdadeiramente aberrantes.

O primeiro deles é que, para alguém qualificar-se a receber bens públicos, móveis e imóveis, recursos orçamentários e até servidores públicos, a serem custeados pelo Estado, não necessita demonstrar habilitação técnica ou econômico-financeira de qualquer espécie. Basta a concordância do Ministro da área (ou mesmo do titular do órgão que a supervisione) ou do Ministro da Administração (Ministério que já não mais existe, por força da Medida Provisória 1.795, de 1.1.99, hoje 2.216-37, de 31.8.2001, e cujas atribuições passaram para o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão).

(...)

Há nisto uma inconstitucionalidade manifesta, pois se trata de postergar o princípio constitucional da licitação (art. 37, XXI) e, pois, o princípio constitucional da isonomia (art. 5º), do qual a licitação é simples manifestação punctual, conquanto abrangente também de outro propósito (a busca do melhor negócio).”

Realmente, a Lei Federal nº 9.637/98 restou silente quanto à necessidade de comprovação de qualificação técnica e capacidade econômica pelos entes que querem se qualificar como organizações sociais; deveriam realmente ser exigidas comprovações desta matiz, especialmente considerando que estas entidades vão prestar serviços públicos para sociedade em geral.

Ainda, continuando suas críticas, Celso Antônio Bandeira de Mello²¹ destaca ser inconstitucional a dispensa de licitação para contratação de organizações sociais, por meio da formalização de Contratos de Gestão:

“A ausência de licitação obviamente é uma exceção que só pode ter lugar nos casos em que razões de indiscutível tomo a justifiquem, até porque, como é óbvio, a ser de outra sorte, agravar-se-ia o referido princípio constitucional da isonomia. Por isto é inconstitucional a disposição do art. 24, XXIV, da Lei de Licitações (Lei

²¹ MELLO, *Idem*, p. 222-223.

8.666, de 21.6.93) ao liberar de licitações os contratos entre o Estado e as organizações sociais, pois tal contrato é o que ensancha a livre atribuição deste qualificativo a entidades privadas, com as correlatas vantagens; inclusive a de receber bens públicos em permissão de uso sem prévia licitação.”

Por fim, o eminente administrativista critica o transpasse de serviços públicos às organizações sociais, por entender existir agressão clara à Constituição; defendendo, ainda, não ser possível a cessão de servidores públicos para desempenharem obrigatoriamente suas funções no âmbito das destacadas organizações sociais. Vejam-se seus argumentos:

“Assim, os serviços transpassáveis a organizações sociais são serviços públicos *insuscetíveis de serem dados em concessão ou permissão* (sic. art. 175, da Constituição). Logo, como sua prestação se constitui em ‘dever do Estado’, conforme os artigos citados (arts. 205, 206 e 208), este tem que prestá-los diretamente. Não pode eximir-se de desempenhá-los, motivo pelo qual lhe é vedado esquivar-se deles e, pois, dos deveres constitucionais aludidos pela via transversa de ‘adjudicá-los’ a organizações sociais. Segue-se que estas só poderiam existir completamente, ou seja, sem que o Estado se demita de encargos que a Constituição lhe irrogou.

Ademais, independentemente disto, como é óbvio, também não podem – o que já se sublinhou – receber bens públicos, dotações orçamentárias e servidores públicos, a custa do erário, sem um *processo regular* em que se assegure igualdade a quaisquer interessados em obter tais benesses, cuja habilitação patrimonial, financeira e técnica seja previamente comprovada, assegurando-se direito de recurso conta a decisão dos Ministros outorgantes. A ser de outro modo, a qualificação social seria um gesto de ‘graça’, uma outorga imperial resultante tão só do soberano desejo dos outorgantes, o que, a toda evidência, é incompatível com as concepções do Estado moderno.

Acresce que a possibilidade aberta pela lei de que

servidores públicos sejam, como é claro a todas as luzes, cedidos a organizações sociais a expensas do Poder Público aberra dos mais comezinhos princípios de Direito. Tais servidores jamais poderiam ser obrigados a trabalhar em organizações particulares. Os concursos que prestaram foram para entidades estatais, e não entidades particulares. Destarte, pretender impor-lhes que prestem seus serviços a outrem violaria flagrantemente seus direitos aos vínculos de trabalho que entretêm. Mesmo descartada tal compulsoriedade, também não se admite que o Estado seja provedor de pessoal de entidades particulares.”²²

Anuímos com o dileto doutrinador quanto à questão do deslocamento de servidores públicos para os quadros de uma organização social. Realmente, a organização social deveria ter seu quadro próprio de empregados, não devendo se valer de servidores públicos para realizar as funções/tarefas a seu cargo.

Entretanto, com a devida vênia e de forma diversa do argumentado pelo eminente administrativista, pensamos que os serviços públicos não exclusivos podem ser transpassados para que restem prestados pelas organizações sociais, desde que haja fiscalização e controle permanentes do Poder Público. Com base nos arts. 196, 199, 204, 208, 209, 201, § 8º, 204, 225, todos da CF/88, os serviços referidos no art. 1º, da Lei Federal nº 9.637/98 podem ser prestados tanto pelo Poder Público, quanto pela Iniciativa Privada.

Em relação à necessidade ou não de licitação para contratação das organizações sociais, entendemos que, por se tratar o “Contrato de Gestão” mais um Convênio²³ do que um Contrato, como anteriormente já

²² MELLO, *Idem*, p. 222-224.

²³ Ronny Charles bem destaca: “O modelo licitatório previsto na Lei nº 8.666/93 não é totalmente compatível com esse tipo de parceria, pois, quando de sua criação, a norma primordialmente visou a reger relações de outra natureza, em que os interesses eram contrapostos e ensejavam um ambiente de disputa. É necessária a concepção de modelos próprios que, acreditamos, concentrem as amarras necessárias à utilização dos recursos públicos no efetivo controle social, permitindo a fiscalização da legalidade e da moralidade, não obstante evite excessivas burocracias formais, frustradoras da eficiência. (...) Em termos práticos, as atividades resultantes dos termos de parceria e contratos de gestão, pelas OSCIP’s e OS’s, parecem mais com convênios, comumente realizados entre órgãos públicos (com transferência de recursos e existência de interesses e objetivos comuns), que com as

demonstrado, a licitação pode ser dispensável, desde que reste comprovado ser vantajosa a contratação para o Poder Público, não haja outros interessados para prestar o serviço público almejado, e ficar evidenciado ser a contratação o instrumento jurídico mais adequado para melhoria da prestação do serviço público, com maior qualidade e menores custos.

Portanto, evidencia-se que, para formalização do Contrato de Gestão, o Poder Público deve, ao menos, adotar um procedimento administrativo específico, com a finalidade precípua de demonstrar a pertinência e adequação da contratação, com respeito aos princípios retores da atuação da Administração Pública²⁴.

Já, corroborando com as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, a Profa. Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁵ defende ser até mesmo imoral a contratação de organizações sociais para prestação de serviços públicos. Atente-se à visão da doutrinadora:

“No livro *Parcerias na administração pública*, destacamos o conteúdo de imoralidade contido na lei, os riscos para o patrimônio público e para os direitos do cidadão. Em primeiro lugar, porque fica muito nítida a intenção do legislador de instituir um mecanismo de fuga ao regime jurídico de direito público a que se submete a Administração Pública. O fato de a organização social absorver atividade exercida por ente estatal e utilizar o patrimônio público e servidores públicos antes a serviço desse mesmo ente, que resulta extinto, não deixa dúvidas de que, sob a roupagem de entidade privada, o real objetivo é o de mascarar uma situação que, sob todos os aspectos, estaria sujeita ao direito público. É a mesma atividade que vai ser exercida pelos mesmos servidores públicos e com utilização do mesmo patrimônio. Por outras palavras, a idéia é de que os próprios servidores da entidade a ser extinta constituam uma pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, e se habilitem como organizações sociais, para exercer a mesma atividade que antes

contratações mercantis realizadas pelos entes estatais.” (TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de licitações públicas comentadas**. 3. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2010, p. 138).

²⁴ Tal entendimento restará aprofundado a seguir e no próximo tópico do presente trabalho.

²⁵ DI PIETRO, *Op. Cit.*, p. 420-421.

exerciam e utilizem o mesmo patrimônio, porém sem a submissão àquilo que se costuma chamar de ‘amarras’ da Administração Pública.

Vale dizer que os riscos e as falhas são exatamente os mesmos apontados com relação às entidades de apoio analisadas no item 11.3. Trata-se de entidades constituídas *ad hoc*, ou seja, com o objetivo único de se habilitarem como organizações sociais e continuarem a fazer o que faziam antes, porém com nova roupagem. São entidades fantasmas, porque não possuem patrimônio próprio, sede própria, vida própria. Elas viverão exclusivamente por conta do contrato de gestão com o poder público.”

No nosso entender, não assiste razão nos argumentos da eminente doutrinadora. O Regime Jurídico de Direito Público resta em parte mantido e aplicado em relação às contratações das organizações sociais, que devem cumprir o estabelecido nos Contratos de Gestão, sendo destas organizações exigidas a qualidade dos serviços prestados.

Por cautela, não se pode afastar a legislação aplicável e considerar imorais as contratações de organizações sociais apenas diante de desvios fáticos e pontuais, decorrentes principalmente da falta de operacionalidade e da fiscalização do Poder Público.

Por último, cabe ressaltar a tese de doutoramento de Luciana de Medeiros Fernandes²⁶, em que a diletta doutrinadora efetua detalhado estudo, defendendo que as Organizações Sociais, delineadas nos moldes previstos na Lei Federal nº 9.6376/98, não atenderiam aos princípios constitucionais retores da Administração Pública brasileira, representando uma verdadeira agressão à gestão da coisa pública. Senão, atente-se para a conclusão da autora:

“(...) entende-se que a lei das organizações sociais é inconstitucional, especialmente ao desobrigar o Estado de cumprir com deveres constitucionais, privatizando serviços públicos de marcada essencialidade, inclusive com extinção dos entes públicos prestadores,

²⁶ FERNANDES, Luciana de Medeiros. **Reforma do Estado e Terceiro Setor**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 480.

colocando em seu lugar frágeis pessoas jurídicas de direito privado, sem qualquer existência anterior, a desempenhar exatamente as mesmas atividades, com a utilização dos mesmos recursos materiais e humanos, mas com um regime mais 'suave' ou 'flexível', que o de direito público. Exatamente o elastério constante da lei referenciada, bem como as suas significativas lacunas, incompatíveis com a gestão da coisa pública, violam todos os princípios constitucionais relativos à Administração Pública, constantes da CF, art. 37, caput, bem como os preceitos fundamentais implícitos, a exemplo da razoabilidade;"

Com a devida vênia, a perspicaz análise da diletta doutrinadora acaba se apoiando em uma visão unilateral, tomando as Organizações Sociais como substitutas totais da Administração Pública na prestação de serviços públicos.

No nosso entendimento, com o respeito necessário e as nossas homenagens à brilhante professora e doutrinadora, não se deve interpretar a Lei Federal nº 9.637/98 de uma forma literal e pontual, restringido sua aplicação ao entendimento de que a criação de Organizações Sociais implica a "privatização" estrita de serviços públicos. Na realidade, a interpretação da Lei Federal nº 9.637/98 deve ser feita de forma integrada ao conjunto de valores e princípios constitucionais retores da relação Poder Público e sociedade, que norteiam a convivência social atual lastreada no novo constitucionalismo.

Nestes termos, deve-se fazer uma interpretação conforme a Constituição das diversas normas postas que caracterizam as Organizações Sociais, a fim de estabelecer parâmetros relacionais adequados de subsidiariedade, de complementariedade e de cooperação entre o Poder Público e as Organizações Sociais, seja para não esvaziar a Administração Pública de suas obrigações e responsabilidades, seja para não desvalorizar e relegar a implantação das Organizações Sociais; tornando, assim, as Organizações Sociais mais um instrumento jurídico que possa ser utilizado, com o devido controle e fiscalização estatal, na melhoria da prestação de serviços públicos, com eficiência e economicidade em benefício de toda a sociedade.

Além das críticas doutrinárias, existe, ainda, em tramitação no Supremo Tribunal Federal, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923, proposta

no final do ano de 1998 pelo PDT e PT, procurando ver declarada a inconstitucionalidade total da Lei Federal nº 9.673/98 e do inciso XXIV, do art. 24, da Lei Federal nº 8.666/93, com a redação dada pela Lei Federal nº 9.648/98.

Em apertada síntese, os argumentos colacionados contra as Leis Federais nº 9.673/98 e nº 9.648/98, em sede da petição inicial da ADIN nº 1923, são os seguintes: 1-) Não se poderia haver a dispensa de licitação para contratação das organizações sociais; 2-) Os serviços públicos de saúde, de educação, de cultura, de proteção do meio ambiente, de pesquisa científica e de desenvolvimento tecnológico não podem ser atribuídos a entes privados por serem serviços públicos inerentes às funções do Estado, sob pena de agressão a vários dispositivos constitucionais; 3-) O princípio da impessoalidade teria sido ferido ao permitir o uso de bens públicos sem licitação, não havendo também a fixação devida da remuneração dos gestores/administradores destas organizações sociais; e 4-) A cessão de servidores públicos para organizações sociais não tem amparo constitucional.

Em agosto de 2007, ou seja, quase 10 (dez) anos após a entrada em vigor da legislação que trata das organizações sociais e do ajuizamento da ADIN nº 1923, foi indeferido o pedido de liminar, principalmente sob o argumento de que não haveria mais o *periculum in mora* a justificar a concessão da medida cautelar.

“EMENTA: MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 9.637, DE 15 DE MAIO DE 1.998. QUALIFICAÇÃO DE ENTIDADES COMO ORGANIZAÇÕES SOCIAIS. INCISO XXIV DO ARTIGO 24 DA LEI N. 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1.993, COM A REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI N. 9.648, DE 27 DE MAIO DE 1.998. DISPENSA DE LICITAÇÃO. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 5º; 22; 23; 37; 40; 49; 70; 71; 74, § 1º E 2º; 129; 169, § 1º; 175, CAPUT; 194; 196; 197; 199, § 1º; 205; 206; 208, § 1º E 2º; 211, § 1º; 213; 215, CAPUT; 216; 218, §§ 1º, 2º, 3º E 5º; 225, § 1º, E 209. INDEFERIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR EM RAZÃO DE DESCARACTERIZAÇÃO DO PERICULUM IN MORA.

1. Organizações Sociais --- pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, direcionadas ao exercício de atividades referentes a ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde.
2. Afastamento, no caso, em sede de medida cautelar, do exame das razões atinentes ao *fumus boni iuris*. O *periculum in mora* não resulta no caso caracterizado, seja mercê do transcurso do tempo --- os atos normativos impugnados foram publicados em 1.998 --- seja porque no exame do mérito poder-se-á modular efeitos do que vier a ser decidido, inclusive com a definição de sentença aditiva.
3. Circunstâncias que não justificariam a concessão do pedido liminar.
4. Medida cautelar indeferida.”²⁷

Agora, no final do mês de março de 2011, iniciou-se o julgamento do mérito da ADIN nº 1923, tendo o Ministro Relator Ayres de Brito exarado seu voto, no sentido da procedência parcial da Ação Direta de Inconstitucionalidade. Veja-se a conclusão do voto exarado:

43. Ante o exposto, voto pela **procedência parcial** desta ação direta. Isto para declarar a inconstitucionalidade dos seguintes dispositivos da Lei 9.637/98: a) o fraseado “*quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social*”, contido no inciso II do art. 2º; b) a expressão “*com recursos provenientes do contrato de gestão, ressalvada a hipótese de adicional relativo ao exercício de função temporária de direção e assessoria*”, contida no § 2º do art. 14; c) os arts 18, 19, 20, 21 e 22, com a modulação proposta no parágrafo anterior. Interpreto ainda, “conforme à Constituição” os arts. 5º, 6º e 7º da Lei 9.637/98 e o inciso XXIV do art. 24 da Lei 8.666/93, para deles afastar qualquer

²⁷ADI 1923 MC / DF - DISTRITO FEDERAL - MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, Relator: Min. ILMAR GALVÃO, Relator p/ Acórdão: Min. EROS GRAU (ART.38,IV,b, DO RISTF), Julgamento: 01/08/2007, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação DJe-106, DIVULG-20-09-2007, PUBLIC-21-09-2007, DJ 21-09-2007 PP-00020, EMENT VOL-02290-01 PP-00078, RTJ VOL-00204-02 PP-00575.

interpretação excludente da realização de um peculiar proceder competitivo público e objetivo para: a) a qualificação de entidade privada como “organização social”; b) a celebração do impropriamente chamado “contrato de gestão

Em sede do detalhado voto²⁸ exarado pelo Ministro Relator Ayres de Brito, restou evidenciado o seguinte:

- 1-) Em seu voto, o Ministro Relator entendeu que as organizações sociais não poderiam absorver na integralidade todo o patrimônio, os servidores públicos e a prestação de serviço público prestado pelo Poder Público Federal, como restou destacado nos arts. 18 a 22, da Lei Federal nº 9.637/98, o que resta considerado inconstitucional;
- 2-) Entretanto, as organizações sociais poderiam, na visão do eminente Relator, atuar em parceria e colaboração com o Estado, para fins de prestar serviços públicos de relevância pública e não exclusivos do Estado previstos no art. 1º da Lei 9.637/98, podendo, para tanto, receber recursos do Poder Público, restando autorizada pela Constituição este tipo de parceria do Setor Público com o Setor Privado;
- 3-) O Ministro Relator decidiu que o Contrato de Gestão na realidade é um Convênio, não havendo necessidade de processo licitatório para formalização de convênios e até mesmo para efetivação de permissão de uso de bem público; não ocorrendo, assim, inconstitucionalidade a ser impingida ao inciso XXIV do art. 24 da Lei 8.666/93, com a redação dada pela Lei 9.648/98;
- 4-) Mesmo estabelecendo não haver necessidade de procedimento licitatório, o eminente Ministro Relator defendeu a necessidade de abertura de processo administrativo que “demonstre, objetivamente, em que o regime da parceria com a iniciativa privada se revele como de superior qualidade frente à atuação isolada

²⁸ Íntegra do voto do Min. Relator Ayres de Brito. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto_rel_1923.pdf. Acesso em: 03 abr. 2011.

ou solitária do próprio Estado enquanto titular da atividade em questão; b) não libera a Administração da rigorosa observância dos princípios constitucionais da publicidade, da moralidade, da impessoalidade, da eficiência e, por conseguinte, da garantia de um processo objetivo e público para a qualificação das entidades como organizações sociais e sua específica habilitação para determinado 'contrato de gestão'; c) não afasta a motivação administrativa quanto à seleção de uma determinada pessoa privada, e não outra, se outra houver com idêntica pretensão de emparceiramento com o Poder Público; d) não dispensa a desembaraçada incidência dos mecanismos de controle interno e externo sobre o serviço ou atividade em concreto regime de parceria com a iniciativa privada.”;

5-) Ainda, no seu voto, o douto Relator destacou que o Ato Administrativo de atribuição da condição de organização social a um ente privado não é um ato de caráter discricionário do Administrador Público, sujeito a juízo de conveniência e oportunidade, sob pena de ofensa aos princípios da isonomia e da imparcialidade retores da Administração Pública; sendo, portanto, inconstitucional a expressão “quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social”, destacada no inciso II, do art. 2º da Lei 9.637/98,

6-) Por fim, o eminente Ministro Relator entendeu serem inconstitucionais parte do § 1º e do § 2º, do art. 14, da Lei 9.637/98, que permitem o pagamento de vantagem pecuniária e adicionais de direção/assessoria a servidor público cedido e à sua disposição de organização social, por agredirem os arts. 37, X e 169, § 1º, da CF/88.

Após o voto do Ministro Relator, o eminente Ministro Luiz Fux pediu vista dos autos para melhor apreciação, suspendendo o curso do julgamento da ADIN nº 1923.

No presente momento, como se observa do voto do Ministro Relator Ayres de Britto, há uma tendência à manutenção da maior parte dos dispositivos da Lei Federal nº 9.637/98, relacionada à caracterização de entidades como organizações sociais e à dinâmica de formalização dos

Contratos de Gestão, desde que estas entidades não substituam de forma integral a prestação de serviços públicos a cargo da Administração Pública.

Agora, em respeito à segurança jurídica e para fins de balizamento do relacionamento entre as Organizações Sociais e o Poder Público na prestação de serviços públicos, resta acompanhar e esperar para que haja um breve desfecho do julgamento desta ADIN nº 1923, que já se encontra há mais de 10 (dez) anos em tramitação no STF.

5. O FUTURO DA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS NÃO EXCLUSIVOS: UM NOVO MODELO DE GESTÃO PÚBLICA?

Mesmo considerando todas as críticas presentes na doutrina pátria e os argumentos destacados na petição inicial da ADIN nº 1923, não entendemos que a dinâmica de atuação das denominadas Organizações Sociais, mediante Contratos de Gestão, previstas nas Leis Federais nº 9.637/98 e nº 9.648/98, sejam totalmente inconstitucionais. Senão, veja-se:

Sem apego a sempre presente discussão quanto a “políticas neoliberais”, o fato é que a Administração Pública deve atuar em conjunto com a sociedade civil organizada (Terceiro Setor), para promover uma melhora contínua da prestação dos seus serviços públicos, especialmente os voltados ao atendimento das necessidades das classes sociais mais carentes.

Esta cooperação entre a Administração Pública e sociedade se lastreia nos princípios da solidariedade, da participação social na gestão pública, da democratização, representando a superação da clássica dicotomia, atualmente bastante enfraquecida, da esfera pública x esfera privada.

A idéia de compartilhamento da prestação de serviços públicos não exclusivos entre os Setores Públicos e Privados é deveras relevante, gerando, inclusive, maior responsabilização da sociedade organizada na busca de uma melhoria contínua da qualidade dos serviços públicos.

Com a devida vênia, não se está, aqui, a defender a ausência do Poder Público na prestação dos serviços públicos (por exemplo: saúde, cultura e educação), mas, sim, o fortalecimento da prestação destes serviços por meio da atuação das organizações sociais subsidiadas pela Administração Pública.

A busca da qualidade, dos resultados e da melhoria contínua da prestação dos serviços públicos à comunidade deve ser uma busca constante da

Administração Pública, devendo ela se utilizar de todos os instrumentos de caráter jurídico, político e social para conseguir prestar à sociedade todos os serviços necessários à garantia da dignidade da pessoa humana.

Infelizmente, as críticas direcionadas a algumas organizações sociais, relacionadas aos desvios de dinheiro público e ao não atendimento fático de seus compromissos institucionais, não podem ser generalizadas para todos estes entes do terceiro setor.

Ao contrário, o verdadeiro culpado pela perpetuação destes tipos de desvios é o próprio Poder Público que não promove uma real, adequada e efetiva fiscalização, nos termos inclusive delineados na própria Lei Federal nº 9.637/98. O entendimento de José dos Santos Carvalho Filho²⁹ flui muito neste sentido:

“O novo sistema, como se pode observar, tem na parceria entre o Poder Público e entidades privadas sem fins lucrativos o seu núcleo jurídico. A descentralização administrativa nesse tipo de atividade pode propiciar grande auxílio ao governo, porque as organizações sociais, de um lado, têm vínculo jurídico que as deixa sob controle do Poder Público e, de outro, possuem a flexibilidade jurídica das pessoas privadas, distante dos freios burocráticos que se arrastam nos corredores dos órgãos públicos. Não obstante, entendemos que o sucesso do empreendimento depende de fator que, segundo temos observado, tem estado ausente ou deficiente nas atribuições do Poder Público, qual seja, o da fiscalização das entidades e do cumprimento de seus objetivos. Sem fiscalização, é fácil vislumbrar situações de descalabro administrativo, de desfiguração dos objetivos e, o que é pior, de crimes financeiros contra o governo.”

Ao nosso sentir, as únicas críticas às Leis Federais nº 9.637/98 e nº 9.648/98 que subsistem dizem respeito à necessidade de maior respeito aos princípios constitucionais da isonomia e da ampla competitividade, na interpretação dos dispositivos desta legislação federal. Senão, explica-se:

²⁹ CARVALHO FILHO, *Op. Cit.*, p. 275.

Primeiro, a qualificação de organização social deve ser atribuída a **QUALQUER** pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, que preencham os requisitos exigidos na Lei Federal nº 9.637/98 (arts. 1º, 2º, 3º e 4º). Inclusive, entende-se, - com a devida vênia -, que não deveria haver a participação do Poder Público no Conselho de Administração destas entidades, como resta delineado no art. 3º, I, “a”, da Lei Federal nº 9.637/98, por isto implicar em quebra da isonomia em caso de haver outras entidades interessadas em obter a qualificação de organização social, além de uma ingerência indevida do Poder Público na administração da organização social.

Da mesma forma, o ato administrativo do Ministro de Estado ou do titular do órgão supervisor/regulado de atribuição da condição de organização social a pessoa jurídica de direito privado não deve ser considerado um ATO DISCRICIONÁRIO, sujeito a juízo de mera conveniência ou oportunidade, sob pena de haver também a quebra do princípio da isonomia que garante tratamento igualitário a todos e de afronta ao princípio da imparcialidade.

Neste sentido, com base nos valores e princípios constitucionais postos, não há como prevalecer no ordenamento jurídico pátrio o inciso II, do art. 2º, e a alínea “a”, do inciso I, do art. 3º, da Lei Federal nº 9.637/98, que se apresentam flagrantemente inconstitucionais; devendo o ato administrativo de reconhecimento da condição de organização ser um ATO VINCULADO, que poderá ser usufruído por qualquer ente privado que preencha os requisitos legais pertinentes, não devendo haver a participação do Poder Público no Conselho de Administração das organizações sociais.

Segundo, para fins de efetuar a contratação de uma organização social, o Poder Público deve proceder, pelo menos, a um chamamento público e avaliar as propostas/programas de trabalho mais adequadas, caso existam várias organizações sociais em atuação.

Tal orientação, inclusive, não vai de encontro ao art. 24, XXIV³⁰, da Lei Federal nº 8.666/93, com a redação dada pela Lei Federal nº 9.648/99, tendo

³⁰Marçal Justen Filho defende o contrário, entendendo o seguinte: “Não é possível que as contratações de gestão façam-se às ocultas, sem cumprimento do requisito da publicidade. Para tanto, o Estado terá o dever de estabelecer as condições básicas previstas para o contrato de gestão. Em última análise, a existência de um único interessado somente poderá ser apurada mediante a realização de procedimento de natureza seletiva, ao qual tenham acesso todos os possíveis interessados. A inexigibilidade poderá decorrer, porém, de peculiaridades da atividade objeto do contrato de gestão, em que a competição não possa ser selecionada por critérios objetivos.” (JUSTEN FILHO, Marçal.

em vista que, nas hipóteses de dispensa de licitação, resta a necessidade do Gestor Público destacar as razões de escolha do ente a ser contratado e do preço acordado, nos termos dos incisos, do parágrafo único, do art. 26, da Lei Federal nº 8.666/93³¹.

Já, por meio do Decreto Federal nº 6.170/2007, restou previsto que a União Federal somente poderá efetuar a contratação de serviços de entidades privadas sem fins lucrativos, caso haja no mínimo a cotação prévia de preços no mercado, para fins de averiguação da vantajosidade em favor do Poder Público. No entender de Ronny Charles³², este recente decreto se aplica nas contratações das organizações sociais, por meio de Contratos de Gestão, representando um avanço mesmo que tímido, atente-se:

“Mesmo que timidamente, ao menos avançamos para um critério seletivo objetivo, e não apenas habilitatório (sic. *Decreto Federal nº 6.170/2007*), coibindo o enorme rastro de corrupção e quebra do princípio da impessoalidade administrativa que se formou no âmbito dessas transferências de recursos, fazendo com que uma minoria de entidades do terceiro setor, com seus aliados políticos, maculassem o importante trabalho feito pelas demais entidades, sejam OSCIP's, ONG's ou OS's, provenientes da sociedade civil e com valorosos trabalhos comunitários.”

Assim sendo, em respeito aos princípios da isonomia, da imparcialidade e da ampla competitividade, deve-se interpretar conforme a constituição o art. 24, XXIV, da Lei Federal nº 8.666/93, com a redação dada pela Lei Federal nº 9.648/99, para fins de exigir a realização de um procedimento seletivo prévio, mesmo que não tenha o caráter formal de uma licitação,

Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009, p. 333-334).

³¹ “Art. 26. *omissis* (...) Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos: I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso; II - razão da escolha do fornecedor ou executante; III - justificativa do preço; IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.” – (Lei Federal nº 8.666/93 e alterações normativas posteriores)

³² TORRES, *Op. Cit.*, p. 140.

para fins de escolha da melhor proposta e da mais adequada organização social que irá prestar o serviço público almejado.

Terceiro, entende-se que a legislação atualmente existente, em relação às organizações sociais, pode ser aprimorada, com o estabelecimento de critérios mais rígidos para seleção das organizações sociais que irão firmar Contratos de Gestão com o Poder Público, e com o detalhamento de como serão aferidos os resultados e as metas a serem alcançadas na execução dos Contratos de Gestão.

Também, a legislação deveria ser adensada, com a previsão de critérios objetivos de como devem ser calculados e/ou previstos os valores a serem repassados do orçamento público para as organizações sociais, com um maior detalhamento das formas de controle e de fiscalização a serem adotadas pelo Poder Público.

Resta, ainda, destacar que o fato de um serviço público estar sendo prestado por uma organização social, por meio de Contrato de Gestão, não exime o Poder Público de sua responsabilidade de controle, de fiscalização e de manutenção da qualidade do serviço prestado pelo Terceiro Setor, tendo em vista que este é o verdadeiro titular do serviço público, mesmo do não exclusivo.

No nosso entender, não há “privatização” de serviços públicos, nem tampouco “terceirização” de atividades de responsabilidade do Poder Público, nem mesmo negligência quanto ao atendimento aos interesses da sociedade na contratação de organizações sociais, quando elas atuam em complementação à prestação de serviços públicos pelo Estado³³.

Assim sendo, com as devidas adequações e interpretações à luz das normas, princípios e valores constitucionais, entendemos que a parceria entre a Administração Pública e o Terceiro Setor (sociedade civil organizada) abre um novo âmbito para implementação de uma nova gestão pública no Brasil, compartilhada com toda a sociedade, na busca da maior eficiência possível na prestação dos serviços públicos à população.

³³ Inclusive, já há exemplos no Brasil da aparentemente adequada aplicação dos Contratos de Gestão, com a melhoria na prestação de serviços públicos, como se infere do que está ocorrendo no Estado de Pernambuco em relação aos serviços prestados na rede hospitalar pública estadual recém instalada (Hospital Metropolitano Norte Miguel Arraes de Alencar e algumas Unidades de Pronto Atendimento – UPAs), geridas dentre outros pela Fundação Professor Martiniano Fernandes – IMIP HOSPITALAR.

CONCLUSÃO

Ao findar do presente trabalho, espera-se ter caracterizado as Organizações Sociais no âmbito de um novo paradigma relacional entre o Poder Público e a sociedade organizada (Terceiro Setor); demonstrando que a coalizão de esforços dos Setores Públicos e Privados é algo extremamente benéfico para o atendimento das necessidades da população, especialmente quanto à prestação dos serviços públicos não exclusivos de grande interesse coletivo, rumo à promoção da cidadania e da dignidade da pessoa humana.

Frise-se que esta relação Administração Pública e sociedade deve ser continuamente aprofundada, possibilitando a efetivação de um ambiente democrático de acesso ampliado e de qualidade aos serviços públicos.

Neste sentido, as organizações sociais, desde que devidamente selecionadas com base em critérios públicos, objetivos e imparciais, e estando permanentemente fiscalizadas pelos agentes do Poder Público competente, podem servir como via de melhoria na prestação dos serviços públicos não exclusivos no Brasil.

Novamente, resta destacar que não se está defendendo o esvaziamento das funções/poderes/atribuições do Estado/Poder Público. Ao contrário, tenciona-se que a atuação da Administração Pública seja cada vez mais melhorada, especialmente no âmbito da prestação de serviços públicos, com a utilização subsidiária de vários instrumentos, dentre os quais se evidencia o apoio do Terceiro Setor (no presente caso estudado: as Organizações Sociais).

Note-se, também, que a atuação das Organizações Sociais, por intermédio dos Contratos de Gestão, visa atender apenas a algumas áreas do serviço público (educação, tecnologia, meio ambiente, cultura e saúde), tendo interpretação restritiva por flexibilizar em parte o Regime de Direito Público; não eximindo, neste aspecto, as responsabilidades inerentes do Poder Público, verdadeiro titular do serviço público a ser prestado.

Enfim, mesmo considerando as críticas existentes, resta a expectativa de que o Pretório Excelso – STF, ao apreciar a constitucionalidade das Leis Federais nº 9.637/98 e nº 9.648/98, promova uma adequada interpretação lastreada na Constituição Federal, decidindo por valorizar as Organizações Sociais, como mais um instrumento de melhoria da gestão pública brasileira em benefício de toda a sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Flávia Cristina Moura de. **Direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CAL, Arianne Brito Rodrigues. **As agências reguladoras no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERNANDES, Luciana de Medeiros. **Reforma do Estado e Terceiro Setor**. Curitiba: Juruá, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

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

SANTOS, Marcos André Couto. A delimitação de um conteúdo para o direito: em busca de uma renovada teoria geral com base na proteção da dignidade da pessoa humana. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 38, n. 153, p. 163-191, jan./mar, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de licitações públicas comentadas**. 3. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2010.

DOCUMENTOS PESQUISADOS

Cadernos MARE da reforma do estado - vol. 2. Disponível em <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/publicacao/seges/PUB_Seges_Mare_caderno02.PDF> Acesso em: 03 abr. 2011.

Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>> Acesso em: 03 abr. 2011.