

A ANÁLISE DA (IN) CONSTITUCIONALIDADE DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

Katiani Lucia Zape¹

RESUMO

O presente artigo versa sobre as Organizações Sociais - OSs. Entidades privadas, sem fins lucrativos, previstas na Lei 9637/1998, que se relacionam com o Estado por meio de contrato de gestão. Em data 16 de abril de 2015 o Supremo Tribunal Federal, por maioria, na decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 1923, conferiu interpretação conforme à Constituição à Lei 9637/1998 e ao art. 24, XXIV da Lei nº 8.666/93, incluído pela Lei nº 9.648/1998, o qual estabeleceu nova hipótese de dispensa de licitação. O presente artigo tem como objetivo analisar os principais questionamentos que motivaram a proposição da referida ADI, bem como verificar os fundamentos que nortearam a decisão prolatada pela Suprema Corte Federal.

Palavra-Chave: organizações sociais; Lei 9637/1998; Ação Direta de Inconstitucionalidade 1923.

1 INTRODUÇÃO

As organizações sociais foram inseridas no ordenamento jurídico brasileiro a partir da conversão da Medida Provisória 1648-7/98 na Lei 9.637/98. Ao longo de seus 25 artigos a referida lei dispõe sobre a qualificação de entidades privadas sem fins lucrativos como Organizações Sociais - OS, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, além de dar outras providências.

Em termos analítico-introdutórios, tem-se que o instituto das Organizações Sociais visa à promoção do processo de "publicização" dos serviços sociais, que, por sua vez, representa a transferência para o setor público não-estatal (também reconhecido como 3º setor) dos serviços não exclusivos do Estado - ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde. A criação da Organização Social é reconhecida como um dos frutos produzidos pela Reforma do Estado,

¹ Advogada, Mestre em Políticas Sociais e Cidadania. Professora de Direito Administrativo do Centro Universitário Jorge Amado.

iniciada no Governo Collor e levada adiante no Governo Fernando Henrique (REGULES, 2006).

A importância do estudo das organizações sociais, segundo Regules (2006), justifica-se em três motivos: o primeiro está no fato de a organização social ter sido escolhida como instrumento de transferência de recursos humanos e materiais do setor público para o setor privado não-lucrativo; o segundo diz respeito às lacunas legais deixadas pela norma; o terceiro trata da aceitação desse modelo e de sua replicação por parte de alguns Estados, como São Paulo e Bahia.

Apesar de sucinta, a norma em questão trouxe modificações significativas na estrutura da Administração Pública ao permitir que o Estado firme com entidades privadas, sem fins lucrativos contratos de gestão, para que as mesmas executem atividades de interesse social. Esta ideia alastrou-se de forma significativa entre os entes federativos, os quais editaram seus próprios diplomas normativos a fim de estabelecer esta relação entre as entidades privadas sem fins lucrativos e o Poder Público. De acordo com GRAEF e ANTERO (2012) havia, no país, naquela data, 57 leis que instituíram o modelo de OS: a lei federal, 15 leis no âmbito dos estados e Distrito Federal e 41 leis municipais.

A expansão desta norma também pode ser percebida pela quantidade de qualificações nos últimos tempos, para exemplificar, apresenta-se os dados do Estado da Bahia, que em junho de 2009 possuía 8 organizações qualificadas como OS, enquanto que no mesmo período de 2015, segundo dados da Secretaria da Administração - SAEB, há, no Estado, 28² organizações sociais implantadas, um aumento de mais de 300% em seis anos.

Na mesma intensidade propagaram-se as críticas e questionamentos a referida lei. Sendo que no mesmo ano de sua criação foi proposta, junto ao Supremo Tribunal Federal, uma Ação Direta de Inconstitucionalidade questionando a legalidade do mérito do referido dispositivo normativo. Para a apresentação deste trabalho, que tem como objetivo analisar os principais questionamentos que motivaram a proposição da referida ADI, bem como verificar os fundamentos que nortearam a decisão prolatada pela Suprema Corte Federal, serão

² Dentre as OS baianas, 6 delas estão localizadas em Salvador, 3 na região metropolitana e o restante no interior o do Estado. No que tange a área de atuação, 16 delas atuam na área de saúde, 8 na área da economia solidária e as demais em áreas diversas.

apresentadas inicialmente as Organizações Sociais, em seguida serão abordados alguns dos principais questionamentos referente a Lei 9637/98 e posteriormente será apresentada e a ADI 1923 e a decisão prolatada pela Suprema Corte. O referido artigo utilizou como base a pesquisa bibliográfica.

2 AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS E ALGUMAS DE SUAS PARTICULARIDADES

A lei 9637/98 não cuidou em estabelecer uma definição conceitual precisa para as Organizações Sociais, contudo, o texto legislativo apresenta as características fundantes de tais organizações. Diferente das demais legislações que compunham o marco regulatório do terceiro setor, como por exemplo, a Lei 91/1935 que trata do título de Utilidade Pública Federal – UPF e a Lei 12.101/2009 que trata da certificação de Entidade Beneficente Assistência Social – CEBAS a Lei 9.637, de 15 de maio de 1998, estabeleceu os requisitos que devem ser preenchidos pela pessoa jurídica de direito privado que pretenda obter da Administração a qualidade de OS, entre os quais estão a dedicação a uma das atividades dispostas no Art. 1º da referida lei.

De acordo com o Art. 1º as OS são 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. Sendo assim, é possível concluir que o referido dispositivo legal revela a natureza, a finalidade, bem como, as possíveis áreas de atuação.

Sintetizando todas essas perspectivas, portanto, tem-se que a concepção de organizações sociais, em sentido abrangente, encampa todas as pessoas jurídicas de direito privado, constituídas sob a forma de fundação ou sociedade civil sem fins lucrativos, que sejam habilitadas a receber tal qualificação, dados os requisitos específicos previstos na lei supracitada (art. 2º), habilitação esta que implica, sob a égide de um contrato de gestão, a administração de recursos humanos, instalações e equipamentos (se necessário for) pertencentes ao Poder Público e o recebimento de recursos orçamentários para seu funcionamento, bem como maiores vínculos de controle e responsabilização perante o Estado e a sociedade, apesar da maior autonomia administrativa. (PINTO, 2000, p. 61).

A Lei das OS não cria um novo formato jurídico. Trata-se apenas de uma qualificação distinta conferida às conhecidas e tradicionais entidades privadas sem fins lucrativos, as associações e fundações privadas, para que estas possam absorver serviços

públicos não exclusivos de Estado, nas áreas abrangidas pela lei, até então desempenhadas diretamente pelo Poder Público.

[...] nenhuma entidade é constituída como organização social. Ser organização social não se pode traduzir em uma qualidade inata, mas em uma qualidade adquirida, resultado de um ato formal de reconhecimento do Poder Público, facultativo e eventual, semelhante em muitos aspectos à qualificação deferida às instituições privadas sem fins lucrativos quando recebem o título de utilidade pública. (MODESTO, 1997, p. 32).

A organização não é criada sob a natureza de OS, tal qualificação somente é adquirida por meio do preenchimento dos requisitos legais e da discricionariedade do Poder Público, conforme revela o Art. 1º da Lei: “O Poder Executivo **poderá** qualificar como organizações sociais [...]” (Grifo nosso).

O título de Organização Social é um atributo reconhecido pelo Poder Executivo, segundo um juízo discricionário da autoridade administrativa competente, se estiverem presente na associação ou na fundação determinados pressupostos [...] (REGULES, 2006, p. 110 – 111).

A qualificação prevista pelo preceito normativo 9637/98 não é um ato administrativo vinculado como acontece com a qualificação de Utilidade Pública Federal - UPF, ou ainda com o Certificado de Entidade Beneficente Social - CEBAS e também a própria qualificação de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP, Lei 9.790/99. A qualificação de OS não depende apenas da vontade da organização e do preenchimento dos requisitos legais³, mas necessita da análise da conveniência e oportunidade pelo órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social.

³ I - comprovar o registro de seu ato constitutivo, dispondo sobre:

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

A qualificação da entidade civil como OS é realizada por decreto, mediante atendimento aos requisitos legais, relativos ao estatuto da entidade e à manifestação formal do Poder Público quanto ao interesse e à conveniência da medida é conferida ao Ministro ou titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social e do Ministro de Estado da Administração Federal e Reforma do Estado, conforme estabelece o Art. 2º, II da Lei 9637/1998.

A relação de requisitos exigidos formalmente no estatuto da organização candidata a qualificação de OS exige a adoção de algumas práticas de direito público, tal como a publicação anual em meio oficial dos relatórios financeiros. Por meio deste dispositivo conclui-se que o regime submetido a estas entidades é híbrido, “*sui generis*” uma vez que, devido a sua natureza, tais organizações são submetidas a regras de direito privado, por outro lado, a Lei 9637/1998 estabelece no Art. 7º, que o contrato de gestão deverá observar os princípios constitucionais previstos no Art. 37 da Constituição Federal: princípio da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade. A observância de tal exigência decorre do fato destas entidades receberem dotações orçamentárias, bens públicos mediante permissão de uso e cessão de servidores públicos, conforme previsto nos artigos 12 a 15 da Lei 9637/1998.

Apesar da obrigatoriedade de respeitarem os princípios constitucionais, as OS não pertencem a Administração Pública direta ou indireta. De igual forma, não podem ser enquadradas como delegatárias de serviços públicos, uma vez que a delegação contratual é direcionada para terceiros, privados, com fins lucrativos, ou seja, para empresas. Pode-se afirmar que as organizações qualificadas como OS fazem parte das entidades paraestatais, ou seja, são pessoas jurídicas privadas e, portanto, não pertencem ao Estado, mas com ele colaboram.

Uma vez qualificadas, o vínculo de fomento e parceria estabelecido entre a OS e o Poder Público é efetivado mediante contrato de gestão. Por meio deste instrumento, a entidade se qualifica como organização social poderá gozar de todos os privilégios referentes a esta qualificação como a dotação orçamentária, cessão de bens públicos e cessão de servidores,

patrimônio de outra organização social qualificada no âmbito da União, da mesma área de atuação, ou ao patrimônio da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, na proporção dos recursos e bens por estes alocados.

conforme estabelece o Art. 12 da Lei 9.637/1998⁴. “A celebração do contrato de gestão é, sem dúvida, a razão de existir da Organização Social” (REGULES, 2006, p. 139).

É por meio do contrato de gestão⁵ que se estabelecem as metas a serem cumpridas pela entidade contratada, sendo, dessa forma, um instrumento baseado nos resultados propostos entre as partes contratantes. Este instrumento não se confunde com o contrato de concessão de serviço público. Pois, neste último caso, a atribuição é repassada para particulares com fins lucrativos o qual desenvolverão a atividade por sua conta e risco.

3 ALGUNS DOS PRINCIPAIS QUESTIONAMENTOS EM TORNO DA LEI 9637/1998

A lei das Organizações Sociais repercutiu de forma impactante e divergente entre os estudiosos. Enquanto alguns a receberam com confiança outros por sua vez, não questionaram apenas a norma, mas também o comportamento e a intenção do legislador.

Para os recepcionistas da Lei 9.637/1998 como Carvalho, a parceria estabelecida entre as OS e o Estado seria de extrema valia se o Poder Público exercitasse a fiscalização das entidades e do cumprimento de seus objetivos.

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 (CARVALHO, 2012, p. 356-357).

Na visão de Carvalho as amarras burocráticas as quais a Administração Pública está submetida acabam por prejudicar e atrasar processos desenvolvidos diretamente por ela. Desta forma, as OS enquanto entidades privadas estariam livres de tais procedimentos burocráticos o que facilitaria e agilizaria a prestação das atividades sociais. Tem-se desta forma, a expectativa da prestação de um serviço mais eficiente.

⁴ Às organizações sociais poderão ser destinados recursos orçamentários e bens públicos necessários ao cumprimento do contrato de gestão.

⁵ O contrato de gestão realizado entre a OS e a administração pública submete-se ao regime de direito público, art. 37 caput da Constituição Federal e art. 7º da Lei 9.637/1998.

Por outro lado, os estudiosos que criticam a criação das Organizações Sociais e a sua relação com o Estado argumentam que as mesmas seriam um escape encontrado pelo Estado para desobrigar-se de algumas de suas atribuições. De acordo com Pinto (2000, p. 59) “[...] as organizações sociais representam uma via de instrumentalizar a restrição da responsabilidade direta do Estado pela prestação de atividades e serviços sociais as organizações sociais”.

A Lei 9637/1998 também é questionada por estabelecer, no Art. 3º, a composição do órgão colegiado da OS⁶, o qual contém o poder deliberativo da Organização Social, sendo responsável pela aprovação de proposta de contrato de gestão; aprovação de orçamento da entidade; por designar e dispensar membros da diretoria; fixar a remuneração dos membros da diretoria; aprovar e dispor sobre a alteração dos estatutos e a extinção da entidade, entre outros. O referido dispositivo determina que o órgão colegiado de deliberação⁷ deverá ser composto por 20 a 40% (vinte a quarenta por cento) de membros natos representantes do Poder Público, definidos pelo estatuto da entidade. Não sendo permitida aos conselheiros a remuneração pelos serviços que, nesta condição, prestarem à organização social, ressalvada a ajuda de custo por reunião da qual participem.

Vale destacar que os demais títulos e qualificações federais não preveem esta restrição. A legislação n. 91/35, que trata da qualificação de utilidade pública federal, nada dispõe a respeito; por sua vez a lei 9.790/1999 que trata da qualificação das organizações da sociedade civil de interesse público – OSCIP prevê a possibilidade desta participação e não a obrigatoriedade. Por um lado, tal obrigatoriedade pode ser percebida como controle social, conforme posicionamento do STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923-5/DF, o qual defende que a interferência do Estado na composição do Conselho das OS decorre do fato destas entidades serem vocacionadas à absorção de atividades de interesse público até

⁶ Art. 3º O conselho de administração deve estar estruturado nos termos que dispuser o respectivo estatuto, observados, para os fins de atendimento dos requisitos de qualificação, os seguintes critérios básicos:

I - ser composto por:

- a) 20 a 40% (vinte a quarenta por cento) de membros natos representantes do Poder Público, definidos pelo estatuto da entidade;
- b) 20 a 30% (vinte a trinta por cento) de membros natos representantes de entidades da sociedade civil, definidos pelo estatuto;
- c) até 10% (dez por cento), no caso de associação civil, de membros eleitos dentre os membros ou os associados;
- d) 10 a 30% (dez a trinta por cento) de membros eleitos pelos demais integrantes do conselho, dentre pessoas de notória capacidade profissional e reconhecida idoneidade moral;
- e) até 10% (dez por cento) de membros indicados ou eleitos na forma estabelecida pelo estatuto;

aqui exercidas pelo Estado diretamente por meio de seus órgãos ou indiretamente por via de entes da Administração Pública Indireta. Por outro lado, não há como deixar de questionar se esta imposição não fere o direito a livre associação prevista no inciso XVII, Art. 5º da Constituição Federal de 1988. E mais, em que medida tal exigência tem nexos uma vez que o Estado optou ao invés de prestar diretamente tais serviços, em repassar a prestação destas atividades para iniciativa privada sem fins lucrativos? Em que proporção esta iniciativa justifica a intervenção do Ente Federativo na constituição de tais organizações?

Outro ponto polêmico da lei 9.637/1998 está disposto no inciso II do Art. 2º da Lei de OS, o qual menciona que para a qualificação de OS não basta apenas o preenchimento dos requisitos estabelecidos no inciso I do Art. 2º, faz-se necessária a aprovação discricionária dos Ministros responsáveis. Ou seja, o ato da qualificação é pautado na análise da conveniência e da oportunidade e não em critérios objetivos previamente estabelecidos e capazes de garantir o respeito ao princípio da impessoalidade, fato esse que gera fragilidade e insegurança entre entidades privadas sem fins lucrativos que almejam e por que não dizer, disputam a qualificação de OS.

Aberto esse espaço politicamente inseguro, unilateral, pouco controlável e bastante subjetivo, as organizações sociais passam a ser, portanto, instrumento e alvo da completa discricionariedade do governo, quanto à escolha e definição de quais instituições assim serão classificadas. (PINTO, 2000, p. 63).

Diante da escolha discricionária o responsável pela qualificação não precisa tomar como base critérios de seleção como a expertise na área, o tempo de atuação, a idoneidade financeira, a eficiência nas atividades prestadas, ou qualquer outra circunstância que possa diferenciar e selecionar a entidade melhor preparada para receber a qualificação de OS e firmar o contrato de gestão.

A adoção da seleção da OS está pautada no entendimento e percepção do gestor público e não em critérios objetivos. A organização interessada na qualificação não necessita demonstrar habilitação técnica ou econômico-financeira de qualquer espécie. Neste aspecto há um desrespeito a diversos princípios, entre eles o da impessoalidade o qual prevê o mesmo tratamento aos administrados, sem qualquer espécie de privilégios ou ainda perseguição. De que forma é possível acreditar que há uma escolha isenta de qualquer interesse se na verdade não há critérios definidos para verificação se o processo ocorreu com lisura, sem qualquer

espécie de privilégio ou perseguição as organizações participantes? O princípio da moralidade também parece ter sido banido desta relação, uma vez em que medida seria ético, probo, honesto, uma escolha sem o estabelecimento de critérios objetivos que concedesse ao interessado a oportunidade de conhecer os motivos que lhe deixou fora do processo de qualificação? Por fim, porém não menos importante, pode-se questionar a infringência ao princípio da eficiência. Não há por parte do legislador a preocupação em garantir que este princípio seja observado, pois a lei 9.637/1998 não estabelece que a qualificação será concedida a partir da avaliação de seu histórico, das atividades desenvolvidas, da expertise da organização que pleiteia a qualificação de OS, nem mesmo o tempo de existência da organização é observado.

Defende-se que apesar da Lei 9.637/1998 não exigir do Administrador a realização de um processo de licitação para a qualificação como organização social de determinada pessoa jurídica, entende-se que o processo de escolha deve ser pautado nos princípios constitucionais que norteiam a atividade administrativa, uma vez que estas entidades não apenas disputam com outras organizações tal qualificação, além disso, estarão aptas a receberem recursos públicos de natureza diversa.

Como último questionamento, porém não menos polêmico, registra-se a dispensa a licitação conferida as OS. A Lei 9.648, incluiu o inc. XXIV no Art. 24 da Lei 8.666/1993, criando nova forma de licitação dispensável, nos seguintes termos:

Art. 24. É dispensável a licitação: [...]

XXIV – para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão.

Por meio do dispositivo acima elencado, fica permitido a Administração Pública contratar diretamente as organizações sociais para a execução de atividades previstas no Contrato de Gestão, tendo com vínculo formalizador da parceria este instrumento.

A dispensa de licitação caracteriza-se quando há a possibilidade de realização do certame porque é viável a disputa, mas, por alguma razão, entendeu o legislador não torná-la obrigatória.

Nas situações de dispensa, o Poder Público encontra-se diante de situação em que é plenamente possível a realização do procedimento licitatório mediante a competição, no entanto, a lei dispõe que é desnecessária a execução do certame. (CARVALHO, 2015, p. 486)

É bem verdade que a dispensa de licitação proporciona para a contratante maior celeridade e menor burocracia, contudo não há como afirmar se de fato garante maior eficiência, pois, se não há exigência de critérios para a qualificação da OS o que garante que esta organização que foi qualificada sem a demonstração de qualquer requisito e agora selecionada de forma direta prestará o serviço de forma adequada? Ou ainda qual é a garantia que a organização que firmará o contrato de gestão de fato detenha a melhor proposta?

Ainda no que tange a Lei 8.666/93 vale destacar que as organizações sociais não estão a ela submetida no que tange as compras e contratações de serviços a que por ventura venha realizar. O parágrafo único do Art. 1º, o qual determina quem são as pessoas jurídicas que estão submetidas a referida lei, não menciona as OS. Assim, mesmo que estas organizações comprem bens e contratem serviços com recursos públicos não estão submetidas as normas para licitações e contratos da Administração Pública, é como se o dinheiro público perdesse essa característica ao ser utilizado por entidade privada sem fins lucrativos. Desta forma, as organizações sociais podem adotar procedimentos próprios para a realização de contratos com a iniciativa privada.

Não há como não questionar se toda esta discricionariedade, tanto no que tange a qualificação da OS quanto a sua contratação direta não seria uma forma da Administração Pública fugir das amarras impostas pelo regime jurídico-administrativo? Por esses e outros motivos, a constitucionalidade da Lei 9.637/1998 e a possibilidade de dispensa de licitação prevista no art. 24, XXIV, da Lei 8.666/1993 foram contestadas na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 1923/DF.

4 A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ADI 1923

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 1923/DF foi proposta pelo Partido dos Trabalhadores – PT e pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT, em 01/12/1998, contra o texto da Lei 9.637/1998 praticamente em sua integralidade – Art. 1º a 22 e também contra o

inciso XXIV do art. 24 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com a redação conferida pela Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998 (ADI nº 1.923 – Relator Min. Carlos Ayres Britto).

Em resumo, pode-se dizer que a referida ação questionou não apenas o modelo das organizações sociais e a celebração do contrato de gestão sem a adoção de um procedimento de licitação para a escolha da pessoa jurídica a ser qualificada, mas também a contratação de tais organizações por meio de dispensa de licitação pela Administração Pública.

Em 16.05.2015, o Supremo Tribunal Federal julgou a referida ação parcialmente procedente, conferindo interpretação conforme a Constituição a Lei 9.637/98 e ao Art. 24, XXIV da Lei 8.666/93 incluído pela Lei nº 9.648/98, para que:

[...] (i) o procedimento de qualificação seja conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da Constituição Federal, e de acordo com parâmetros fixado em abstrato segundo o que prega o art. 20 da Lei nº 9.637/98; (ii) a celebração do contrato de gestão seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da Constituição Federal; (iii) as hipóteses de dispensa de licitação para contratações (Lei nº 8.666/93, art. 24, XXIV) e outorga de permissão de uso de bem público (Lei nº 9.637/98, art. 12, § 3º) sejam conduzidas de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da Constituição Federal; (iv) os contratos a serem celebrados pela Organização Social com terceiros, com recursos públicos, sejam conduzidos de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da Constituição Federal, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; (v) a seleção de pessoal pelas Organizações Sociais seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; e (vi) para afastar qualquer interpretação que restrinja o controle, pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Contas da União, da aplicação de verbas públicas [...] (ADI 1923 – DF).

A decisão da suprema corte reconheceu a constitucionalidade dos dispositivos questionados ao mesmo tempo em que tentou frear a discricionariedade presente em ambos, determinando a observância aos princípios constitucionais previstos no caput do Art. 37 da Constituição Federal de 1998, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

De acordo com a decisão do STF o respeito aos princípios constitucionais deve ser observado no procedimento que oportuniza a qualificação de organização social. O caminho

percorrido deve primar pela publicidade de tal procedimento, bem como pela imparcialidade do processo o qual deverá adotar critérios objetivos, permitindo desta forma, caso haja mais do que uma entidade interessada na qualificação que ambas possam ter clareza sob que aspectos estão sendo julgadas e por ventura, selecionadas ou não. A leitura que pode ser feita da decisão do STF é justamente que a discricionariedade não pode ser interpretada como arbitrariedade ou ainda obscuridade.

[...] a conveniência e oportunidade são termos que atribuem ao administrador o exercício da cognominada competência discricionária, conferindo-lhe uma margem de concretização do interesse público à luz das particularidades de cada caso, flexibilizando sua atuação, ao menos em parte, das amarras de uma disciplina legal rigidamente pré-estabelecida. (MELLO, 2007, p. 925).

Tem-se entendido que mesmo nos casos de discricionariedade deve o administrador público decidir observando os princípios constitucionais, os quais, neste cenário exercem um papel não apenas de norteador, mas também de controle da própria Administração Pública.

O processo de qualificação deve ser transparente e ter critérios objetivos de seleção permitindo desta forma, inclusive a contestação sobre as escolhas procedidas pela Administração Pública caso as mesmas desrespeitem os princípios dispostos no Caput do Art. 37 da Constituição Federal de 1988 e até o possível questionamento sobre a validade do ato de qualificação.

O segundo aspecto tratado pela decisão do STF diz respeito a celebração do contrato de gestão. Com a decisão prolatada pela ADI 1923 a Administração Pública deverá observar a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência na celebração do contrato de gestão. Assim, ainda que não haja previsão da existência de um procedimento licitatório para selecionar a OS com maior capacidade técnica, ou ainda a melhor expertise dentro de determinado segmento, reconhece o STF que a natureza do vínculo instrumentalizado pelos Contratos de Gestão é diferente da apresentada pelos contratos administrativos, sendo assim, não há que se falar em licitação para realização escolha da OS a celebrar o contrato de gestão, mas sim em respeito a ampla divulgação do processo, permitindo que todas as OSs tenham conhecimento sobre a demanda do Estado, podendo desta forma, caso haja interesse, participar do processo e por que não dizer, competir pelos recursos que serão destinados por meio do referido instrumento de parceria.

A mesma justificativa foi utilizada pela Suprema Corte ao se posicionar sobre a contratação direta das organizações sociais pelo Estado. De acordo com o Voto do Ministro Carlos Ayres Brito não se exige o dever constitucional de licitar pela própria natureza jurídica do ato, que não é contrato, pois enquanto a natureza deste é marcada pelos interesses divergentes os contratos de gestão apresentam em sua natureza interesses convergentes entre os envolvidos.

Segundo voto do ministro acima indicado, a dispensa criada pela Lei 9648/98 tem como objetivo fomentar a atuação de organizações sociais, entidades estas que colaboram com o Poder Público no desempenho dos deveres constitucionais de atuação nos serviços sociais. Contudo, a dispensa, ainda que responsável pela introdução de determinadas práticas benéficas não poderá acontecer de qualquer maneira. Como haverá disponibilização de recursos públicos deverão ser adotados critérios que garantam a imparcialidade dos procedimentos e conseqüentemente da seleção. Deixa claro o STF que a dispensa do certame e a não incidência do Art. 37, XXI⁸ da Constituição Federal não significa desrespeito aos demais princípios constitucionais.

Outro ponto observado na decisão da ADI 1923 trata da contratação de pessoal. Entendeu a Suprema Corte que as Organizações Sociais não estão submetidas ao Art. 37, II da Constituição Federal de 1988, o qual dispõe sobre a obrigatoriedade do concurso público para a investidura em cargos ou empregos públicos, uma vez que tais organizações não pertencem a Administração Pública Direta ou Indireta, são apenas colaboradoras do Estado, portanto, não se submetem a tal dispositivo. Por outro lado, não ignorou o STF que as organizações sociais recebem recursos públicos e com eles podem efetivar o pagamento de pessoal, assim sendo, a seleção de pessoal pelas Organizações Sociais deve ser conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade. Observem que a decisão não mencionou o termo concurso público, mas seleção, a qual poderá ser executada

⁸ Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

de formas distintas daquele, tais como, entrevista, redação, dinâmica de grupo, contudo, a escolha deverá ser pautada em critérios objetivos.

A decisão também afasta qualquer interpretação que restrinja o controle, pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Contas da União, da aplicação de verbas públicas. Observa-se neste caso, o respeito ao Parágrafo Único do Art. 70 da Constituição Federal de 1988, o qual preceitua:

Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumira obrigações de natureza pecuniária.

Deixa claro o STF que o fato da Organização Social ser uma entidade privada sem fins lucrativos não retira dela a observância aos ditames constitucionais, uma vez que o recurso, repassado pelo Estado, indiferente da natureza assumida, será público e, portanto, público deverá ser o tratamento por ele recebido.

Diante do exposto é possível analisar que a decisão do Supremo Tribunal Federal em declarar os dispositivos questionados como constitucionais, mas ao mesmo tempo expressar que os mesmos devem respeito aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade e eficiência foi pautada sobretudo pelo reconhecimento de que os serviços públicos não exclusivos podem ser realizados pela iniciativa privada a qual, devido ao fato de prestar serviços daquela natureza irá se submeter a observância de regras do direito público; além disso, a fundamentação da decisão do STF também justificou sua decisão na natureza jurídica do contrato de gestão, o qual apresenta interesse comum entre as partes, distinguindo-se do contrato administrativo o qual determina a Constituição Federal, via de regra, seja precedido de licitação.

Por outro lado, deve-se lembrar de que a decisão do STF foi majoritária e não unânime. Como exemplo da discordância, pode-se citar um trecho do voto do Ministro Marco Aurélio:

[...] o que fazem as leis atacadas? Permitem ao gestor público transformar um órgão ou pessoa jurídica pública em uma entidade de direito privado, livre das amarras inerentes ao regime jurídico público.

Estou convencido de que as normas das leis 9.637/98 e 9.648/98 – que admitem a destinação de receitas orçamentárias, bens e servidores públicos à entidades qualificadas como organização social sem observância do regime jurídico público aplicável à administração – consubstanciam verdadeira fraude à regra do artigo 37, inciso XXI da Carta Federal e implicam grave afronta ao princípio republicano [...] (AURÉLIO, 2015, p. 17).

A análise do voto de outros ministros, que embora tenham acompanhado a posição do relator e se posicionado pela constitucionalidade da lei, apresenta uma visão preocupada com as amarras burocráticas que sufocam a gestão pública brasileira e deixam evidenciado que as organizações sociais são uma alternativa para superar as mazelas da burocracia. Isso pode ser constatado no voto do Ministro Ricardo Lewandowski, que salientou que tais organizações podem colaborar com flexibilidade e agilidade na prestação de serviços públicos, mas estão submetidas aos princípios constitucionais. Também preocupado com a burocracia, o Ministro Celso de Mello observou a ineficácia do perfil burocrático da Administração e a necessidade de redefinição do papel estatal em ordem de a viabilizar políticas públicas em áreas em que se mostra ausente o próprio Estado. Seriam assim, as organizações sociais uma alternativa encontrada pelo Estado para atuar na prestação de serviços não exclusivos de uma forma mais célere e eficaz.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Depois de dezessete anos, o STF chegou a conclusão da constitucionalidade dos preceitos questionados na ADI 1923, expressando que os mesmos devem submissão aos princípios constitucionais, estabelecendo desta forma: todo o processo de qualificação, celebração do contrato de gestão, dispensa de licitação e outorga de permissão de uso de bem público deve ser conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios constitucionais expressos aplicáveis à administração pública; os contratos a serem firmados pelas organizações sociais com terceiros, com a utilização de recursos públicos – ou seja, as situações em que a OS figura como contratante de bens, serviços e compras de fornecedores do mercado – devem seguir o regulamento próprio a ser editado por cada entidade. Assim, de acordo com o STF, as OS não seguem a Lei 8.666/1993 (Lei de Licitações e Contratos) quando realizam suas contratações com recursos públicos. Nesse caso, elas deverão seguir um regulamento próprio; da mesma forma, as OS não realizam concurso público para contratação de pessoal. No entanto, a seleção de

peçoal pelas organizações sociais deve ser conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, em observância aos princípios constitucionais expressos, na forma disciplinada em regulamento próprio ser editado por cada entidade; por fim, a aplicação de recursos públicos por tais entidades submete-se ao controle do Ministério Público e do Tribunal de Contas da União – TCU, não podendo existir qualquer interpretação que restrinja o poder de fiscalização desses órgãos.

Pela rápida análise de alguns votos é possível concluir que tal decisão não foi baseada apenas na leitura dos dispositivos legais, mas também levou em consideração aspectos do atual cenário brasileiro no que tange ao desenvolvimento das políticas públicas e as dificuldades que o Estado enfrenta para sua concretização devido as mazelas da burocracia. Ainda é cedo para concluir se a posição tomada pelo STF foi oportuna, uma vez que a decisão final foi proferida em 16/04/2015, contudo já é possível questionar de que maneira a Administração Pública irá garantir a observância dos princípios constitucionais. E mais, será que esta vinculação não trará novas amaras burocráticas ao sistema até então ovacionado justamente pela sua flexibilidade?

Acredita-se que muitas outras questões ainda deverão ser enfrentadas sobre as Organizações Sociais e que essas vão além dos pontos questionados na ADI e chegam até a ausência de transparência da própria Administração Pública a qual, após praticamente duas décadas, ainda não conseguiu estabelecer um sistema claro e específico para consulta dos contratos de gestão firmados em âmbito federal. Os contratos de gestão continuam sendo elencados como meros convênios, instrumento este que pode ser firmado com outras espécies de entidades sem fins lucrativos. Tem-se convicção que a clareza destas informações poderia contribuir no processo de controle social dos atos praticados pelas OS, pelo próprio Estado e até do respeito destes para com os princípios constitucionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AURÉLIO, Marcos. **Voto na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1923- DF**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/4/art20150416-03.pdf>. Acesso em jun. 2015.

BRASIL. Lei 91, de 28 de agosto de 1935. Determina regras pelas quais são as sociedades declaradas de utilidade publica. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 4 set. 1935.

Disponível em: <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1935/91.htm>> Acesso em: jun.2015.

_____. Lei 12.101 de 27 de novembro de 2009. Dispõe sobre a certificação das entidades beneficentes de assistência social.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: jun. 2015.

_____. Lei 9.637 de 15 de maio de 1998. Criou as Organizações Sociais. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 18 mai. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9637.htm>. Acesso em jun. 2015.

BRITO, Carlos Ayres. **Voto do Relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1923-DF**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em jun. 2015.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. Salvador: Juspodvm, 2015.

CARVALHO, José dos Santos Filho. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012.

Parecer Tribunal de Contas da União (TC 018.739/2012-1).

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, São Paulo: Ed. Malheiros, 2007.

MODESTO, Paulo Eduardo Garrido. "Reforma Administrativa e Marco Legal das Organizações Sociais no Brasil". In: *Revista do Serviço Público/ Fundação Escola Nacional de Administração Pública*, Brasília: ENAP, ano 48, número 2, mai.- ago. 1997, pp. 27-57.

PARTIDO DOS TRABALHADORES – PT E PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA – PDT. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 1923 – DF**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em jun. 2015.

PINTO, Elida Graziane, XIV Concurso de Ensayos del CLAD “Administración Pública y Ciudadanía”: Organizações sociais e reforma do Estado no Brasil: riscos e desafios nesta reforma de institucionalizar a parceria Estado e sociedade organizada. Caracas, 2000.

REGULES, Luis Eduardo Patrone. **Terceiro Setor: Regime Jurídico das OSCIPs**. São Paulo: Método, 2006.