

AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Gustavo Justino de Oliveira

Pós-doutor em Direito Administrativo pela Universidade de Coimbra. Doutor em Direito do Estado pela USP. Presidente da Comissão de Direito do Terceiro Setor da OAB-PR. Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Advogados do Terceiro Setor – IBATS. Professor do Mestrado em Direito Constitucional da Unibrasil (Curitiba-PR). Justino de Oliveira Advogados Associados

Sumário: 1. Introdução. 2. As organizações sociais na Lei federal n. 9.637/98. 3. Análise da decisão proferida na Medida Cautelar da Adin n. 1.923-DF: reflexos na continuidade e na propagação do modelo das organizações sociais. 3.1 Contextualização político-institucional e dogmática da matéria. 3.2 A organização social como entidade da Administração Pública indireta e a figura do contrato de gestão. 3.3 A “privatização das funções estatais” e as organizações sociais. 3.3.1 Estado contratual e Estado financiador: a importância dos instrumentos de colaboração público-privada no mundo contemporâneo. 3.4 As organizações sociais e a submissão à obrigatoriedade da licitação. 3.5 Síntese opinativa. 4. Considerações finais sobre a relação entre a decisão proferida na Medida Cautelar da Adin n. 1.923-DF e o Terceiro Setor no Brasil

1. Introdução

Em 1º.12.98, o Partido dos Trabalhadores-PT e o Partido Democrático Trabalhista-PDT ajuizaram no Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.923-DF, impugnando diversos dispositivos da Lei Federal n. 9.637, de 15 de maio de 1998, diploma que instituiu e regulamentou o modelo jurídico-normativo das organizações sociais no âmbito da União Federal. Além disso, foi impugnada a hipótese de dispensa de licitação trazida pelo art. 1º, da Lei Federal n. 9.648/98, abrigada no inc. XXIV do art. 24 da Lei Federal n. 8.666/93, que afasta a obrigatoriedade de licitação “*para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações*

sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão”.

Ambas as impugnações calcam-se na pretensa ofensa aos seguintes preceitos da Constituição de 1988: art. 5º, inc. XVII e XVIII; art. 22, inc. XXVII; art. 23, incs. I, II, III, IV, VI e VII; art. 37, caput, incs. II e XXI; art. 40, inc. I, III a) a c), § 4º; art. 49, inc. X; art. 70, caput e par. único; art. 71, incs. II e III; art. 74; art. 129, incs. I a III; art. 169; art. 175, caput; art. 194; art. 196; art. 197; art. 199, caput e § 1º; art. 205; art. 206, incs. III, IV e VI; art. 208; art. 211, caput e § 1º; art. 213, incs. I e II; art. 215; art. 216; art. 218, e art. 225, incs. I, II, V e VII.

O pedido de concessão de medida cautelar da ADIn n. 1.923-DF foi por maioria indeferido, em Sessão Plenária realizada no dia 01.08.07, quase nove anos após a sua proposição. Este fato foi destacado e ponderado pelos **Ministro Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes**, pois poderia caracterizar na hipótese a figura do *periculum in mora* reverso, diante da longa passagem do tempo para a apreciação e para o julgamento da medida cautelar da ADIn, tempo esse contado a partir da edição da Lei Federal n. 9.637/98.

A decisão recebeu a seguinte 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 (**DJU de 21.09.2007**)

Por tratar-se de matéria complexa e intrinsecamente polêmica, não houve amplo consenso por parte dos Ministros da Excelsa Corte, cujos debates não expressaram acentuada convergência em torno do voto condutor do

Eminente Relator Ministro Ilmar Galvão. Muitas questões jurídicas foram suscitas e, tendo em vista estar-se diante de um juízo de cognição sumária, restou claro que a preferência de alguns Ministros foi a de deixar para o juízo de mérito o melhor enquadramento e consequente enfrentamento dos pontos nodais da matéria levada a apreciação na Corte Suprema, em sede de controle abstrato de constitucionalidade.

Antecipamos que o entendimento do STF acerca da matéria é de suma importância, dado o processo de gestação adiantada da instituição de um novo modelo jurídico-institucional de entidades típicas da Administração Pública Indireta, o qual visaria complementar ou mesmo substituir o papel das organizações sociais no sistema administrativo brasileiro. Trata-se da **fundaçāo estatal**, cuja proposta de regulamentação está consubstanciada no Projeto de Lei Complementar n. 92/2007, em trâmite no Congresso Nacional.¹

Ademais disso, passará o Supremo Tribunal Federal a examinar a ADIn n. 1.943-DF,² proposta pelo Conselho Federal da OAB, cujo andamento estava sobrestado até o julgamento da medida cautelar prolatada na ADIn n. 1.923-DF.

Destarte, pretendemos aqui colocar em relevo alguns dos argumentos defendidos e posições jurídicas assumidas pelos Ministros que participaram deste julgamento para, ao final, sinalizar com possíveis reflexos da decisão ora enfocada na continuidade e na propagação do modelo das organizações sociais e de seu contrato de gestão.³

2. As organizações sociais na Lei federal n. 9.637/98

¹ Para maiores esclarecimentos acerca deste novo formato institucional de entidades públicas, cf. BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Gestão. Projeto Fundação Estatal – Perguntas e Respostas. Brasília: MP, 2007. 48p. Cumpre colocar em relevo, igualmente, que por meio da Portaria n. 426, de 06 de dezembro de 2007 (D.O.U de 10.12.07), o Ministro do Planejamento, Orçamento e Gestão constituiu Comissão de Juristas com o objetivo de elaborar anteprojeto de lei orgânica da Administração Pública Federal e entes de colaboração, sob a presidência da Profa. Dra. Maria Sylvia Zanella Di Pietro. As organizações sociais, no entendimento da dominante da doutrina brasileira, podem ser compreendidas como um ente de colaboração da Administração Pública.

² A ADIn n. 1.943-DF impugna dispositivos da Lei Federal n. 9.637/98, notadamente em virtude de suposta ofensa ao princípio constitucional da obrigatoriedade da licitação (art. 37, inc. XXI, da Lei Maior), e encontra-se sob a relatoria do Ministro Carlos Brito.

³ Para um aprofundamento da temática, cf. nossos Comentários à Medida Cautelar da ADIn n. 1.923-DF do STF, publicado na Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTs, Belo Horizonte, n. 2, p. 177-210, jul./dez. 2007.

Inicialmente, salientamos que a qualificação federal das **organizações sociais** foi instituída pela Medida Provisória nº 1.591, de 09 de outubro de 1997, posteriormente convertida na Lei federal nº 9.637, de 15 de maio de 1998, cujo art. 1º estipula que “o Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos aos requisitos previstos nesta Lei”.

De acordo com o art. 20 do diploma legal assinalado, deveria ser criado, mediante decreto do Poder Executivo, o **Programa Nacional de Publicização - PNP**, com o objetivo de estabelecer diretrizes e critérios para a qualificação de organizações sociais, a fim de assegurar a absorção de atividades desenvolvidas por entidades ou órgãos públicos da União, que atuem nas atividades referidas no art. 1º, por organizações sociais, qualificadas na forma desta Lei, observadas as seguintes diretrizes: I - ênfase no atendimento do cidadão-cliente; II - ênfase nos resultados, qualitativos e quantitativos nos prazos pactuados; III - controle social das ações de forma transparente.

Percebe-se que no contexto geral da Reforma do Aparelho do Estado, a concepção das organizações sociais legitimaria, de um lado, a extinção de órgãos e entidades públicas que estivessem levando a cabo atividades elencadas no art. 1º da Lei federal nº 9.637/98, sendo que tais entidades seriam recriadas, porém destituídas de vínculos orgânicos com a Administração pública de origem. E nos termos do § 1º do art. 22 da lei assinalada, “a absorção pelas organizações sociais das atividades das unidades extintas efetivar-se-á mediante a celebração de contrato de gestão, na forma dos arts. 6º e 7º”.

De outro lado, a configuração das organizações sociais fomentaria a atividade associativa na sociedade civil, incentivando a criação de entidades privadas não lucrativas *ad hoc*, ou seja, instituídas no formato da organização jurídica preconizada pela Lei federal nº 9.637/98 e para desenvolver tão-somente atividades relacionadas com as áreas enumeradas no art. 1º (ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde).

Em ambos os casos, com base em um contrato de gestão, Estado e organizações sociais passariam a desenvolver atividades mútuas e colaborativas, especificamente nas áreas relacionadas na Lei federal nº 9.637/98.

Consoante o art. 5º da Lei federal nº 9.637/98, **contrato de gestão** é “o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas relacionadas no art. 1º”.

O contrato de gestão, elaborado de comum acordo entre o órgão ou entidade supervisora e a organização social, discriminará as atribuições, responsabilidades e obrigações do Poder Público e da organização social (art. 6º), e deverá ser submetido ao Ministro de Estado ou autoridade supervisora da área correspondente à atividade fomentada (par. único do art. 6º), após aprovação pelo Conselho de Administração da entidade (inc. IX do art. 4º).

Na elaboração do contrato de gestão, devem ser observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e, também, os 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 - 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 (art. 7º).

Convém ressaltar que o par. único do art. 7º do texto legislativo ora enfocado estabelece que “os Ministros de Estado ou autoridades supervisoras da área de atuação da entidade devem definir as demais cláusulas dos contratos de gestão de que sejam signatários”.

Ora, parece que no procedimento de estruturação do ajuste em tela, para que o mesmo possa configurar um autêntico **acordo administrativo colaborativo**, embora reserve-se esse direito de elaboração de cláusulas às autoridades públicas, a versão final do instrumento há de ser aprovada por ambas as partes, notadamente em atenção ao que estipula o *caput* do art. 6º.

Por seu turno, a execução do contrato de gestão celebrado por organização social será fiscalizada pelo órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade fomentada (art. 8º), cumprindo à organização social apresentar ao órgão ou entidade do Poder Público supervisora signatária do contrato, ao término de cada exercício ou a qualquer momento, conforme recomende o interesse público, relatório pertinente à execução do contrato de gestão, contendo comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados, acompanhado da prestação de contas correspondente ao exercício financeiro (§ 1º do art. 8º).

Os resultados atingidos com a execução do contrato de gestão devem ser analisados, periodicamente, por comissão de avaliação, indicada pela autoridade supervisora da área correspondente, composta por especialistas de notória capacidade e adequada qualificação, cabendo à comissão encaminhar à autoridade supervisora relatório conclusivo sobre a avaliação procedida (§§ 2º e 3º do art. 8º).

Nos termos do art. 16 da Lei federal nº 9.637/98, “o Poder Executivo poderá proceder à desqualificação da entidade como organização social, quando constatado o descumprimento das disposições contidas no contrato de gestão”.

De modo similar ao sucedido com a Associação das Pioneiras Sociais, a Lei federal nº 9.637/98 garante às entidades qualificadas como organizações sociais a destinação de recursos orçamentários e bens públicos necessários ao cumprimento do contrato de gestão (art. 12), a elas assegurando os créditos previstos no orçamento e as respectivas liberações financeiras, de acordo com o cronograma de desembolso previsto no contrato de gestão (§ 1º do art. 12).

Poderá ser adicionada aos créditos orçamentários destinados ao custeio do contrato de gestão parcela de recursos para compensar desligamento de servidor cedido, desde que haja justificativa expressa da necessidade pela organização social (§ 2º do art. 12), sendo que os bens de que trata este artigo serão destinados às organizações sociais, dispensada licitação, mediante permissão de uso, consoante cláusula expressa do contrato de gestão (§ 3º do art. 12).⁴

⁴ O art. 15 da Lei federal nº 9.637/98 determina que “são extensíveis, no âmbito da União, os efeitos dos arts. 11 e 12, § 3º, para as entidades qualificadas como organizações sociais pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, quando houver reciprocidade e

Além disso, o art. 14 da Lei federal nº 9.637/98 preconiza que “é facultado ao Poder Executivo a cessão especial de servidor para as organizações sociais, com ônus para a origem”, esclarecendo que (i) não será incorporada aos vencimentos ou à remuneração de origem do servidor cedido qualquer vantagem pecuniária que vier a ser paga pela organização social; (ii) não será permitido o pagamento de vantagem pecuniária permanente por organização social a servidor cedido com recursos provenientes do contrato de gestão, ressalvada a hipótese de adicional relativo ao exercício de função temporária de direção e assessoria e (iii) o servidor cedido perceberá as vantagens do cargo a que fizer jus no órgão de origem, quando ocupante de cargo de primeiro ou de segundo escalão na organização social (§§ 1º a 3º do art. 14).

Em face do *caput* e § 3º do art. 21 da Lei federal nº 9.637/98 foram extintos o Laboratório Nacional de Luz Síncrotron (integrante da estrutura do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - CNPq) e a Fundação Roquette Pinto (entidade vinculada à Presidência da República) e recriadas respectivamente como Associação Brasileira de Tecnologia Síncrotron - ABTLuS e Associação de Comunicação Educativa Roquette Pinto - ACERP, ambas qualificadas como organizações sociais.

Especificamente com tais entidades foram firmados os primeiros contratos de gestão com base no regime inaugurado pela Lei federal nº 9.637/98. Com a Associação de Comunicação Educativa Roquette Pinto - ACERP, o ajuste foi celebrado em 16 de janeiro de 1998; com a Associação Brasileira de Tecnologia Síncrotron - ABTLuS, no dia 29 de janeiro de 1998. Tais contratos inicialmente foram ajustados com prazo de duração de 2 (dois) anos, e vêm sendo renovados desde então.

3. Análise da decisão proferida na Medida Cautelar da Adin n. 1.923-DF: reflexos na continuidade e na propagação do modelo das organizações sociais

desde que a legislação local não contrarie os preceitos desta Lei e a legislação específica de âmbito federal”.

3.1 Contextualização político-institucional e dogmática da matéria

Não causa espanto que a divergência dos Ministros em torno da matéria tenha sido tão marcante.

Com efeito, como bem salientou o Ministro Gilmar Mendes em seu voto, o modelo das organizações sociais é um daqueles temas que se encontra inserido em um contexto de transformação do direito administrativo brasileiro, não podendo ser adequadamente compreendido, nem a partir de uma perspectiva tradicional de organização da Administração Pública, nem a partir de uma ótica voltada para um modelo clássico de gestão pública ou de regime jurídico-administrativo, este originalmente fundado em uma repartição rígida entre o público e o privado.

Talvez aqui resida a grande dificuldade do intérprete e do aplicador do Direito na assimilação do modelo das organizações sociais, em todos os seus aspectos e matizes, pois não é possível inseri-lo tranquilamente em uma das categorias clássicas do direito administrativo. Com esta afirmação não se pretende sustentar que princípios e preceitos constitucionais atinentes à Administração Pública não alcançariam a estruturação e as relações travadas pelas organizações sociais, mormente aquelas firmadas com o Poder Público.

Entretanto, torna-se necessário vislumbrar que os tipos colaborativos entre o público e o privado – espinha dorsal do modelo das organizações sociais - muito mais do que retratar a ascendência dessa ou daquela ideologia, hoje acabam por traduzir uma entre tantas opções possíveis para que o Estado possa desincumbir-se de suas responsabilidades perante os cidadãos a quem suas ações devem ser dirigidas.

As ações públicas atualmente devem estar voltadas a produzir maiores e melhores resultados; devem estar calcadas no critério da eficiência administrativa e, por isso, dependendo da área em que devam ser desenvolvidas e das necessidades que devam satisfazer, uma sinergia mais acentuada entre o público e o privado pode revelar-se a melhor opção a ser encabeçada pelo Poder Público. Nesse sentido, justificar-se-ia a aproximação mais intensa entre as esferas pública e privada, desde que ocorram a partir de

bases jurídico-normativas transparentes, com o respeito e observância dos princípios e das regras de direito público, aplicáveis a tais hipóteses.⁵

Estas ponderações, a bem da verdade, não passaram despercebidas nas discussões travadas no curso do julgamento da Medida Cautelar da Adin n. 1.923-DF.

Mesmo pendendo a considerar as organizações sociais como uma nova espécie de entidade privada componente da Administração Pública Indireta - o que, com as devidas homenagens, não entendemos ser o caso - o **Ministro Relator Ilmar Galvão** deixou claro que em todos os segmentos de atividades que representariam fins das organizações sociais, nos termos do art. 1º da Lei Federal n. 9.637/98 (ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde), a própria Constituição de 1988 abriu espaço para (i) a atuação direta do Estado, (ii) atuação da iniciativa privada e (iii) atuação colaborativa entre o Estado e a iniciativa privada.

Mesmo votando pelo deferimento integral da medida cautelar, em relação aos segmentos de atividades abrangidos pela Lei federal n. 9.637/98 e vocacionados às organizações sociais, o **Ministro Marco Aurélio** reconheceu que haveria talvez mais utilidade “na prestação dos serviços pela iniciativa privada, tendo em conta a precariedade dos serviços que são realizados pelo setor público ...”.

Assim, entendendo o Poder Público que a melhor opção para o desenvolvimento de determinadas atividades seria a realização de uma parceria com a iniciativa privada, e desde que respeitados os princípios e regras porventura aplicáveis ao caso concreto, nada obsta que tais parcerias sejam firmadas. Portanto, deve ficar claro que a Constituição de 1988 não veda a parceirização público-privada para a realização dessas atividades sensíveis; ao contrário, as alberga e incentiva, sobremaneira.

A nosso ver, as dificuldades dogmáticas voltadas à aceitação desses novos modelos, ao seu devido tempo, certamente restarão superadas, e não constituem um entrave suficientemente forte para que estes novos tipos público-privados deixem de se sustentar por si só, ao menos, como **uma** de

⁵ Sobre a temática da mescla entre público e privado, cf. OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de (Coordenador). TERCEIRO SETOR, EMPRESAS E ESTADO: novas fronteiras entre o público e o privado. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007

tantas possibilidades a disposição do Poder Público para a consecução de seus objetivos superiores. No entanto, entendemos que as maiores dificuldades residem na inabilidade e na incapacidade de a Administração Pública brasileira superar as suas próprias deficiências de planejamento, de programação, de gestão, de fiscalização, de controle e de mensuração de resultados e de impacto das ações públicas, por ela desenvolvidas pela via direta ou pela via colaborativa (parcerias). Em outras palavras, os empecilhos existentes para a manutenção, propagação e validação do modelo das organizações sociais no Brasil são muito mais de ordem executiva ou pragmática, do que de ordem jurídico-constitucional.

Exemplo disso é a notável experiência paulista no emprego do modelo das organizações sociais no âmbito da saúde e da cultura, afloradas por meio do voto do Ministro Gilmar Mendes. Embora ajustes no modelo de gestão sejam vistos como necessários, a eficácia da gestão compartilhada de hospitais públicos no Estado de São Paulo vem se revelando bastante satisfatória.⁶ Ao lado disso, no que tange à experiência do Município de São Paulo, a qual igualmente, vem se mostrando bastante exitosa, cumpre notar que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo recentemente considerou constitucional a Lei Municipal n. 14.132, de 24.01.2006, que instituiu o modelo das organizações sociais de âmbito daquele município, asseverando que este modelo seria, inclusive “valioso instrumento de implementação da democracia participativa.”⁷

3.2 A organização social como entidade da Administração Pública indireta e a figura do contrato de gestão

Conforme apontamos acima, não comungamos do entendimento segundo o qual as organizações sociais são uma espécie de entidade da Administração Pública indireta.

⁶ Cf. TEIXEIRA, Josenir. Parceiras entre o Estado e o Terceiro Setor na saúde. Revista de Direito do Terceiro Setor, n. 1, p. 53-71, jan./jun. 2007.

⁷ Cf. ADIn. n. 130.726-0/7-00, TJSP, publicado na íntegra na Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTs, Belo Horizonte, n. 2, p. 229-232, jul./dez. 2007.

Ainda que a participação do Estado nesse modelo seja razoavelmente ambivalente – de um lado, participação no Conselho de Administração de 20 a 40% de membros natos representantes do Poder Público, nos termos do art. 3º, inc. I, (a); e, de outro lado, o Estado como uma das partes do contrato de gestão que formalizará a colaboração público-privada, quando este é firmado – em nossa opinião, **o traço distintivo do modelo está na preponderância do vínculo colaborativo entre a organização social e o Poder Público, e não de um vínculo orgânico, típico das entidades administrativas da Administração Pública Indireta.**

A qualificação de uma entidade privada como organizações social, que atenda aos requisitos previstos na Lei federal n. 9.637/98, certamente, é *conditio sine qua non* para que, no futuro, tal entidade possa estar habilitada a firmar um contrato de gestão com um órgão da Administração Pública federal. Todavia, a vida da organização social segue seu rumo próprio como entidade privada que é, podendo, inclusive, firmar ajustes e contratos com outras entidades privadas, não ficando adstritas, em suas relações e atividades, na prestação de serviços para órgãos integrantes da Administração Pública federal.

O conteúdo do contrato de gestão, nos termos da Lei federal n. 9.637/98 retrata a plenitude do vínculo colaborativo entre a organização social e o Poder Público, o qual, a princípio, não teria tanta importância se se tratasse de uma entidade administrativa componente da Administração Indireta (arts. 6º e 7º). Por isso entendemos o contrato de gestão das organizações sociais como um **acordo administrativo colaborativo**, e não um contrato administrativo típico.

Nessa linha, as deficiências técnico-jurídicas apontadas pelo Ministro Eros Grau quando manifestou sua opinião inicial acerca do contrato de gestão – retificada posteriormente – ainda que justificadas, poderiam ser superadas.

O Eminente Ministro transpareceu seu entendimento acerca da distinção entre contrato e convênio, nos seguintes termos: "Distinguem-se, assim, os contratos - através dos quais se instrumenta a composição de interesses opostos - dos convênios, onde se formaliza o concurso de interesses concordantes. Descrevemos o contrato, desta sorte, como instrumento de declaração de vontades que se encontram e se integram,

dirigindo-se uma contra a outra; no contrato há oposição de interesses contraditórios e a sua celebração supõe a conciliação entre eles. Já o convênio, devemos referi-lo como instrumento de declaração de vontades que se encontram e se integram, dirigindo-se, todas elas, a um objetivo comum, sem que, portanto, umas às outras se oponham; não há, no convênio, oposição, mas sim, conjugação de interesses".⁸ (g.n.)

Como a figura do contrato de gestão é, em sua configuração jurídico-normativa, bastante próxima à conhecida figura dos convênios, não haveria, a princípio, razões suficientemente fortes para descaracterizá-lo como um instrumento materializador de um acordo de vontades, para fins de formalização de uma parceria entre o Estado e uma organização social. Está-se diante da denominada administração por acordos, sendo os acordos como o contrato de gestão um dos possíveis instrumentos para o desenvolvimento da ação administrativa.

3.3 A “privatização das funções estatais” e as organizações sociais

A despeito dos arts. 18 a 23, da Lei federal n. 9.637/98, não vislumbramos no modelo das organizações sociais uma tentativa de “privatização das funções estatais”, sobretudo porque nos segmentos em que a legislação impugnada na ADIn n. 1.923-DF tornou possível uma organização social atuar, há uma reconhecimento constitucional expresso para que iniciativas pública e privada concorram para o seu desenvolvimento. Sendo assim, a busca do legislador estaria mais voltada para um necessário **realinhamento das funções estatais**, que levariam, não à privatização das atividades listadas no art. 1º da Lei federal n. 9.637/98 (quando estas são desenvolvidas por entidades administrativas), mas à implantação de um novo modelo de gestão dessas atividades, um modelo de colaboração público-privado, desde que isso se justificasse como sendo o meio mais apto a ensejar a geração de melhores resultados da ação pública (vetor constitucional da eficiência administrativa).

⁸ GRAU, Eros Roberto. Convênio e contrato. In: FRANÇA, R. Limongi. *Encyclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. t. 20, p. 378-380. p. 379-380.

A discussão ora em exame atrela-se ao que Sabino CASSESE elenca como *novos paradigmas do Estado*, os quais “colocam em discussão todas as noções, temas e problemas clássicos do direito público, da natureza do poder público e de sua atuação legal-racional orientada pela superioridade da lei, do lugar reservado à lei e de suas implicações (legalidade e tipicidade) para as relações público-privadas”.⁹

Um desses novos paradigmas aludido pelo autor é o *fortalecimento da negociação na esfera da Administração pública, expressada por via de acordos*. Nesse sentido, entende CASSESE que “passam ao primeiro plano a negociação em lugar do procedimento, a liberdade das formas em lugar da tipicidade, a permuta em lugar da ponderação”.¹⁰

3.3.1 Estado contratual e Estado financiador: a importância dos instrumentos de colaboração público-privada no mundo contemporâneo

Nessa perspectiva, Gaspar ARIÑO ORTIZ traz a lume as contemporâneas figuras - complementares entre si - do *Estado contratual* e do *Estado financiador*, noções de inestimável utilidade para a compreensão dos possíveis contornos e limites da *gestão privada de recursos públicos*.

Sobre o *Estado contratual*, pronuncia-se o autor:

Do ponto de vista organizativo e institucional isso significa a substituição do antigo modelo de Estado administrativo-burocrático, hierárquico, unitário, centralizado e gestor direto, por um novo tipo de Administração em que uma multiplicidade de organizações, governamentais, privadas e o que vem sendo denominado “terceiro setor” (público-privado), assumiriam a gestão de serviços com financiamento e controle do Estado. Isso não é uma invenção, é simplesmente a volta do antigo sistema da “concessão”, do “concerto” ou da “empresa mista” como forma de realizar a gestão privada das atividades públicas. É também a volta do princípio da subsidiariedade, o qual recebe atualmente novas formulações. Assim, fala-se de uma das características mais importantes do Estado atual: sua condição de “Estado contratual”, apontando a utilização pelo Estado de organizações privadas, com ou sem fins lucrativos, para alcançar os seus fins públicos.¹¹ [g.n]

Eis o cenário em que afloram as denominadas *parcerias*, cuja concepção, no sentido mais amplo do termo - parcerias *lato sensu* - pode ser

⁹ CASSESE, Sabino. *La arena pública*, 2003. p. 159.

¹⁰ Ibid., p. 157.

¹¹ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. El retorno a lo privado: ante una nueva encrucijada histórica. In: _____ (Org.). *Privatización y liberalización de servicios*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 1999. p. 19-35. p. 26.

assimilada a partir da abalizada opinião de Jean-Pierre GAUDIN: "convenções múltiplas que ligam os poderes públicos, o setor privado e, outras vezes, o que denomina-se associações da 'sociedade civil'".¹²

Essa atividade negocial transbordou o campo das relações econômicas, imprimindo novos formatos às *colaborações público-privadas*, em áreas afetas aos serviços públicos (revalorização dos contratos de concessões de serviços públicos), serviços de infra-estrutura (contratos de parceria público-privada-PPP) e estendeu-se ao segmento dos serviços sociais não lucrativos ou atividades de interesse público¹³ desenvolvidas por organizações privadas sem fins lucrativos (convênios, contratos de gestão das Organizações Sociais-OSs, termos de parceria das OSCIPs, contratos de repasse, entre outros ajustes).

Relacionada com a noção de *Estado contratual* acima explicitada, valoriza-se sobremaneira a atividade estatal de *fomento*, cujo conceito, nas palavras de Juan Carlos CASSAGNE "repousa sobre a idéia da conveniência de que o Estado proteja ou promova determinadas atividades realizadas por pessoas físicas ou jurídicas, com a finalidade mediata de provocar que, por

¹² GAUDIN, Jean-Pierre. *Gouverner par contrat: l'action publique en question*. Paris: Presses de Sciences Politiques, 1999. p. 14.

¹³ Para Carlos Ari SUNDFELD, os serviços sociais "(...) são, à semelhança dos serviços públicos, atividades cuja realização gera utilidades ou comodidades que os particulares fruem direta e individualmente. No entanto, diferenciam-se daqueles [dos serviços públicos] por não serem de titularidade estatal. Incluem os serviços de educação (CF, arts. 205 a 208, e 210 a 214), saúde (CF, arts. 196 e ss.) e assistência social (CF, arts. 203 e 204; 227, § 1º; 226, § 8º), aos deficientes, jurídicos, em caso de calamidade etc" (SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 83-84.) Nesse sentido, segundo Paulo MODESTO, os serviços públicos sociais são caracterizados como *serviço público* apenas quando prestados pelo Estado, pois nesses casos, sujeitam-se ao regime jurídico de direito público. Quando prestados pelos particulares, tais atividades "não se sujeitam ao regime serviço público, mas ao regime típico das pessoas privadas, o que muitas vezes lhe confere maior agilidade ou presteza no atendimento dos seus objetivos sociais". Por tais motivos, prefere o autor denominar os serviços públicos sociais prestados por entes privados de serviços de interesse público" (MODESTO, Paulo. *Reforma administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil*. In: MEREGE, Luiz Carlos (coord.) e BARBOSA, Maria Nazaré (org.). 3º Setor – Reflexões Sobre o Marco Legal. Rio de Janeiro: FGV, 2001, p. 30-32). Todavia, importante contribuição doutrinária à temática ora examinada foi recentemente conferida por Paulo MODESTO, que procura conformar um segmento de atividades diverso da clássica dicotomia serviços públicos e atividade econômica, e por ele denominado *serviço de relevância pública*. Para o autor, "são de relevância pública as atividades consideradas essenciais ou prioritárias à comunidade, não titularizadas pelo Estado, cuja regularidade, acessibilidade e disciplina transcendem necessariamente a dimensão individual, obrigando o Poder Público a controlá-las, fiscalizá-las e incentivá-las de modo particularmente intenso" (MODESTO, Paulo. *Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público e parcerias público-privadas*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 433-486. p. 456).

meio da concretização destas atividades, resultem um benefício à comunidade".¹⁴

Portanto, integrado com o *Estado contratual*, exsurge o *Estado financiador*, pois atualmente há uma generalizada expectativa no sentido de que a vocação do Estado contemporâneo seja a de configurar agente financiador e fomentador de atividades que tenham por fim gerar a transformação social.

Gaspar ARIÑO ORTIZ enfatiza a concepção do *Estado financiador*, concentrado na atividade de *fomento*, entendida como atividade de estímulo e pressão, realizada de modo não coativo, sobre os cidadãos e grupos sociais, para imprimir um determinado sentido a suas atuações. Para o autor, por meio de subvenções, isenções fiscais e créditos, o Estado não obriga nem impõe; oferece e necessita de colaboração do particular para que a atividade fomentada seja levada a cabo.¹⁵

A transferência de recursos públicos a entidades privadas caracteriza-se como uma das possíveis *técnicas de fomento*. Presta-se ao menos para dois fins: a) para incentivar que tais entidades privadas, quando lucrativas, por meio do exercício de atividade econômica acabem gerando benefícios públicos e b) para incentivar que entidades não lucrativas passem a realizar atividades de interesse público, gerando igualmente benefícios (sobretudo de modo direto) para a comunidade.¹⁶

O **Ministro Gilmar Mendes** bem contextualizou o modelo das organizações sociais no âmbito da Reforma do Estado. Complementando a opinião do Ministro, vale apresentar, nesse sentido, o abalizado entendimento

¹⁴ CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. 7. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2002, t. II. p. 345.

¹⁵ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de derecho público económico: modelos de Estado, gestión pública, regulación económica*. Granada: Comares, 1999. p. 290. Similar à concepção apresentada é a formulação do *Estado do Investimento Social*, de autoria de Anthony GIDDENS, um dos idealizadores da versão contemporânea da denominada terceira via. Partindo da crise do Estado do Bem-estar Social, GIDDENS propõe uma nova forma de organização da economia, denominada *economia mista*. Por meio dela, buscar-se-ia uma sinergia entre os setores público e privado, com a utilização do dinamismo dos mercados sem perder de vista o interesse público. Afirma GIDDENS que esse modelo econômico "envolve um equilíbrio entre regulação e desregulação, num nível transnacional bem como em níveis nacional e local; e um equilíbrio entre o econômico e o não-econômico na vida da sociedade" (GIDDENS, Anthony. *A terceira via: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia*. Rio de Janeiro: Record, 2000. p. 110.).

¹⁶ Sobre o tema do fomento, cf. especialmente SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Estímulos positivos*. In: _____. *Direito administrativo em debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 347-376.

do Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Pedro Gonçalves, doutrinador que elenca três momentos essenciais do processo de transformação do Estado contemporâneo: “(i) a cooperação mais ou menos sistemática e a conjugação ordenada dos papéis de actores públicos e privados no desenvolvimento das tradicionais finalidades do Estado Social e de Serviço Público; (ii) Sob o mote de uma ‘modernização administrativa’, um complexo processo de ‘empresarialização’ que, por vezes, passa pela ‘privatização das formas organizativas da Administração Pública’; (iii) A promoção de mecanismos de envolvimento e de participação de particulares ‘interessados’ na gestão de um largo leque de incumbências públicas”.¹⁷

3.4 As organizações sociais e a submissão à obrigatoriedade da licitação

No que diz respeito ao intrincado tema da subordinação do modelo das organizações sociais ao princípio constitucional da obrigatoriedade da licitação, houve dissenso considerável entre os Ministros.

A temática pode ser enfocada sob cinco aspectos.

O primeiro aspecto, refere-se ao **momento da qualificação da entidade privada como uma organização social**. A Lei federal n. 9.637/98, no art. 2º, inc II, explicita que, além de a entidade privada ter de comprovar o preenchimento dos requisitos básicos previstos pelo diploma normativo, deverá haver a aprovação, quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação, por parte do Ministro ou titular do 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. O ato administrativo, *in casu*, é de natureza discricionária. A rigor, não seria o caso de submeter-se a entidade a um processo de licitação, mas sim agregar ao procedimento legal uma fase de verificação, baseada em critérios objetivos, para a averiguação de sua capacitação técnico-gerencial e de comprovação de *expertise* na área em que suas atividades são desenvolvidas.¹⁸

¹⁷ GONÇALVES, Pedro. *Entidades privadas com poderes públicos*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 13-14.

¹⁸ Sobre a desqualificação de uma entidade como organização social, cf. STJ, Mandado de Segurança n. 10.527-DF, 1ª Seção, Rel. Min. Denise Arruda, DJU de 07.11.2005.

O segundo aspecto é o atinente ao **processo de escolha da organização social que firmará com o Poder Público um contrato de gestão**. A Lei federal n. 9.637/98 não submeteu esta escolha a um processo de licitação formal (arts. 5º a 7º), embora fosse indicada a exigência de um processo de seleção pública, para a escolha da melhor organização social. Não comungamos do entendimento de que haveria quebra do princípio da isonomia, caso a escolha referida não se submete-se à licitação. Esta é a opinião abalizada de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, para quem pactos administrativos como o contrato de gestão situam-se fora do campo de irradiação da Lei de Licitação, “pois nem sempre neles são estabelecidas ‘obrigações recíprocas’, mas ‘obrigações colaborativas’ (...).”¹⁹

O terceiro aspecto relaciona-se com as denominadas **contratações derivadas do contrato de gestão**, em que a organização social que previamente celebrou um contrato de gestão com o Poder Público, poderia ser diretamente contratada por outros órgãos ou entidades dessa mesma esfera federativa, para a prestação de serviços. Esta hipótese é veiculada pelo art. 24, inc. XXIV, da Lei de Licitações, alterada pela Lei Federal n. 9.648/98. Aqui entendemos que não haveria afronta ao art. 37, inc. XXI, da Lei Maior, pois o legislador previu uma caso de dispensa de licitação, justificado na atividade de fomento estatal a entidades privadas que submetem-se a um regime especial, com as quais o Poder Público mantém um especial e anterior vínculo colaborativo.

O quarto aspecto diz respeito à **organização social vista como contratante de empresas prestadoras de serviços, de fornecimento de bens e de realização de obras**, sendo que em seu art. 17, a Lei Federal n. 9.637/98 submete a entidade à obrigatoriedade de editar um **regulamento próprio** contendo normas e procedimentos a serem adotados para cumprir tais desideratos. Vale ressaltar que a rigor está-se diante de uma entidade privada, não integrante da Administração Indireta, mas que, por submeter-se a princípios típicos da Administração Pública (art. 7º, inc. I, da Lei federal n. 9.637/98), haverá de editar um regulamento próprio para realizar suas

¹⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Políticas públicas e parcerias: juridicidade, flexibilidade negocial e tipicidade na Administração Consensual. Revista de Direito do Estado, a. 1, n.1, p.105-107, jan./mar. 2006. p. 113.

transações comerciais, se estiverem em questão o manejo de recursos financeiros públicos.

Cumpre notar que, a despeito da previsão normativa aludida, foi editado o Decreto n. 5.504/05, tornando obrigatória a submissão das Organizações Sociais ao princípio licitatório (art. 1º, § 5º).²⁰ No mesmo sentido, o Tribunal de Contas da União entendeu que “as organizações sociais estão sujeitas às normas gerais de licitação e de administração financeira do poder público” (Acórdão n. 601/2007, 1ª Câmara, Min. Rel. Aroldo Cedraz).

O quinto e último aspecto, liga-se a hipótese em que **bens públicos poderão ser destinados às organizações sociais, dispensada a licitação, mediante permissão de uso, consoante cláusula expressa do contrato de gestão** (§ 3º, do art. 12, da Lei federal n. 9.637/98). Valem aqui, em defesa da constitucionalidade desta previsão, os mesmos argumentos acima expendidos, em que não haveria afronta ao art. 37, inc. XXI, da Lei Maior, pois o legislador previu uma caso de dispensa de licitação, justificado na atividade de fomento estatal a entidades privadas que submetem-se a um regime especial, com as quais o Poder Público mantém um especial e anterior vínculo colaborativo.

3.5 Síntese opinativa

Em face de todo o exposto, conforme restou evidenciado pela qualidade das discussões na sede de cognição sumária, certamente haverá na Corte Suprema um enquadramento adequado e um tratamento aprofundado desses e de outros aspectos que envolvem a aferição da constitucionalidade da legislação impugnada na ADIn n. 1.923-DF.

Entendemos que, ainda que sejam necessários alguns ajustes para alcançar a fina sintonia entre o regime jurídico das organizações sociais e o ordenamento jurídico pátrio, a legislação de regência dessas entidades não está eivada de vícios de constitucionalidade, razão pela qual a decisão de mérito do Supremo Tribunal Federal deveria caminhar para a sua final e definitiva validação.

²⁰ Sobre a ilegalidade do Decreto 5.504/05, no que tange às organizações sociais e às organizações da sociedade civil de interesse público (oscips), cf. OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. OSCIPs e Licitação: ilegalidade do Decreto nº 5.504, de 05.08.05. ILC, 13, n. 144, p. 132-157, 2006

4. Considerações finais sobre a relação entre a decisão proferida na Medida Cautelar da Adin n. 1.923-DF e o Terceiro Setor no Brasil

No contexto ora assinalado, de transformação do direito administrativo, passam a sofrer constantes abalos as clássicas dicotomias público/privado, direito público/direito privado, entidades públicas/entidades privadas.

Essa nova dinâmica, indubitavelmente, determina um maior espaço de interseção entre setores anteriormente marcados por forte e inflexível afastamento. Há novos enfoques, voltados à análise e à compreensão de diversos institutos e categorias jurídicas tradicionais. À luz dessas transformações, aparecem, ainda, novas e originais temáticas, cujo enfrentamento demanda a criação de novas bases dogmáticas, a partir de uma visão que prima pela multi e pela interdisciplinariedade.

Ao aplicador e ao intérprete do direito cumprem empreender uma constante reflexão acerca das mudanças pelas quais vem passando o mundo amplamente globalizado; reflexão sobre os efeitos que estas mudanças acabam gerando sobre o pensamento jurídico atual, sobretudo envolvendo as noções do público e do privado.

A intensificação das relações entre Estado e sociedade civil parece dominar o cenário mundial, configurando um fenômeno irreversível. Sem sombra de dúvidas, o modelo das organizações sociais relaciona-se com a temática do **Terceiro Setor**.

No Brasil, conforme já tivemos a oportunidade de registrar, o Terceiro Setor pode ser concebido como “o conjunto de atividades voluntárias, desenvolvidas por organizações privadas não-governamentais e sem ânimo de lucro (associações ou fundações), realizadas em prol da sociedade, independentemente dos demais setores (Estado e mercado), embora com eles possa firmar parcerias e deles possa receber investimentos (públicos e privados).”²¹

²¹ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Estado contratual, direito ao desenvolvimento e parceria público-privada. In: TALAMINI, Eduardo et al. (Coord.). *Parceria público-privada: uma abordagem multidisciplinar*. São Paulo: RT, 2005. p. 83-119. p. 86. A bibliografia brasileira sobre o terceiro setor ainda é incipiente. Especificamente sobre o conceito de Terceiro Setor, destaque para a valiosa contribuição de MÂNICA, Fernando Borges.

É possível afirmar que o recente interesse pelo *Terceiro Setor* é uma das decorrências das políticas reformistas de Estado, ocorridas nas últimas décadas do século XX, as quais provocaram, em muitos casos, o desmantelamento das estruturas públicas voltadas à prestação de serviços sociais à comunidade. Foi nesse período que surgiu a expressão *espaço público não-estatal*, cuja evolução foi propagada - e de certo modo incentivada - pelo Governo do ex-Presidente da República Fernando Henrique CARDOSO (1995-1998 e 1999-2002).

Assim, entendemos que a validação da constitucionalidade das Leis Federais n. 9.637/98 e n. 9.648/98 representam um importante passo para a própria compreensão do papel a ser desempenhado pelo Terceiro Setor em nosso país, imprimindo o Supremo Tribunal Federal uma marca indelével no fortalecimento das novas formas colaborativas público-privadas aplicada a áreas sensíveis e, por via de extensão, do próprio desenvolvimento da sociedade civil brasileira.

Panorama histórico-legislativo do Terceiro Setor no Brasil: do conceito de terceiro setor à lei das Oscip. In: OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de (Org.). *Direito do terceiro setor: atualidades e perspectivas*. Curitiba: Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Paraná, 2006. p. 17-42.