Regime jurídico das organizações sociais: transferência de responsabilidades do poder público para o setor privado

Legal regime of the social organizations: responsibilities transference of the public authorities to the private sector

Supremo Tribunal Federal (STF)

ADIN nº 1.923/DF

Relator min. Ayres Britto

Requerentes: Partido dos Trabalhadores — PT e Partido Democrático Trabalhista — PDT
Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional
Interessados: Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência, Academia Brasileira de Ciências e Sindicato dos Trabalhadores e Servidores em Serviços de Saúde públicos, conveniados, contratados e/ou consorciados ao SUS e previdência do Estado do Paraná — SINDSAÚDE/PR

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATATIVO. TERCEIRO SETOR. MARCO LEGAL DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS. LEI Nº 9.637/98 E NOVA REDAÇÃO, CONFERIDA PELA LEI Nº 9.648/98, AO ART. 24, XXIV, DA LEI Nº 8.666/93. MOLDURA CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO E SOCIAL. SERVIÇOS PÚBLICOS SOCIAIS. SAÚDE (ART. 199, *CAPUT*), EDUCAÇÃO (ART. 209, *CAPUT*), CULTURA (ART. 215), DESPORTO E LAZER (ART. 217), CIÊNCIA E TECNOLOGIA (ART. 218) E MEIO AMBIENTE (ART. 225). ATIVIDADES CUJA TITULARIDADE É COMPARTILHADA ENTRE O PODER PÚBLICO E A SOCIEDADE. DISCIPLINA DE INSTRUMENTO DE COLABORAÇÃO PÚBLICO-PRIVADA. INTERVENÇÃO INDIRETA. ATIVIDADE DE FOMENTO PÚBLICO. INEXISTÊNCIA DE RENÚNCIA AOS DEVERES ESTATAIS DE AGIR. MARGEM DE CONFORMAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE ATRIBUÍDA AOS AGENTES POLÍTICOS DEMOCRATICAMENTE ELEITOS. PRINCÍPIOS DA CONSENSUALIDADE E DA PARTICIPAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 175, *CAPUT*, DA CONSTITUIÇÃO. EXTINÇÃO PONTUAL DE ENTIDADES PÚBLICAS QUE APENAS CONCRETIZA O NOVO MODELO. INDIFERENÇA DO FATOR TEMPORAL. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO DEVER CONSTITUCIONAL DE LICITAÇÃO (CF, ART. 37, XXI). PROCEDIMENTO DE QUALIFICAÇÃO QUE CONFIGURA HIPÓTESE DE CREDENCIAMENTO. COMPETÊNCIA DISCRICIONÁRIA QUE DEVE SER SUBMETIDA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PUBLICIDADE, MORALIDADE, EFICIÊNCIA E IMPESSOALIDADE, À LUZ DE CRITÉRIOS OBJETIVOS (CF, ART. 37, *CAPUT*). INEXISTÊNCIA DE PERMISSIVO À ARBITRARIEDADE. CONTRATO DE GESTÃO. NATUREZA DE CONVÊNIO. CELEBRAÇÃO NECESSARIAMENTE SUBMETIDA A PROCEDIMENTO OBJETIVO E IMPESSOAL. CONSTITUCIONALIDADE DA DISPENSA DE LICITAÇÃO INSTITUÍDA PELA NOVA REDAÇÃO DO ART. 24, XXIV, DA LEI DE LICITAÇÕES E PELO ART. 12, §3º, DA LEI Nº 9.637/98. FUNÇÃO REGULATÓRIA DA LICITAÇÃO. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA IMPESSOALIDADE, DA PUBLICIDADE, DA EFICIÊNCIA E DA MOTIVAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE EXIGÊNCIA DE LICITAÇÃO PARA OS CONTRATOS CELEBRADOS PELAS ORGANI-

ZAÇÕES SOCIAIS COM TERCEIROS. OBSERVÂNCIA DO NÚCLEO ESSENCIAL DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (CF, ART. 37, *CAPUT*). REGULAMENTO PRÓPRIO PARA CONTRATAÇÕES. INEXISTÊNCIA DE DEVER DE REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO PARA CONTRATAÇÃO DE EMPREGADOS. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IMPESSOALIDADE, ATRAVÉS DE PROCEDIMENTO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS DOS SERVIDORES PÚBLICOS CEDIDOS. PRESERVAÇÃO DO REGIME REMUNERATÓRIO DA ORIGEM. AUSÊNCIA DE SUBMISSÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PARA O PAGAMENTO DE VERBAS, POR ENTIDADE PRIVADA, A SERVIDORES. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 37, X, E 169, §1º, DA CONSTITUIÇÃO. CONTROLES PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRESERVAÇÃO DO ÂMBITO CONSTITUCIONALMENTE DEFINIDO PARA O EXERCÍCIO DO CONTROLE EXTERNO (CF, ARTS. 70, 71, 74 E 127 E SEGUINTES). INTERFERÊNCIA ESTATAL EM ASSOCIAÇÕES E FUNDAÇÕES PRIVADAS (CF, ART. 5º, XVII E XVIII). CONDICIONAMENTO À ADESÃO VOLUNTÁRIA DA ENTIDADE PRIVADA. INEXISTÊNCIA DE OFENSA À CONSTITUIÇÃO. AÇÃO DIRETA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE PARA CONFERIR INTERPRETAÇÃO CONFORME AOS DIPLOMAS IMPUGNADOS.

1. A atuação da Corte Constitucional não pode traduzir forma de engessamento e de cristalização de um determinado modelo preconcebido de Estado, impedindo que, nos limites constitucionalmente assegurados, as maiorias políticas prevalecentes no jogo democrático pluralista possam pôr em prática seus projetos de governo, moldando o perfil e o instrumental do poder público conforme a vontade coletiva.
2. Os setores de saúde (CF, art. 199, *caput*), educação (CF, art. 209, *caput*), cultura (CF, art. 215), desporto e lazer (CF, art. 217), ciência e tecnologia (CF, art. 218) e meio ambiente (CF, art. 225) configuram serviços públicos sociais, em relação aos quais a Constituição, ao mencionar que "*são deveres do Estado e da Sociedade*" e que são "*livres à iniciativa privada*", permite a atuação, por direito próprio, dos particulares, sem que para tanto seja necessária a delegação pelo poder público, de forma que não incide, *in casu*, o art. 175, *caput*, da Constituição.

3. A atuação do poder público no domínio econômico e social pode ser viabilizada por intervenção direta ou indireta, disponibilizando utilidades materiais aos beneficiários, no primeiro caso, ou fazendo uso, no segundo caso, de seu instrumental jurídico para induzir que os particulares executem atividades de interesses públicos através da regulação, com coercitividade, ou através do fomento, pelo uso de incentivos e estímulos a comportamentos voluntários.

4. Em qualquer caso, o cumprimento efetivo dos deveres constitucionais de atuação estará, invariavelmente, submetido ao que a doutrina contemporânea denomina de controle da Administração Pública sob o ângulo do resultado (Diogo de Figueiredo Moreira Neto).

5. O marco legal das Organizações Sociais inclina-se para a atividade de fomento público no domínio dos serviços sociais, entendida tal atividade como a disciplina não coercitiva da conduta dos particulares, cujo desempenho em atividades de interesse público é estimulado por sanções premiais, em observância aos princípios da consensualidade e da participação na Administração Pública.

6. A finalidade de fomento, *in casu*, é posta em prática pela cessão de recursos, bens e pessoal da Administração Pública para as entidades privadas, após a celebração de contrato de gestão, o que viabilizará o direcionamento, pelo Poder Público, da atuação do particular em consonância com o interesse público, através da inserção de metas e de resultados a serem alcançados, sem que isso configure qualquer forma de renúncia aos deveres constitucionais de atuação.

7. Na essência, preside a execução deste programa de ação institucional a lógica, que prevaleceu no jogo democrático, de que a atuação privada pode ser mais eficiente do que a pública em determinados domínios, dada a agilidade e a flexibilidade que marcam o regime de direito privado.

8. Os arts. 18 a 22 da Lei nº 9.637/98 apenas concentram a decisão política, que poderia ser validamente feita no futuro, de afastar a atuação de entidades públicas através da intervenção direta para privilegiar a escolha pela busca dos mesmos fins através da indução e do fomento de atores privados, razão pela qual a extinção das entidades mencionadas nos dispositivos não afronta a Constituição, dada a irrelevância do fator tempo na opção pelo modelo de fomento — se simultaneamente ou após a edição da Lei.

9. O procedimento de qualificação de entidades, na sistemática da Lei, consiste em etapa inicial e embrionária, pelo deferimento do título jurídico de "*organização social*", para que Poder Público e particular colaborem na realização de um interesse comum, não se fazendo presente a contraposição de interesses, com feição comutativa e com intuito lucrativo, que consiste no núcleo conceitual da figura do contrato administrativo, o que torna inaplicável o dever constitucional de licitar (CF, art. 37, XXI).

10. A atribuição de título jurídico de legitimação da entidade através da qualificação configura hipótese de credenciamento, no qual não incide a licitação pela própria natureza jurídica do ato, que não é contrato, e pela inexistência de qualquer competição, já que todos os interessados podem alcançar o mesmo objetivo, de modo includente, e não excludente.

11. A previsão de competência discricionária no art. 2º, II, da Lei nº 9.637/98 no que pertine à qualificação tem de ser interpretada sob o influxo da principiologia constitucional, em especial aos princípios da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (CF, art. 37, *caput*). É de se ter por vedada, assim, qualquer forma de arbitrariedade, de modo que o indeferimento do requerimento de qualificação, além de pautado pela publicidade, transparência e motivação, deve observar critérios objetivos fixados em ato regulamentar expedido em obediência ao art. 20 da Lei nº 9.637/98, concretizando de forma homogênea as diretrizes contidas nos inc. I a III do dispositivo.

12. A figura do contrato de gestão configura hipótese de convênio, por consubstanciar a conjugação de esforços com plena harmonia entre as posições subjetivas, que buscam um negócio verdadeiramente associativo, e não comutativo, para o atingimento de um objetivo comum aos interessados: a realização de serviços de saúde, educação, cultura, desporto e lazer, meio ambiente e ciência e tecnologia, razão pela qual se encontram fora do âmbito de incidência do art. 37, XXI, da CF.

13. Diante, porém, de um cenário de escassez de bens, recursos e servidores públicos, no qual o contrato de gestão firmado com uma entidade privada termina por excluir, por consequência, a mesma pretensão veiculada pelos demais particulares em idêntica situação, todos almejando a posição subjetiva de parceiro privado, impõe-se que o Poder Público conduza a celebração do contrato de gestão por um

procedimento público impessoal e pautado por critérios objetivos, por força da incidência direta dos princípios constitucionais da impessoalidade, da publicidade e da eficiência na Administração Pública (CF, art. 37, *caput*).

14. As dispensas de licitação instituídas nos arts. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93 e no art. 12, §3º, da Lei nº 9.637/98 têm a finalidade que a doutrina contemporânea denomina de função regulatória da licitação, através da qual a licitação passa a ser também vista como mecanismo de indução de determinadas práticas sociais benéficas, fomentando a atuação de organizações sociais que já ostentem, à época da contratação, o título de qualificação, e que por isso sejam reconhecidamente colaboradoras do Poder Público no desempenho dos deveres constitucionais no campo dos serviços sociais. O afastamento do certame licitatório não exime, porém, o administrador público da observância dos princípios constitucionais, de modo que a contratação direta deve observar critérios objetivos e impessoais, com publicidade de forma a permitir o acesso a todos os interessados.

15. As organizações sociais, por integrarem o Terceiro Setor, não fazem parte do conceito constitucional de Administração Pública, razão pela qual não se submetem, em suas contratações com terceiros, ao dever de licitar, o que consistiria em quebra da lógica de flexibilidade do setor privado, finalidade por detrás de todo o marco regulatório instituído pela Lei. Por receberem recursos públicos, bens públicos e servidores públicos, porém, seu regime jurídico tem de ser minimamente informado pela incidência do núcleo essencial dos princípios da Administração Pública (CF, art. 37, *caput*), dentre os quais se destaca o princípio da impessoalidade, de modo que suas contratações devem observar o disposto em regulamento próprio (Lei nº 9.637/98, art. 4º, VIII), fixando regras objetivas e impessoais para o dispêndio de recursos públicos.

16. Os empregados das Organizações Sociais não são servidores públicos, mas sim empregados privados, por isso que sua remuneração não deve ter base em lei (CF, art. 37, X), mas nos contratos de trabalho firmados consensualmente. Por identidade de razões, também não se aplica às Organizações Sociais a exigência de concurso público (CF, art. 37, II), mas a seleção de pessoal, da mesma forma como a contratação de obras e serviços, deve ser posta em prática através de um procedimento objetivo e impessoal.

17. Inexiste violação aos direitos dos servidores públicos cedidos às organizações sociais, na medida em que preservado o paradigma com o cargo de origem, sendo desnecessária a previsão em lei para que verbas de natureza privada sejam pagas pelas organizações sociais, sob pena de afronta à própria lógica de eficiência e de flexibilidade que inspiraram a criação do novo modelo.

18. O âmbito constitucionalmente definido para o controle a ser exercido pelo Tribunal de Contas da União (CF, art. 70, 71 e 74) e pelo Ministério Público (CF, arts. 127 e seguintes) não é de qualquer forma restringido pelo art. 4º, *caput*, da Lei nº 9.637/98, porquanto dirigido à estruturação interna da organização social, e pelo art. 10 do mesmo diploma, na medida em que trata apenas do dever de representação dos responsáveis pela fiscalização, sem mitigar a atuação de ofício dos órgãos constitucionais.

19. A previsão de percentual de representantes do poder público no Conselho de Administração das organizações sociais não encerra violação ao art. 5º, XVII e XVIII, da Constituição Federal, uma vez que dependente, para concretizar-se, de adesão voluntária das entidades privadas às regras do marco legal do Terceiro Setor.

20. Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido é julgado parcialmente procedente, para conferir interpretação conforme à Constituição à Lei nº 9.637/98 e ao art. 24, XXIV da Lei nº 8.666/93, incluído pela Lei nº 9.648/98, para que: (i) o procedimento de qualificação seja conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF, e de acordo com parâmetros fixados em abstrato segundo o que prega o art. 20 da Lei nº 9.637/98; (ii) a celebração do contrato de gestão seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF; (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 CF; (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 CF, 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 TCU, da aplicação de verbas públicas.

Voto-vista

O Senhor Ministro Luiz Fux:

1. O Partido dos Trabalhadores — PT e o Partido Democrático Trabalhista — PDT ajuizaram a presente ADIN postulando a declaração de inconstitucionalidade, na íntegra, da Lei nº 9.637/98, que "dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências". Formulam, ainda, pedido de declaração de inconstitucionalidade da redação do art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93, conferida pela Lei nº 9.648/98, prevendo a dispensa 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".
2. Alegam os autores, em síntese, que o regime jurídico das Organizações Sociais, instituído pelos diplomas impugnados, ao transferir responsabilidades do Poder Público para o setor privado, teria incorrido nas seguintes violações à Constituição Federal:

> **(i)** ***ofensa aos deveres de prestação de serviços públicos de saúde, educação, proteção ao meio ambiente, patrimônio histórico e acesso à ciência*** **(CF, arts. 23, 196, 197, 199, §1º, 205, 206, 208, 209, 215, 216, §1º, 218 e 225):** a transferência de responsabilidade pela atuação nos setores apontados, do Poder Público para os particulares, representaria burla aos deveres constitucionais de atuação da Administração Pública. A atuação privada nesses casos, segundo a Constituição, dar-se-ia apenas de modo complementar, sem substituir o Estado. A Lei das OS's, porém, na ótica dos autores da ADIN, acaba transferindo recursos, servidores e bens públicos a particulares, o que configuraria verdadeira substituição da atuação do Poder Público. Essa fraude à Constituição interfere imediatamente no regime da atividade a ser prestada: enquanto exercida

pelo Poder Público, a natureza seria de serviço público, submetida, portanto, ao regime de direito público; quando prestada pelo particular, tal atividade seria atividade econômica em sentido estrito, prestada sob regime de direito privado. Deste modo, a criação das OS's configuraria apenas uma tentativa de escapar do regime jurídico de direito público;

(2) *violação à impessoalidade e interferência indevida do Estado em associações* (CF, arts. 5º, XVII e XVIII, e 37, *caput*): a Lei impugnada não prevê a exigência de que o processo de qualificação das OS's seja conduzido de modo impessoal pela Administração Pública, dando margem à prática de arbitrariedades em descompasso com o princípio constitucional da impessoalidade. Além disso, o art. 3º da Lei define que a estrutura do conselho de administração das OS's deverá ser integrada por um percentual de representantes do Poder Público, como condição para o deferimento da qualificação, configurando interferência inconstitucional no domínio das associações privadas;

(iii) *descumprimento do dever de licitação* (CF, arts. 22, XXVII, 37, XXI, e 175): por receberem recursos públicos, as OS's não poderiam se furtar à observância da regra da licitação. Os arts. 4º, VIII, e 17 da Lei nº 9.637/98, porém, preveem que tais entidades editarão regulamentos próprios para contratação de obras e serviços com dinheiro público. De outro lado, o art. 12, §3º, da mesma Lei prevê que a permissão de uso de bem público poderá ser outorgada à Organização Social, pelo Poder Público, com dispensa de licitação. Além disso, a Lei nº 9.648/98, em seu art. 1º, alterou a Lei nº 8.666/93 para instituir dispensa de licitação (Art. 24, XXIV) para que o Poder Público contrate a OS para a *prestação de serviços* relacionados às "*atividades contempladas no contrato de gestão*", o que quebra a lógica isonômica que preside o certame licitatório. Por fim, a própria execução das atividades da OS, através da celebração do contrato de gestão, violaria, segundo os autores, a regra constitucional de licitação para a delegação de serviços públicos (CF, art. 175, *caput*);

(iv) *ofensa aos princípios da legalidade e do concurso público na gestão de pessoal* (CF, art. 37, II e X, e 169): a Lei das OS's prevê que a própria entidade, como condição para a celebração de contrato de gestão, fixará, por seu Conselho de Administração, a remuneração dos membros de sua diretoria, a estrutura de seus cargos e, através de regulamento, o plano de cargos, salários e benefícios de seus empregados (art. 4º, V, VII e VIII). Caberá, ainda, ao contrato de gestão estabelecer limites e critérios para as despesas com pessoal (art. 7º, II). Tais normas

desconsideram a exigência de lei formal para o regime jurídico dos servidores públicos, além de tomarem como pressuposto a desnecessidade de concurso público para a contratação de pessoal nas Organizações Sociais;

(v) *descumprimento de direitos previdenciários dos servidores* (CF, art. 40, *caput* e § 4º): na cessão de servidores públicos à OS, não caberá, segundo a Lei, a incorporação à remuneração de qualquer vantagem que àqueles venha a ser paga pela entidade privada (art. 14, §1º). Por consequência, essas verbas não seriam levadas em conta "*para fins de cálculo dos proventos de inatividade*", ferindo o direito à integralidade e à paridade dos inativos;

(vi) *insubmissão a controles externos* (CF, art. 70, 71 e 74): o caput do art. 4º da Lei, ao listar as "*atribuições privativas do conselho de administração*", conduz à interpretação de excluir o controle do Tribunal de Contas da União sobre a aplicação dos recursos públicos; e

(vii) *restrição da atuação do Ministério Púbico* (CF, art. 129): o art. 10 da Lei, ao condicionar a determinados requisitos a atuação fiscalizadora do MP sobre as OS's — gravidade dos fatos e interesse público —, teria incorrido em inconstitucionalidade à luz do art. 129 da CF, que não toleraria restrições.

3. Prestadas as informações pelas autoridades que editaram os atos impugnados (fls. 151 e segs.), e após a manifestação do Advogado-Geral da União (fls. 186 e segs.), o Plenário deste Supremo Tribunal Federal, em julgamento iniciado em 24 de junho de 1999 e concluído em 01 de agosto de 2007, indeferiu, por maioria, a medida cautelar requerida pelos autores (fls. 264 e segs.), conforme ementa assim lavrada:

MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 9.637, DE 15 DE MAIO DE 1998. QUALIFICAÇÃO DE ENTIDADES COMO ORGANIZAÇÕES SOCIAIS. INCISO XXIV DO ARTIGO 24 DA LEI N. 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1993, COM A REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI N. 9.648, DE 27 DE MAIO DE 1998. 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 1998 — seja porque no exame do mérito poder-se-á modular efeitos do que vier a ser decidido, inclusive com a definição de sentença aditiva.
>
> Circunstâncias que não justificariam a concessão do pedido liminar.
>
> Medida cautelar indeferida.
>
> (ADI 1923 MC, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EROS GRAU (ART.38,IV,b, DO RISTF), Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2007, 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).

4. No curso do processo, requereram ingresso no feito, em petição conjunta, a Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência e a Academia Brasileira de Ciências, defendendo a constitucionalidade das leis impugnadas. Intervieram, ainda, o Sindicato dos Trabalhadores Públicos de Saúde no Estado de São Paulo/SINDSAÚDE/SP e o Sindicato Nacional dos Docentes das Instituições de Ensino Superior, sustentando a invalidade do modelo institucional das Organizações Sociais, em petições que restaram juntadas por linha aos presentes autos.

5. Nova manifestação foi trazida aos autos pelo Advogado-Geral da União (fls. 406 e segs.), após o que se seguiu o parecer do Procurador-Geral da República à época, Exmo. Sr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza, opinando pela procedência parcial do pedido (fls. 429-452) para (i) reputar imprescindível que a opção política pelo modelo de atuação pública através do contrato de gestão seja precedido de processo decisório dotado de publicidade, acessível aos interessados; (ii) afirmar a inconstitucionalidade do condicionamento da qualificação a critérios discricionários, do que decorreria a invalidade da expressão "*quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação*

como organização social" constante do art. 2º, II, da Lei nº 9.637/98; (iii) asseverar a inconstitucionalidade da dispensa de licitação prevista no art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93, porquanto incompatível com a lógica da eficiência que o próprio modelo das organizações sociais pretende promover; e (iv) ratificar a incidência, sem qualquer restrição, do exercício das atividades de controle pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Contas da União.

6. O eminente Min. Relator Ayres Britto, ao trazer o feito a julgamento na sessão plenária de 07 de abril de 2011, votou pela procedência parcial dos pedidos. Após afirmar que, no campo dos serviços públicos, o Estado é ator por excelência, ressaltou a existência, na Constituição Federal, de serviços públicos não exclusivos, cujo exercício pode se dar também por particulares, de modo que "*se prestadas pelo setor público, são atividades públicas de regime jurídico igualmente público*", e "*se prestadas pela iniciativa privada, óbvio que são atividades privadas, porém sob o timbre da relevância pública*", citando como exemplos as disposições constantes dos arts. 194 — **seguridade social** —, 197, 199, §§1º e 2º — **saúde** —, 202, *caput* e §3º — **previdência privada** —, 205, 209, *caput*, 213, *caput* e §§1º e 2º — **educação** —, 216, §1º — **cultura** —, 218, *caput* e §4º — **desenvolvimento científico, pesquisa e capacitação tecnológicas** —, dentre outros.

7. Na sequência, asseverou o Min. Relator que, no campo dos serviços públicos não exclusivos, a atuação da iniciativa privada ocorreria de modo complementar, sem substituir a ação do poder público. Disso decorreria a inconstitucionalidade dos arts. 18 a 22 da Lei nº 9.637/98, eis que, ao extinguirem entidades públicas e determinarem a absorção de suas atividades por organizações sociais, configurariam verdadeira substituição do Estado, reservando a este o mero papel de indutor, fiscalizador e regulador, o que seria próprio apenas às atividades econômicas, e não aos serviços públicos. Entendeu o Min. Relator por modular, no ponto, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, preservando os atos praticados até o momento com base no diploma legal.

8. No que pertine, por sua vez, ao modelo geral das Organizações Sociais instituído pela Lei, ressaltou o Min. Relator a circunstância de o contrato de gestão, com a típica natureza de convênio, configurar forma de parceria entre o Estado e os particulares, de modo que, através do repasse de recursos e bens públicos, estaria aquele fomentando a atuação de particulares em áreas dotadas de relevância pública. A natureza de convênio, ainda, afastaria a pecha de inconstitucionalidade com relação às dispensas de licitação previstas no art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93 e no art. 12, §3º, da Lei nº 9.637/98, desde que observados, invariavelmente, os princípios da impessoalidade, da publicidade

e da eficiência, através de um processo público e objetivo para a qualificação das entidades e para as parcerias a serem firmadas, razão pela qual conferiu interpretação conforme aos referidos dispositivos e, ainda, aos arts. 5º, 6º e 7º da Lei, resguardando, em todas as hipóteses, o controle do Ministério Público e do Tribunal de Contas da União à luz da Constituição.

9. Afirmou, nessa mesma linha, a inconstitucionalidade da expressão "*quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social*" constante do art. 2º, II, da Lei nº 9.637/98, porquanto, ao conferir competência discricionária ao Poder Executivo, mostrar-se-ia incompatível com a objetividade que deve presidir o procedimento de qualificação. Por fim, após considerar que, por não serem funcionários públicos, aos empregados permanentes das Organizações Sociais não seriam aplicáveis os princípios da legalidade na remuneração e do concurso para admissão, reputou inconstitucional a expressão "*com recursos provenientes do contrato de gestão, ressalvada a hipótese de adicional relativo ao exercício de função temporária de direção e assessoria*", constante do §2º do art. 14 da Lei nº 9.637/98, e, por consequência, o §1º do mesmo dispositivo, na medida em que, com relação aos servidores públicos cedidos às entidades privadas, não seria possível o pagamento de qualquer verba, ainda que privada, sem previsão em lei.

10. Feito o relato do ocorrido até o momento, passo a votar.

11. A solução das questões suscitadas na inicial da presente ação depende de uma profunda reflexão sobre a moldura constitucionalmente fixada para a atuação dos poderes públicos em campos sensíveis como saúde, educação, cultura, desporto e lazer, meio ambiente e ciência e tecnologia, referidos no art. 1º da Lei nº 9.637/98, todos muito caros ao projeto coletivo de condução da República Federativa do Brasil rumo à construção de uma sociedade livre, justa e solidária (CF, art. 3º, I). E ainda que os olhos sejam postos na relevância de que se revestem tais atividades, é preciso que se enxergue o tema sem as amarras de uma pré-compreensão rígida de um modelo específico de Estado, supostamente avesso mesmo às manifestações de vontade que o povo, por seus representantes eleitos, traga a público diante da evolução provocada pelo passar dos anos.

12. É preciso, em outras palavras, identificar o que é constitucionalmente exigido, imposto de forma invariável, e, de outro lado, aquilo que é constitucionalmente deixado à escolha das maiorias políticas prevalecentes, para que possam moldar a intervenção do Estado nos domínios sociais à luz da vontade coletiva legitimamente predominante. Com efeito, ao mesmo tempo em que a Constituição exerce o papel de tutelar consensos mínimos, as suas normas

têm de ser interpretadas de modo a viabilizar que, no campo permitido por suas balizas, sejam postos em prática projetos políticos divergentes, como fruto do pluralismo político que marca a sociedade brasileira (CF, art. 1º, V).

13. Firmadas essas premissas teóricas, deve-se analisar o modo como o texto constitucional alude ao tema em exame na presente ação. Com efeito, a Constituição, quando se refere aos setores de cultura (CF, art. 215), desporto e lazer (CF, art. 217), ciência e tecnologia (CF, art. 218) e meio ambiente (CF, art. 225), afirma que tais atividades *são deveres do Estado e da Sociedade*. Faz o mesmo, em termos não idênticos, em relação à saúde (CF, art. 199, *caput*) e à educação (CF, art. 209, *caput*), afirmando, ao lado do dever de o Estado de atuar, que tais atividades são "*livres à iniciativa privada*".

14. Referidos setores de atuação do Poder Público são denominados, na teoria do direito administrativo econômico, *serviços públicos sociais*,[1] em contraposição aos típicos serviços públicos industriais, como se passa com o fornecimento de energia elétrica ou com os serviços de telecomunicações. Por força das disposições constitucionais antes mencionadas, o regime jurídico de tal gênero de atividades, quanto à titularidade, configura o que a doutrina contemporânea tem denominado de serviços públicos *compartidos*,[2] serviços públicos *não privativos*,[3] ou serviços públicos *não exclusivos*:[4] poder público e iniciativa privada podem, simultaneamente, exercê-las por direito próprio, porquanto de titularidade de ambos. Em outras palavras, e ao contrário do que ocorre com os serviços públicos privativos, pode o particular exercer tais atividades independentemente de qualquer ato negocial de delegação pelo Poder Público, de que seriam exemplos os instrumentos da concessão e da permissão, mencionados no art. 175, *caput*, da CF.

15. Se exercidas tais atividades *pelo Poder Público*, assumem elas, inquestionavelmente, a natureza de serviços públicos. Quando prestadas, ao contrário, diretamente *pelos particulares*, a qualificação de tais atividades está sujeita a polêmica no terreno doutrinário. Há quem entenda se tratar, ainda assim, de

---

1 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 711; e ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 181.

2 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*, Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 180 e segs.

3 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 123; e MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 666.

4 PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Parcerias na administração pública*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 264.

serviço público, uma vez que o perfil material da atividade não poderia ser afastado pela mudança apenas de seu executor, que diz respeito somente ao ângulo subjetivo. Há, no sentido diametralmente oposto, quem entenda tratar-se de *atividade econômica em sentido estrito*, caracterizada pela preponderância da livre-iniciativa, já que ausente o Poder Público na prestação, devendo prevalecer o perfil subjetivo para a definição do respectivo regime jurídico. Por fim, há posição intermediária que define tais atividades, quando prestadas pelo particular, como *atividade econômica de interesse público*, sujeita à incidência de um marco regulatório mais intenso do que as meras atividades econômicas em sentido estrito, porém menos intensa do que a cabível no âmbito dos serviços públicos propriamente ditos.

16. Esta Corte Suprema já se posicionou sobre o tema, afirmando que os serviços de educação, exemplo típico de serviço público social e não privativo, ainda quando prestados pelo particular por direito próprio, configuram *serviços públicos*, aderindo, portanto, à primeira corrente mencionada acima. Confira-se o precedente, relatado pelo Min. Eros Grau:

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 6.584/94 DO ESTADO DA BAHIA. ADOÇÃO DE MATERIAL ESCOLAR E LIVROS DIDÁTICOS PELOS ESTABELECIMENTOS PARTICULARES DE ENSINO. SERVIÇO PÚBLICO. VÍCIO FORMAL. INEXISTÊNCIA. 1. Os serviços de educação, sejam os prestados pelo Estado, sejam os prestados por particulares, configuram serviço público não privativo, podendo ser prestados pelo setor privado independentemente de concessão, permissão ou autorização. 2. Tratando-se de serviço público, incumbe às entidades educacionais particulares, na sua prestação, rigorosamente acatar as normas gerais de educação nacional e as dispostas pelo Estado-membro, no exercício de competência legislativa suplementar (§2º do art. 24 da Constituição do Brasil). 3. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado improcedente. (ADI 1266, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 06/04/2005, DJ 23-09-2005 PP-00006 EMENT VOL02206-1 PP-00095 LEXSTF v. 27, n. 322, 2005, p. 27-36)

17. Essas considerações tornam, em primeiro lugar, inaplicável ao caso o art. 175 da Constituição, que prevê a *delegação* de serviços públicos por permissão ou concessão, sempre condicionada à licitação. Ora, essa regra geral, dirigida

aos serviços públicos exclusivos ou privativos — como energia elétrica ou telecomunicações (CF, art. 21, XI e XII, 'b') —, não pode suprimir o âmbito normativo das diversas regras específicas, previstas também na Constituição, com relação às atividades definidas como serviços públicos não privativos. Os dois regimes jurídicos não podem ser confundidos. E é por força de tais regras específicas — arts. 199, 209, 215, 217, 218 e 225, todos da CF — que o particular atua por direito próprio nessas searas, sendo totalmente descabida a exigência de licitação para que, repita-se, o particular possa fazer justamente aquilo que sempre lhe era lícito executar, por serem "*livres à iniciativa privada*" e/ou "*deveres da Sociedade*", respeitadas as balizas que a própria Constituição já impõe quanto ao conteúdo material do regime jurídico dessas atividades.

18. Em suma, portanto, do próprio regime jurídico constitucional de tais atividades se extrai que as Organizações Sociais, quando se dirigem "*ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde*" (art. 1º, *caput*, da Lei), não atuam por força do contrato de gestão ou por qualquer espécie de delegação, mas sim por direito próprio. A rigor, a Lei das Organizações Sociais não delega, no sentido próprio do termo, serviços públicos, o que torna a matéria fora do âmbito normativo do art. 175 da CF. O que a Lei em causa pretendeu promover, muito pelo contrário, foi somente a instituição de um sistema *de fomento, de incentivo* a que tais atividades fossem desempenhadas de forma eficiente por particulares, através da colaboração público-privada instrumentalizada no contrato de gestão. E é nesse ponto da concretização da atividade de fomento que, supostamente, configuram-se todas as demais inconstitucionalidades alegadas na inicial.

19. Antes, porém, cabe analisar, a alegação de que a Lei das Organizações Sociais representaria um abandono, pelo Poder Público, de seus deveres constitucionais de atuação nos setores elencados no art. 1º da Lei. Não é isto o que ocorre, na realidade. Com efeito, a intervenção do Estado no domínio econômico e social pode ocorrer de forma *direta* ou *indireta*, como ensina Floriano Azevedo Marques Neto:[5] enquanto na primeira hipótese cabe ao aparelho

[5] MARQUES NETO, Floriano Azevedo. *A nova regulação estatal e as agências independentes*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2006. p. 74: "O fato é que podemos distinguir, com finalidade muito mais didática que doutrinária, o intervencionismo estatal direito do indireto. Por óbvio que a intervenção clássica do Estado (produção de utilidades públicas) sempre se deu de forma direta. Desde o momento em que se abandonou a perspectiva liberal do Estado *Gendarme* tivemos a atuação dos próprios entes estatais no domínio econômico. Cuidou-se, é bom frisar, de uma necessidade do próprio

estatal a disponibilização de utilidades materiais aos beneficiários, na segunda hipótese o Estado faz uso de seu instrumental jurídico para estimular a que os próprios particulares executem atividades de interesses públicos, seja através da regulação, com coercitividade, seja através do fomento, fazendo uso de incentivos e estímulos a comportamentos voluntários.

20. Como regra, cabe aos agentes eleitos a definição de qual modelo de intervenção, direta ou indireta, será mais eficaz no atingimento das metas coletivas conclamadas pela sociedade brasileira, definindo o modelo de atuação que se mostre mais consentâneo com o projeto político vencedor do pleito eleitoral. Foi com base nisso que, principalmente no curso do século passado, preponderou a intervenção direta do Estado em diversos setores sociais, como consequência dos ideais que circundavam a noção de Estado Social.

21. Mais recentemente, porém, o modelo atual de Estado, diante das exigências formais do regime jurídico público tradicional e do agigantamento do aparelho estrutural administrativo, muitas vezes tem se inclinado para a atuação indireta, por regulação, indução e através do fomento público (art. 174, *caput*, da CF, que dispõe de forma genérica sobre a regulação, a fiscalização, o incentivo e o planejamento estatais no âmbito das atividades econômicas). Sinal claro dessa tendência consiste nos programas de privatização e de desestatização, que povoaram o Brasil na década de noventa, e na crescente relevância atribuída pela legislação às denominadas agências reguladoras, cujo modelo institucional já recebeu a chancela desta Corte Suprema no julgamento das ADIn's nº 1.668/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, e 1.949-MC/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

22. Assim, nos dois momentos, o que resultou foi a vontade preponderante manifestada nos canais democráticos, sem que a Constituição fosse lida como a cristalização de um modelo único e engessado a respeito da intervenção do

---

desenvolvimento capitalista, num momento em que o incensado mercado não dispunha nem de capacidade financeira, nem de escala organizacional para prover infraestrutura, bens ou serviços essenciais para o avanço das condições de acumulação capitalista. É neste contexto que os serviços de geração e distribuição de energia, a estruturação de toda a plataforma de telecomunicações, o saneamento básico, a rede de transportes e mesmo os setores de capital intensivo (como petróleo e siderurgia) são assumidos pelo Estado. Porém, paralelamente a este intervencionismo direto, podemos identificar outra ordem de intervencionismo estatal no domínio econômico, que designaríamos de intervencionismo indireto. Trata-se, aqui, não mais da assunção pelo Estado da atividade econômica em si, mas de sua concreta atuação no fomento, na regulamentação, no monitoramento, na mediação, na fiscalização, no planejamento, na ordenação da economia. Enfim, cuida-se da atuação estatal fortemente influente (por indução ou coerção) da ação dos atores privados atuantes num dado segmento da economia".

Estado no domínio econômico e social.[6] E é justamente dessa forma, optando pelo fomento acompanhado de uma regulação intensa, que os serviços públicos sociais ainda continuarão a ser efetivados pelo Estado brasileiro após a vigência da Lei nº 9.637/98 — e como de fato vêm sendo —, através da colaboração público-privado.

23. Em outros termos, a Constituição não exige que o Poder Público atue, nesses campos, exclusivamente de forma direta. Pelo contrário, o texto constitucional é expresso em afirmar que será válida a atuação indireta, através do fomento, como o faz com setores particularmente sensíveis como saúde (CF, art. 199, §2º, interpretado a *contrario sensu* — "*é vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos*") e educação (CF, art. 213 — "*Os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei, que: I — comprovem finalidade não lucrativa e apliquem seus excedentes financeiros em educação; II — assegurem a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional, ou ao Poder Público, no caso de encerramento de suas atividades*"), mas que se estende por identidade de razões a todos os serviços sociais.

24. Disso se extrai que cabe aos agentes democraticamente eleitos a definição da *proporção* entre a atuação direta e a indireta, desde que, por qualquer modo, o resultado constitucionalmente fixado — *a prestação dos serviços sociais* — seja alcançado.[7] Daí por que não há inconstitucionalidade na opção, manifestada pela Lei das OS's, publicada em março de 1998, e posteriormente reiterada com a edição, em maio de 1999, da Lei nº 9.790/99, que trata das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, pelo foco no fomento para o atingimento de determinados deveres estatais.

---

[6] Exemplo de leitura excessivamente abrangente da Constituição, capaz de sufocar o espaço que deveria ser deixado aos agentes eleitos, consiste na denominada *Era Lochner* no direito constitucional norte-americano. Tal momento histórico foi caracterizado por uma postura interpretativa da Suprema Corte americana no sentido de valorizar ao mais alto grau a liberdade de contratar, invalidando diversas leis que pretenderam intervir em setores da economia. O precedente que conferiu denominação a tal período, *Lochner v. New York*, foi julgado em 1905, tendo a doutrina ali manifestada vigorado até o ano de 1937, com a decisão proferida em *West Coast Hotel Co. v. Parrish*.

[7] A doutrina atual do direito administrativo tem realçado a preponderância, no cenário moderno, do *controle do resultado* na atuação dos poderes públicos, principalmente à luz de princípios como eficiência e economicidade, como destacado por NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Novo referencial do direito administrativo: do controle da vontade ao do resultado. In: *Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 175 e segs.

25. Do ponto de vista conceitual, o fomento é a disciplina não coercitiva da conduta dos particulares, cujo desempenho em atividades de interesse público é estimulado por sanções premiais.[8] Diogo de Figueiredo Moreira Neto, ao tratar do tema, afirma que "o fomento público, conduzido com liberdade de opção, tem elevado alcance pedagógico e integrador, podendo ser considerado, para um futuro ainda longínquo, a atividade mais importante e mais nobre do Estado",[9]porquanto fortemente calcada na efetivação do *princípio da consensualidade e da participação no direito administrativo*.

26. A finalidade de fomento, *in casu*, é posta em prática pela cessão de recursos, bens e pessoal da Administração Pública para as entidades privadas, após a celebração de contrato de gestão. Este mesmo contrato de gestão, por outro lado, será o instrumento *consensual* que viabilizará o direcionamento, pelo Poder Público, da atuação do particular em consonância com o interesse público, através da inserção de metas e de resultados a serem alcançados, em uma versão branda da conhecida regulação, temperada pelo princípio da *consensualidade* e *pela participação dos administrados*. Além disso, a regulação ainda incidirá da forma tradicional, pela imposição de deveres definidos em leis ou atos infralegais, tal como decidido por este STF acerca da educação, mesmo quando desempenhada por particulares, na acima citada ADIn nº 1.266, Rel. Min. Eros Grau, mitigando a predominância do princípio da livre-iniciativa pela possibilidade de incidência de regulação estatal.

27. A própria Lei nº 9.637/98 menciona expressamente o termo fomento em diversos de seus dispositivos, como se vê de seus arts. 5º, 6º, parágrafo único, e 8º, bem como diretamente da denominação da Seção V — *Do fomento às Atividades Sociais da Lei*, integrada pelos arts. 11 a 15. Não há, assim, risco de

---

[8] SOUTO, Marco Juruena Villela. Fomento do desenvolvimento regional. In: *Direito administrativo estadual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 196; e OLIVEIRA, Gustavo Justino de. As organizações sociais e o Supremo Tribunal Federal: comentários à medida cautelar da ADIn nº 1.923/DF, In: *Direito administrativo democrático*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 202-203: "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. 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".

[9] NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Administração pública consensual. In: *Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 45.

sucateamento dos setores, que, pela só previsão em lei desse marco regulatório do terceiro setor, não serão colocados à margem do controle do Estado.
28. Portanto, o Poder Público não renunciou aos seus deveres constitucionais de atuação nas áreas de saúde, educação, proteção ao meio ambiente, patrimônio histórico e acesso à ciência, mas apenas colocou em prática uma opção válida por intervir de *forma indireta* para o cumprimento de tais deveres, através do fomento e da regulação. Na essência, preside a execução deste programa de ação a lógica de que a atuação privada será mais eficiente do que a pública em determinados domínios, dada a agilidade e a flexibilidade que dominam o regime de direito privado.
29. Ademais, a lei não exige que o Estado saia de cena como um vetor necessário. Decidiu-o, é verdade, com relação a duas concretas entidades públicas mencionadas no art. 21, extinguindo-as e determinando a transferência de recursos, através de contratos de gestão a serem firmados à época, para entidades privadas. Porém, essas decisões específicas tomadas pelo legislador não são, repita-se, uma imposição de um modelo perene de atuação do Poder Público, que pela só edição da Lei nº 9.637/98 não se vê obrigado a repeti-lo em hipóteses similares. Ao contrário, a opção pelo atingimento dos resultados através do fomento, e não da intervenção direta, ficará a cargo, em cada setor, dos mandatários eleitos pelo povo, que assim refletirão, como é próprio às democracias constitucionais, a vontade prevalecente em um dado momento histórico da sociedade.
30. Não há sequer como apontar, nessa linha, que aquelas duas decisões políticas específicas tomadas através da edição do art. 21 da Lei, de extinção do *Laboratório Nacional de Luz Síncrotron* e da *Fundação Roquette Pinto*, vulnerariam a Constituição. Como se viu mais acima, a moldura constitucional da atuação do Estado nos setores mencionados pela Lei permite a opção tanto pela prestação direta como pelo fomento, desde que, invariavelmente, a Administração Pública seja controlada do ponto de vista do *resultado*,[10] sendo por isso válida, em abstrato, a instituição de um marco legal definidor do regime jurídico a ser seguido no modelo de fomento. Ora, se, portanto, seria válida no futuro a escolha pela intervenção através do fomento, não há como enxergar qualquer óbice a que a Lei optasse por fazê-lo pontualmente, desde logo, com relação aos dois setores ocupados pelas referidas entidades.

---

[10] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novo referencial no direito administrativo: do controle da vontade ao do resultado. In: *Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 175-194.

31. Em outras palavras, cada decisão gerencial de utilização do regime do fomento através do contrato de gestão, após a edição da Lei, representa, simultaneamente, o afastamento da via da criação de entidades públicas para a intervenção direta e a escolha pela busca dos mesmos fins através da indução e do fomento de atores privados. O que fez a Lei em seu art. 21, assim, foi apenas conjugar essas duas decisões em um único dispositivo, submetendo a qualificação e a celebração do contrato de gestão às demais normas do diploma legal. Assim, reputar tal dispositivo inconstitucional, com a devida vênia, seria sobremodo incoerente com a chancela do marco legal das Organizações Sociais, porquanto o fator tempo na opção política pelo modelo de fomento — se simultaneamente ou após a edição da Lei, portanto — não parece ser de qualquer modo relevante para aferir a sua conformidade com a Constituição.
32. Afastadas a suposta afronta ao art. 175 da CF e a inconstitucionalidade dos arts. 18 a 22 da Lei, cabe analisar se há alguma violação ao *dever constitucional de licitar* (CF, art. 37, XXI), diante dos pormenores do marco legal das Organizações Socais. Neste ponto, a argumentação desenvolvida pelos autores diz respeito (i) ao procedimento de qualificação como OS, (ii) à celebração do contrato de gestão, (iii) à prestação de serviços, nos limites do contrato de gestão já celebrado, pela OS ao Poder Público, (iv) à outorga de permissão de uso de bem público à OS e (v) às contratações de serviços pelas OS's, com terceiros, fazendo uso de dinheiro público, alegando que a ausência de licitação em cada um desses atos representaria violação à Constituição.
33. Em primeiro lugar, deve ser afastada a incidência do art. 37, XXI, da CF quanto ao procedimento de qualificação como OS, porquanto tal ato não se configura como contratação no sentido próprio do termo. É que não ocorre, em tal hipótese, *a contraposição de interesses, com feição comutativa e com intuito lucrativo*, que consiste no núcleo conceitual da figura do contrato administrativo, conforme aponta a doutrina[11] e conforme já ressaltado pelo voto do ilustre Min. Relator. Ao contrário, a qualificação consiste em uma *etapa inicial*, embrionária, pelo deferimento do título jurídico de "*organização social*", para que Poder Público e particular colaborem na realização de um interesse comum, que consiste na prestação de serviços sociais para a população. Essa prestação, mais à frente, será fomentada pelo Estado através do repasse de recursos e da cessão de pessoal e de bens, mas a etapa inicial, a condição primeira para que isso ocorra, nos termos da Lei (Art. 1º), é a *qualificação da*

[11] JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 428.

entidade como organização social. Assim, a qualificação como OS consiste apenas na atribuição de um título jurídico de legitimação da entidade, que passa a se habilitar a fruir, se celebrado o contrato de gestão posteriormente, de determinados benefícios.

34. Pelo regime da lei, os requisitos legais do inc. I do art. 2º podem ser satisfeitos por todas as associações interessadas — com a ressalva do conteúdo discricionário do inc. II, a seguir analisado. Assim, não há, nesta etapa de qualificação, verdadeira disputa entre os interessados, já que, repita-se, todos que satisfizerem os requisitos poderão alcançar o mesmo título jurídico, de "*organização social*", a ser concedido pela Administração Pública. A doutrina contemporânea tem feito uso do termo *credenciamento* para denominar tais casos,[12] em que, repita-se, não incide o dever constitucional de licitar pela própria natureza jurídica do ato, que não é contrato, e pela inexistência de qualquer competição, já que todos os interessados podem alcançar o mesmo objetivo, de modo includente, e não excludente.

35. Cabe analisar, ainda sob este prisma, o inc. II do mesmo artigo, por força do qual a conclusão do procedimento de qualificação depende de "*aprovação, quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social, do Ministro ou titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social e do Ministro de Estado da Administração Federal e Reforma do Estado*". Assim, o procedimento de qualificação fica condicionado (i) à satisfação dos requisitos do inc. I e (ii) à conveniência e oportunidade do Poder Executivo.

36. Como não se ignora, 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 preestabelecida.[13]

37. Discricionariedade, porém, não pode significar arbitrariedade, de modo que o exame da conveniência e da oportunidade na qualificação não deve ser levado a cabo por mero capricho. Conforme a doutrina contemporânea tem salientado, mesmo nos casos em que há competência discricionária deve o administrador público decidir observando a principiologia constitucional,

---

[12] JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Dialética, 2005. p. 39-40.

[13] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 925 e segs., e em especial às pp. 928-929.

em especial os princípios da *impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência* (CF, art. 37, *caput*). Por essa via, informada pela força normativa da Constituição e pelo ideário pós-positivista, o conteúdo dos princípios constitucionais serve de instrumento para o controle da Administração Pública, que, como componente da estrutura do Estado, não pode se furtar à observância do texto constitucional.[14] No cenário do neoconstitucionalismo, portanto, o exercício da discricionariedade não escapa do respeito aos princípios constitucionais, e isso, veja-se bem, mesmo quando a lei seja omissa, já que a legislação infraconstitucional não pode represar, conter ou de qualquer forma mitigar a eficácia irradiante das normas constitucionais.[15]

38. Nesse sentido, por exemplo, já teve oportunidade de se manifestar esta Suprema Corte no julgamento da medida cautelar na ADC nº 12, posteriormente confirmada em decisão de mérito, em que se decidiu pela constitucionalidade do ato do CNJ que vedou o nepotismo no Poder Judiciário. Afirmou-se, na essência da fundamentação do *decisium*, que o ato regulamentar do CNJ, de inegável natureza administrativa, apenas concretizava os princípios constitucionais que regem a atuação da Administração Pública, e com isso reconhecendo-se a incidência direta das normas constitucionais na atividade administrativa do Estado, verbis:

---

[14] BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo* — os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo, São Paulo: Saraiva, 2009. p. 372-376.

[15] BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo* — direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 307-308: "24. A discricionariedade nasceu como um atributo do poder real absoluto, situado, como tal, em um espaço decisório *externo* ao direito. Tal noção sobreviveu historicamente após o advento do Estado de direito como uma das categorias básicas do direito administrativo: (i) primeiro, como fruto da autonomia decisória da Administração Pública, fundada na ideia de legalidade como vinculação negativa à lei; (ii) segundo, já sob a ideia de legalidade como vinculação positiva à lei, como uma espécie de margem de liberdade decisória, aberta pelo legislador ao administrador público. 25. A constitucionalização do direito ensejou uma incidência direta dos princípios constitucionais sobre os atos administrativos não diretamente vinculados pela lei. Assim, não há espaço decisório da Administração que seja externo ao direito, nem tampouco margem decisória totalmente imune à incidência dos princípios constitucionais. Portanto, não é mais correto se falar de uma dicotomia entre atos vinculados e atos discricionários, senão que numa teoria de *graus de vinculação à juridicidade*. Conforme a densidade normativa incidente ao caso, pode-se dizer, assim, que os atos administrativos serão: (i) vinculados por regras (constitucionais, legais ou regulamentares), exibindo alto grau de vinculação à juridicidade; (ii) vinculados por conceitos jurídicos indeterminados (constitucionais, legais ou regulamentares), exibindo grau intermediário de vinculação à juridicidade; e (iii) vinculados diretamente por princípios (constitucionais, legais ou regulamentares), exibindo baixo grau de vinculação à juridicidade".

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE, AJUIZADA EM PROL DA RESOLUÇÃO Nº 07, de 18/10/2005, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. MEDIDA CAUTELAR. (...) A Resolução nº 07/05 do CNJ reveste-se dos atributos da generalidade (os dispositivos dela constantes veiculam normas proibitivas de ações administrativas de logo padronizadas), impessoalidade (ausência de indicação nominal ou patronímica de quem quer que seja) e abstratividade (trata-se de um modelo normativo com âmbito temporal de vigência em aberto, pois claramente vocacionado para renovar de forma contínua o liame que prende suas hipóteses de incidência aos respectivos mandamentos). A Resolução nº 07/05 se dota, ainda, de caráter normativo primário, dado que arranca diretamente do §4º do art. 103-B da Cartacidadã e tem como finalidade debulhar os próprios conteúdos lógicos dos princípios constitucionais de centrada regência de toda a atividade administrativa do Estado, especialmente o da impessoalidade, o da eficiência, o da igualdade e o da moralidade. O ato normativo que se faz de objeto desta ação declaratória densifica apropriadamente os quatro citados princípios do art. 37 da Constituição Federal, razão por que não há antinomia de conteúdos na comparação dos comandos que se veiculam pelos dois modelos normativos: o constitucional e o infraconstitucional. Logo, o Conselho Nacional de Justiça fez adequado uso da competência que lhe conferiu a Carta de Outubro, após a Emenda 45/04. Noutro giro, os condicionamentos impostos pela Resolução em foco não atentam contra a liberdade de nomeação e exoneração dos cargos em comissão e funções de confiança (incisos II e V do art. 37). Isto porque a interpretação dos mencionados incisos não pode se desapegar dos princípios que se veiculam pelo caput do mesmo art. 37. Donde o juízo de que as restrições constantes do ato normativo do CNJ são, no rigor dos termos, as mesmas restrições já impostas pela Constituição de 1988, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade. É dizer: o que já era constitucionalmente proibido permanece com essa tipificação, porém, agora, mais expletivamente positivado. Não se trata, então, de discriminar o Poder Judiciário perante os outros dois Poderes Orgânicos do Estado, sob a equivocada proposição de que o Poder Executivo e o Poder Legislativo estariam inteiramente libertos de peias jurídicas para prover seus cargos em comissão e funções de confiança, naquelas situações em que os respectivos ocupantes não hajam ingressado na atividade estatal por

> meio de concurso público. (...) (ADC 12 MC, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 16/02/2006, DJ 01-09-2006 PP-00015 EMENT VOL-02245-01 PP00001 RTJ VOL-00199-02 PP-00427)

Assim, o fato de o art. 2º, II, da Lei nº 9.637/98 condicionar à discricionariedade do Poder Executivo o deferimento da qualificação não conduz à violação da Constituição. Seria de fato inconstitucional qualquer leitura, feita pelo administrador ou pelos demais intérpretes, que extraísse dessa competência administrativa um permissivo para a prática de arbitrariedades, criando redutos de favorecimento a ser viabilizado por contratos de gestão dirigidos a determinadas organizações sociais.

40. Contudo, tal dispositivo só pode ser interpretado, à luz do texto constitucional, como deferindo o manuseio da discricionariedade com o respeito aos princípios que regem a administração pública, previstos no *caput* do art. 37 da CF, em especial os princípios da *impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência*, dos quais decorre o dever de motivação dos atos administrativos, como elemento da necessária controlabilidade dos atos do poder público.

41. E mais: na realidade, o exercício da competência discricionária, *in casu*, é balizado não só pela incidência direta dos princípios constitucionais, combinado com o controle a ser exercido pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Contas, conforme adiante será afirmado, mas também pela própria sistemática adotada pela Lei nº 9.637/98. Com efeito, a referida Lei dispõe, em seu art. 20, sobre a edição de Decreto consubstanciando 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*".

42. Ou seja, é a própria Lei que compele o administrador a fixar, em abstrato, critérios objetivos em ato regulamentar para que exerça, em cada caso concreto, a competência que lhe foi deferida, com isso instituindo uma autolimitação da Administração Pública: ao densificar em um ato regulamentar abstrato tais critérios, concretizando o que previsto na Lei, as futuras decisões da Administração deverão se reconduzir, fundamentadamente, às diretrizes fixadas. Em última análise, portanto, a sistemática da Lei, se interpretada à luz da Constituição, conduz a que a discricionariedade seja entendida como

um veículo para alcançar a concretização das diretrizes instituídas no art. 20 do diploma, de modo a se reduzir drasticamente a margem de apreciação do administrador nos casos futuros, em prestígio à impessoalidade e à igualdade de tratamento.[16]

43. O cenário de limitação à atuação do administrador fica completo, na sistemática da Lei, pelo ato oposto ao disciplinado pelo art. 2º, de desqualificação, para cuja produção o art. 16, §1º, impõe um procedimento administrativo formal, com aplicação da garantia da ampla defesa, o que, pelo paralelismo da formas, só reforça a tese de que não há espaço para arbitrariedades da Administração no deferimento do título de "organização social" pelo procedimento de qualificação — porquanto toda atividade decisória da administração pública, quando capaz de produzir efeitos a esferas jurídicas de particulares, é necessariamente *processualizada*.

44. Deste modo, a qualificação, que, como dito, caberia em tese a qualquer interessado, *só pode ser indeferida por critérios comprovadamente objetivos e impessoais, fixados em harmonia com o que prega o art. 20 da Lei, cuja configuração* in concreto *seja demonstrada por razões fundamentadas nos autos de processo administrativo*, preservando-se, assim, o alerta do Procurador-Geral da República no sentido de que o procedimento de qualificação "*deve atender a juízos racionais do agente público*" (fls. 447). É este o conceito de discricionariedade que, *in casu*, deve ser extraído da Constituição, sem que de qualquer forma se configure, por essa linha, violação aos princípios da isonomia, da impessoalidade e da moralidade, justamente as bases axiológicas da regra constitucional da licitação. Portanto, não há violação à Constituição pela ausência de licitação no procedimento de qualificação, já que se trata, materialmente, de atividade de credenciamento, a ser conduzido sempre com a observância dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública.

45. A inicial também veicula impugnação consistente na ausência de licitação para a *celebração do próprio contrato de gestão entre a entidade qualificada e o Poder Público*. Tampouco aqui, porém, cabe falar em incidência do dever constitucional de licitar, já que o contrato de gestão não consiste, a rigor, em contrato administrativo, mas sim em um convênio. Com efeito, no núcleo da figura dos convênios está a conjugação de esforços para o atingimento de um objetivo comum aos interessados: há plena harmonia entre as posições subjetivas, que

[16] Ressalta a homogeneidade que pode resultar da previsão em atos regulamentares de critérios abstratos para o exercício de competências discricionárias a obra de ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 327.

buscam um negócio verdadeiramente associativo, e não comutativo, voltado para um fim compartilhado.[17]

46. É justamente isto que se passa no contrato de gestão, em que a entidade privada, constituída para atuar sem finalidade lucrativa nas áreas elencadas no art. 1º, e o Poder Público, submetido aos deveres constitucionais de agir, *pretendem alcançar a mesma finalidade*: a realização de serviços de saúde, educação, cultura, desporto e lazer, meio ambiente e ciência e tecnologia. Os interesses de ambas as partes, portanto, confluem em uma mesma direção, o que é totalmente diverso do que ocorre com a figura típica do contrato administrativo, caracterizado pela oposição de interesses. É nesse sentido que se expressa a doutrina, recusando aos contratos de gestão a natureza verdadeiramente contratual.[18]

47. Por não se tratar de contratos administrativos, não cabe falar em incidência do dever constitucional de licitar, restrito ao âmbito das contratações (CF, art. 37, XXI). Nem por isso, porém, a celebração de contratos de gestão pode ficar imunizada à incidência dos princípios constitucionais. Da mesma forma como se ressaltou acima, a Administração deve observar, sempre, os princípios estabelecidos no *caput* do art. 37 da CF. Dentre eles, têm destaque os princípios da *impessoalidade*, expressão da isonomia (art. 5º, *caput*), e da *publicidade*, decorrência da ideia de transparência e do princípio republicano (CF, art. 1º, *caput*).

48. Ora, no conteúdo do contrato de gestão, segundo os arts. 12 e 14 da Lei, pode figurar a previsão de repasse de bens, recursos e servidores públicos. Esses repasses pelo Poder Público, como é evidente, constituem bens escassos, que, ao contrário da mera qualificação como organização social, não estariam disponíveis para todo e qualquer interessado que se apresentasse à Administração Pública manifestando o interesse em executar os serviços sociais. Diante de um cenário de escassez, que, por consequência, leva à exclusão de particulares com a mesma pretensão, todos almejando a posição subjetiva de parceiro privado no contrato de gestão, impõe-se que o *Poder*

---

[17] JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 428.

[18] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Organizações sociais de colaboração administrativa*. In: *Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 247-248; ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 748; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *As organizações sociais e o Supremo Tribunal Federal*: comentários à medida cautelar da ADIn nº 1.923/DF. In: *Direito administrativo democrático*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 198-199; e JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 296.

Público conduza a celebração do contrato de gestão por um procedimento público impessoal e pautado por critérios objetivos, ainda que, repita-se, sem os rigores formais da licitação tal como concebida pela Lei nº 8.666/93 em concretização do art. 37, XXI, da CF, cuja aplicabilidade ao caso, reitere-se, é de se ter por rejeitada diante da natureza do vínculo instrumentalizado pelo contrato de gestão. Por essa razão, que tem por base, em última análise, a incidência direta dos princípios constitucionais, que se deve acolher a lição de Alexandre Santos de Aragão, *verbis*:

> A nossa opinião é que o contrato de gestão realmente não possui natureza contratual: visa à realização de atividades de interesse comum do Estado e da entidade da sociedade civil, não possuindo, salvo se desvirtuado, caráter comutativo. Esse fato, no entanto, apenas exclui a obrigatoriedade da licitação formal, tal como prevista nas minúcias da Lei nº 8.666/93. Nada leva, contudo, a que órgão público 'contratante' possa deixar de realizar um procedimento objetivo de seleção entre as organizações sociais qualificadas no seu âmbito de atuação para que, de forma impessoal, escolha com qual delas irá realizar a parceria. Essa obrigatoriedade deflui dos princípios da moralidade, razoabilidade, igualdade, impessoalidade, economicidade e da motivação, contemplados na Constituição Federal (arts. 37 e 70), na Lei nº 8.666/93 (art. 3º), mesmo para os casos de dispensa de licitação (art. 24, XXIV c/c art. 26, parágrafo único), e na própria Lei nº 9.637/98 (art. 7º). Não se pode confundir o fato da licitação ser dispensável com a possibilidade de escolha livre, desmotivada e sem publicidade prévia, que violaria os princípios do Estado de Direito. Se o Estado possui critérios objetivos de discriminação para, excluindo todas as demais entidades da sociedade civil sem fins lucrativos, celebrar contrato de gestão apenas com as organizações sociais, já que estas passaram pelo respectivo processo de qualificação — daí o art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93 —, não há, todavia, qualquer distinção razoável que se possa fazer entre elas.[19]

49. E isso só se confirma pela leitura do art. 7º, caput, da Lei nº 9.637/98, que prevê que a elaboração do contrato de gestão — literalmente, apenas a elaboração,

[19] ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 748-749.

porém — será submetida aos "*princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e, também, os seguintes preceitos: (...)*". A mesma lógica, felizmente de modo mais abrangente, presidiu com mais intensidade a posterior edição da Lei das OSCIP's — Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, Lei nº 9.790/99, que não está em análise, mas que guarda um vínculo muito íntimo de pertinência com a matéria aqui tratada, já que relativa também ao Terceiro Setor: é o que se lê do art. 4º, inc. I, que subordina as entidades, para que se qualifiquem como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, à "*observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e da eficiência*". Esta tendência, portanto, já deve ser extraída diretamente da Constituição, como um vetor para a definição do regime jurídico do Terceiro Setor.

50. Assim, embora não submetido formalmente à licitação, a celebração do contrato de gestão com as Organizações Sociais deve ser conduzida de forma *pública, impessoal e por critérios objetivos*, como consequência da incidência direta dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública.

51. Por identidade de razões, mesmo a dispensa de licitação instituída no art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93 deve observar os princípios constitucionais. Em primeiro lugar, tal dispositivo não é, em abstrato, inconstitucional. A dispensa de licitação aí instituída tem uma finalidade que a doutrina contemporânea denomina de *função regulatória da licitação*, através da qual a licitação passa a ser também vista como mecanismo de indução de determinadas práticas sociais benéficas.[20] Foi assim, por exemplo, que a Lei Complementar nº 123/06 institui diversos benefícios em prol de microempresas nas licitações públicas, estimulando o seu crescimento no mercado interno. E é com a mesma finalidade que os incisos XIII, XX, XXI e XXVII do art. 24 preveem outros casos de dispensa,[21] em idêntica linha ao que prevê o agora impugnado inciso XXIV.

---

[20] JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 493; GARCIA, Flávio Amaral. *A Lei Complementar nº 123/06 e o seu impacto nas licitações públicas*. In: *Licitações e contratos administrativos* — casos e polêmicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 67-69; e FERRAZ, Luciano. *A função regulatória na licitação*. Disponível em: <www.direitodoestado.com/revista/REDAE-19-AGOSTO-2009-LUCIANO-FERRAZ.pdf>.

[21] Lei nº 8.666/93, Art. 24. É dispensável a licitação: (...) XIII — na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos; (...) XX — na contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão de obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado; XXI — para a aquisição de bens e insumos

52. Ou seja, a finalidade da dispensa criada pela Lei nº 9.648/98, ao incluir o inc. XXIV no art. 24 da Lei nº 8.666/93, foi fomentar a atuação de organizações sociais que já ostentem, à época da contratação, o título de qualificação, e que por isso sejam reconhecidamente colaboradoras do Poder Público no desempenho dos deveres constitucionais de atuação nos serviços sociais. É a própria finalidade de fomento, portanto, prevista nos arts. 174, 199, §2º, e 213 da CF, que legitima a nova hipótese de dispensa, como concretização de um tratamento desigual fundado em critério objetivo e razoável de desequiparação, como meio de atingir uma finalidade constitucional — a prestação eficiente dos serviços sociais.[22]

53. E veja-se que é a mesma justificativa que permite concluir também pela validade do art. 12, §3º, da Lei n 9.637/98, ao dispensar a licitação para a permissão de bens públicos para as Organizações Sociais, porquanto presente a lógica do fomento, com a função regulatória das contratações públicas.

54. De todo modo, nesses dois casos novamente deve ser frisado que a existência de dispensa de licitação não afasta a incidência dos princípios constitucionais da Administração Pública (art. 37, *caput*, da CF), *de modo que a contratação direta deve observar critérios objetivos e impessoais, com publicidade de forma a permitir o acesso a todos os interessados*, ainda que sem a necessidade de observância dos requisitos formais rígidos do procedimento da Lei n. 8.666/93.

55. Por fim, ainda no tema das licitações, cabe apreciar se as Organizações Sociais, em suas contratações com terceiros fazendo uso de verbas públicas, estão sujeitas ao dever de licitar. As organizações sociais, como já dito, não fazem parte da Administração Pública Indireta, figurando no Terceiro Setor. Possuem, com efeito, natureza jurídica de direito privado (Lei nº 9.637/98, art. 1º, *caput*), sem que sequer estejam sujeitas a um vínculo de controle jurídico exercido pela Administração Pública em suas decisões. Não são, portanto, parte do conceito constitucional de Administração Pública.[23] No entanto, o

---

destinados exclusivamente à pesquisa científica e tecnológica com recursos concedidos pela Capes, pela Finep, pelo CNPq ou por outras instituições de fomento a pesquisa credenciadas pelo CNPq para esse fim específico; (...) XXVII — na contratação da coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, efetuados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda reconhecidas pelo poder público como catadores de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública.

22 OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *As organizações sociais e o Supremo Tribunal Federal*: comentários à medida cautelar da ADIn nº 1.923/DF. In: *Direito administrativo democrático*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 205.

23 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 293.

fato de receberem recursos públicos, bens públicos e servidores públicos há de fazer com que seu regime jurídico seja minimamente informado pela incidência do *núcleo essencial dos princípios da Administração Pública* (CF, art. 37, *caput*), dentre os quais se destaca a impessoalidade.

56. Isso significa que as Organizações Sociais não estão sujeitas às *regras* formais dos incisos do art. 37, de que seria exemplo a regra da licitação, mas sim apenas à observância do *núcleo essencial dos princípios* definidos no *caput*. Essa incidência dos princípios administrativos deve ser compatibilizada com as características mais flexíveis do setor privado, que constituem justamente a finalidade por detrás de todo o marco regulatório do Terceiro Setor, porquanto fiado na premissa de que determinadas atividades podem ser mais eficientemente desempenhadas sob as vestes do regime de direito privado. Assim, a conciliação desses vetores leva justamente ao que dispõe o art. 4º, VIII, da Lei nº 9.637/98, segundo o qual o Conselho de Administração da OS deve "*aprovar por maioria, no mínimo, de dois terços de seus membros, o regulamento próprio contendo os procedimentos que deve adotar para a contratação de obras, serviços, compras e alienações e o plano de cargos, salários e benefícios dos empregados da entidade*". Ou seja, embora não façam formalmente licitação, *tais entidades devem editar um regulamento próprio para contratações, fixando regras objetivas e impessoais para o dispêndio de recursos públicos*.[24]

57. Desta forma, há plena conciliação do conteúdo dos princípios constitucionais com a flexibilidade inerente ao regime de direito privado, que não se harmonizaria com a submissão pura e simples ao procedimento da Lei n. 8.666/93, reconhecidamente formal, custoso e pouco célere. Esse mesmo raciocínio já conduziu a que a Segunda Turma desta Corte, em sede cautelar, enxergasse a fumaça de bom direito na tese da validade do procedimento simplificado de licitação instituído pela Petrobras com base na Lei nº 9.478/97 — embora até o momento o Pleno não tenha firmado posição sobre o tema. Confira-se o precedente, da relatoria do Min. Gilmar Mendes:

> Ação Cautelar. 2. Efeito suspensivo a recurso extraordinário admitido no Superior Tribunal de Justiça. 3. Plausibilidade jurídica do pedido. Licitações realizadas pela Petrobras com base no Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado (Decreto nº 2.745/98 e Lei

[24] Nesse sentido, OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *As organizações sociais e o Supremo Tribunal Federal*: comentários à medida cautelar da ADIn nº 1.923/DF. In: *Direito administrativo democrático*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 205.

> nº 9.478/97). 4. Perigo de dano irreparável. A suspensão das licitações pode inviabilizar a própria atividade da Petrobras e comprometer o processo de exploração e distribuição de petróleo em todo o país, com reflexos imediatos para a indústria, comércio e, enfim, para toda a população. 5. Medida cautelar deferida para conceder efeito suspensivo ao recurso extraordinário (AC 1193 MC-QO, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 09/05/2006, DJ 30-06-2006 PP-00018 EMENT VOL02239-01 PP-00042 RTJ VOL-00205-03 PP-01084)

58. Ora, se é possível que uma estatal, componente da Administração Indireta, edite regulamento próprio de compras à luz dos princípios constitucionais, inclinando-se em busca da agilidade e da flexibilidade que presidem as aquisições em regime de direito privado, não parece haver motivo para que tal procedimento seja vedado no que pertinente às Organizações Sociais, que sequer integram o conceito constitucional de Administração Pública.

59. As razões expostas até aqui tornam mais simples a resolução das questões ainda pendentes. Com efeito, e com a devida vênia dos que pensam em sentido contrário, não há como vislumbrar qualquer violação, na Lei das Organizações Sociais, aos princípios constitucionais que regem a remuneração dos servidores públicos. Os empregados das Organizações Sociais não são servidores públicos, mas sim empregados privados. Por isso, sua remuneração não deve ter base em lei, mas sim nos contratos de trabalho firmados consensualmente. Já o procedimento de seleção de pessoal, da mesma forma como a contratação de obras e serviços, deve, sim, ser posto em prática de modo *impessoal e objetivo*, porém *sem os rigores do concurso público*. Se a OS não é entidade da administração indireta, pois não se enquadra nem no conceito de empresa pública, de sociedade de economia mista, nem de fundações públicas, nem no de autarquias, já que não é de qualquer modo controlada pelo poder público, não há como incidir a regra do art. 37, II, da CF. *O que há de se exigir é a observância de impessoalidade e de objetividade na seleção de pessoal, conforme regulamento próprio, mas não a submissão ao procedimento formal do concurso público, devendo ser interpretada nesse sentido a parte final do art. 4º, VIII, da Lei, ao falar em regulamento próprio contendo plano de cargos dos empregados*.

60. Em relação aos servidores públicos cedidos, não há qualquer violação à Constituição. A lei preserva a remuneração a que o cargo faz jus no órgão de origem, conforme o art. 14, §3º, da Lei. Os que tiverem direito, nas hipóteses restritas em que aplicáveis, às regras da paridade e da integralidade no

sistema previdenciário, deverão ter como paradigma os cargos dos órgãos de origem, e não o que lhes era pago de forma transitória na organização social. E isso se impõe, ademais, porquanto não há sequer previsão para que, quanto às verbas pagas transitoriamente pelas organizações sociais, seja paga, pela Organização Social, a denominada contribuição patronal (CF, art. 149, §1º), o que seria indispensável para a manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial que, à luz do art. 40, *caput*, da CF, deve presidir o regime próprio de previdência dos servidores públicos.

61. E não há qualquer inconstitucionalidade nos §§1º e 2º do art. 14 da Lei nº 9.637/98. Da interpretação conjugada de tais dispositivos extrai-se ser possível, em primeiro lugar, que a Organização Social pague, com recursos próprios, vantagens pecuniárias a servidores públicos que lhe forem cedidos; caso se trate, porém, de recursos advindos do contrato de gestão, tal pagamento apenas será válido "*na hipótese de adicional relativo ao exercício de função temporária de direção e assessoria*" (§2º do art. 14). Em qualquer dos casos, porém, como visto, acima, "*não será incorporada aos vencimentos ou à remuneração de origem do servidor cedido qualquer vantagem pecuniária que vier a ser paga pela organização social*".

62. Tais disposições não ofendem a Constituição porquanto os arts. 37, X, e 169, em seu §1º, apenas condicionam ao princípio da legalidade os pagamentos feitos aos servidores públicos por entidades da Administração Pública Direta e Indireta, pois é isso que se extrai do caput do art. 37 (CF, Art. 37. *A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte*: (...)) e do próprio corpo do §1º do art. 169 (CF, Art. 169. §1º *A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas: (...)*).

63. Assim, embora a própria Lei nº 9.637/98 já pudesse ser lida, em teoria, como uma autorização legislativa para o pagamento das referidas verbas, a verdade é que a natureza jurídica das OS's, componentes do Terceiro Setor, afasta a necessidade de previsão em lei para o pagamento de verbas ainda que para os servidores cedidos. Entender de modo contrário consubstanciaria, na realidade, uma verdadeira *autarquização* das organizações sociais, afrontando a própria lógica de eficiência e de flexibilidade que inspiraram a criação do modelo.

64. Ao contrário do que aduzem os autores, também não há afastamento do controle do Tribunal de Contas pela Lei impugnada acerca da aplicação de recursos públicos. O termo "*privativo*", ao tratar, no art. 4º da Lei, das competências do Conselho de Administração, diz respeito apenas à estrutura interna da organização social, sem afastar, como sequer poderia, o âmbito de competência delimitado constitucionalmente para a atuação do Tribunal de Contas (CF, art. 70, 71 e 74). Além disso, as Organizações Sociais estão inequivocamente submetidas ao sancionamento por improbidade administrativa, caso façam mau uso dos recursos públicos. A própria Lei nº 9.637/98 faz menção a diversas formas de controle e de fiscalização, conforme se infere da redação dos arts. 2º, I, f, 4º, IX e X, 8º, §§1º, 2º e 3º, art. 9, e art. 10. De outro lado, não há igualmente restrição à atuação do Ministério Público, já que o art. 10 só menciona um dever de representação pelos responsáveis pela fiscalização, o que não impede, evidentemente, a atuação de ofício do *parquet* no controle da moralidade administrativa à luz dos arts. 127 e seguintes da Constituição Federal.

65. Por fim, a interferência na atuação das associações, inclusive com o percentual de representantes do poder público no Conselho de Administração, é apenas um requisito para um benefício a ser obtido voluntariamente através da parceria entre o setor público e a organização social, sem que ocorra ofensa ao art. 5º, XVII e XVIII, da CF. Se não for do interesse de associações e fundações receber os benefícios decorrentes do contrato de gestão, não há qualquer obrigatoriedade de submissão às exigências formais da lei. Assim, a intervenção na estrutura da entidade é condicionada, e instituída no benefício da própria organização, que apenas se submeterá a ela se assim o desejar. Nesse sentido é a lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, em texto escrito sobre o regime da Medida Provisória nº 1.501/97, posteriormente convertida na Lei nº 9.637/98, impugnada nesta ADIn.[25]

66. *Ex positis*, voto no sentido de julgar parcialmente procedente o pedido, apenas para conferir interpretação conforme à Constituição à Lei nº 9.637/98 e ao art. 24, XXIV da Lei nº 8.666/93, incluído pela Lei nº 9.648/98, para que:

---

[25] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Organizações sociais de colaboração administrativa*. In: *Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007 p. 246: "Como a livre associação está garantida na Constituição (art. 5º, XVII), as entidades vocacionadas ao interesse público poderiam ser constituídas sem mais formalidades que as exigidas para quaisquer outras; a diferença, porém, oferecida pela Medida Provisória, está na possibilidade de poderem as entidades criadas com atendimentos aos requisitos nela previstos se habilitarem à qualificação como organização social (art. 2º, da MP)".

(i) o procedimento de qualificação seja conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF, e de acordo com parâmetros fixados em abstrato segundo o que prega o art. 20 da Lei nº 9.637/98;

(ii) a celebração do contrato de gestão seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF;

(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 CF;

(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 CF, 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 TCU, da aplicação de verbas públicas.