

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
Faculdade de Direito - Programa de Pós-Graduação

IÚLIAN MIRANDA

O FOMENTO ESTATAL ÀS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

Belo Horizonte
2014

IÚLIAN MIRANDA

O FOMENTO ESTATAL ÀS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial à obtenção do título de mestre em Direito.

Orientador: professor Doutor Florivaldo Dutra de Araújo.

Belo Horizonte
2014

IÚLIAN MIRANDA

O FOMENTO ESTATAL ÀS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

Dissertação defendida e apresentada em _____, pela banca examinadora constituída pelos professores:

Professor Doutor Florivaldo Dutra de Araújo – UFMG – Orientador

Professora Doutora Cristiana Maria Fortini Pinto e Silva – UFMG

Professora Doutora Luciana Moraes Raso Sardinha Pinto – Fundação João Pinheiro

Belo Horizonte, _____ de janeiro de 2014

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço aos professores da Pós-Graduação, especialmente meu orientador, prof. Dr. Florivaldo Dutra de Araújo. A seriedade, o zelo e a incontestável capacidade crítica disponibilizadas na orientação do trabalho foram essenciais. Agradeço, também, pela dedicação e pelo comprometimento na orientação ao longo do estágio de docência, cujo aprendizado foi bastante válido.

À professora Cristiana Fortini, por todo aprendizado, pelas boas oportunidades acadêmicas e profissionais ofertadas. Acredito que a gentileza no trato com os alunos e a persistência em fazê-los mais esforçados e valorizados incrementam ainda mais sua notoriedade acadêmica e pessoal.

Ao professor Felipe Alexandre Santa Anna Mucci Daniel, pelo incentivo, pela confiança e pela boa vontade nas bancas, bem como pela seriedade e pelo comprometimento na co-orientação do estágio de docência.

Aos servidores públicos da Faculdade de Direito, especialmente, aos servidores da Secretaria de Pós-Graduação.

Ao CNPQ, pelo apoio nos estudos.

Agradeço, também, aos meus pais. Meu pai, pela sua inabalável boa-fé nas pessoas, especialmente em mim. Não há palavras para agradecer sua dedicação, gentileza, bom humor e amabilidade. Se esta etapa da minha vida for considerada uma vitória, saiba que muito desse mérito é seu e que minha felicidade é ainda maior sabendo da sua felicidade. Minha mãe, fiel em sua crença em mim. Seu suporte às minhas necessidades – muitas só você entende – continua sendo decisivo para mim. Certamente, a sua disciplina, a sua postura e o seu entusiasmo pelos desafios são o melhor aprendizado que se pode obter.

Às minhas irmãs, pelo constante suporte em todos os momentos. A Helga, pelo excelente convívio. Serei sempre grato pelo cuidado, pelas conversas entusiasmadas e pelo senso crítico apurado e divertido. A Kíria, pela disposição e pela boa vontade em sempre me ajudar, pelo inegável apoio em todos os momentos e pelos muitos conselhos, pessoais e profissionais, que sempre me norteiam de forma perspicaz. A Dúnia, pelo inigualável bom humor, pela paciência e pelo peculiar jeito leve e otimista de levar a vida. Agradeço também ao Fabiano e ao Douglas, sempre gentis e agradáveis.

A Raíssa, cujo agradecimento deve ser bastante singular. O amor, o companheirismo, a tranquilidade, a leveza, a boa-fé e o otimismo foram essenciais em todo esse

momento. Estendo meu agradecimento não só a esse período, mas a todo o tempo em que você carinhosamente me apoia, sempre me incentivando a buscar novos desafios. Seu jeito cuidadoso e sua inestimável cumplicidade foram especialmente importantes para que eu chegasse a esse momento.

Ao Dr. Ivan e a Érika, agradeço pelo agradabilíssimo convívio em nossos constantes e bons encontros e viagens. Agradeço também a confiança e as oportunidades profissionais. Estendo o agradecimento ao Igor e ao Ivan, pelo bom convívio e excelente acolhimento ao longo de todo esse tempo.

Ao mentor e amigo Gustavo Alexandre Magalhães. Embora doutor pela titulação, você continuará – pelo menos para mim – sendo mestre, pelo respeito e também pela insistência. Seu suporte, sua orientação e sua amizade tornaram possíveis muitos dos meus planos. Agradeço pelos conselhos fraternais que me fizeram seguir bons caminhos, pelas oportunidades profissionais, pela boa vontade e bom humor no debate de assuntos acadêmicos e pelas excelentes conversas que auxiliaram em muitos dos raciocínios elaborados na dissertação.

Aos doutores Gustavo Rocha Uchiyama e David de Oliveira Lima Rocha, agradeço pelo produtivo período de escritório e pela amizade.

Aos demais amigos, especialmente ao Silvio Henrique Anchieta, João Paulo Anchieta, Rafael Bagno e Bernadette, Leandro Corrêa e Ana Luisa, Stéfano Boglione, Marcelo e Lívia, Alexandre e Ana Carolina, Aline Magalhães, Daniel Brasil, João Felipe, Christiane Fernandes, Flávia Caldeira, Gabriel Siqueira Aguiar e demais “irmãos”. Todos, a seu modo, foram importantes.

A todos, meu sincero obrigado.

RESUMO

O objetivo do presente estudo é analisar e compreender o fomento estatal às organizações sociais, qualificadas nos termos da Lei nº 9.637/98. Como a maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal não analisou o mérito da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923-5/DF, ainda há muita discussão em torno da constitucionalidade da referida lei. Os aspectos polêmicos acerca do tema iniciam-se com a compreensão adequada sobre o fomento. Ao contrário do que sustenta parte da doutrina, o fomento deve ser compreendido como uma atividade administrativa de prestação obrigatória pelo Estado, pois a Constituição exigiu, não apenas facultou, que algumas atividades fossem fomentadas. Cabe ao Poder Público escolher o mecanismo para exercer essa atividade, desde que obedeça às normas de direito público. Um dos instrumentos de fomento, no âmbito federal, é a qualificação de entidades privadas, sem finalidade lucrativa, como organizações sociais (OS). Apesar das muitas críticas ao modelo das organizações sociais, constatou-se a escassez de trabalhos acadêmicos que propusessem uma abordagem do modelo de forma sistematizada. Ao analisar toda a Lei nº 9.637/98, o presente estudo sustentou sua constitucionalidade, ressaltando-se apenas a análise discricionária existente na qualificação da entidade. Esse juízo discricionário, entretanto, não macula todo o modelo, pois o fomento destinado às OS ocorre por meio do contrato de gestão – previamente antecedido por procedimento licitatório, nos termos da Lei nº 8.666/93. A adoção de licitação prévia à celebração do contrato de gestão impede favorecimentos injustificados e garante que a entidade contratada possua os requisitos exigidos para sua habilitação. A licitação é, portanto, meio de tutelar o princípio da isonomia, nem sempre respeitado no exercício da atividade de fomento. Escolhida a entidade que irá celebrar o contrato de gestão, permite-se, posteriormente, a cessão de servidores públicos, que é meio constitucional de se fomentar uma entidade, a permissão de uso de bem público, dispensada a licitação, e o repasse de verbas públicas. Outro ponto importante refere-se à participação de representantes do Estado no conselho de administração da entidade, que demonstra a forma íntima e cooperada de atuação entre o Estado e alguns setores distintos da sociedade civil. Esses representantes natos do Poder Público também exercem função fiscalizatória na utilização de bens, na cessão de servidores e no uso de verbas públicas, além de contribuir com seu *expertise* na gestão da organização social. Apesar das muitas peculiaridades do modelo das OS, é possível notar semelhanças com o modelo dos serviços sociais autônomos, entidades privadas fomentadas pelo Poder Público, que possuem grande destaque no âmbito nacional. Percebeu-se, dessa forma, que as OS, tratadas na Lei nº 9.637/98, podem ser úteis na consecução da atividade administrativa de fomento, conforme será detidamente tratado no presente trabalho.

Palavras-chave: fomento; organizações sociais; Poder Público; isonomia; terceiro setor.

ABSTRACT

The aim of the subject studied is to analyze and understand the government support to social organizations qualified under the Law No. 9.637/98. As most ministers of the Supreme Federal Court did not examine the merits of the Direct Unconstitutionality Action 1.923-5/DF, there is still much debate about the constitutionality of the law. The controversial aspects on the subject begin with proper understanding of the promotion. Unlike the supporting part of the doctrine, promotion should be understood as a providing administrative activity required by the State, for the Constitution demanded, not only provided, that some activities were promoted. It is for the Government to choose the mechanism to exercise this, since it meets the standards of public law. One of the mechanisms to foster the federal is qualifying non-profit private entity, as social organizations. Despite the many criticisms to the social organizations 's model, only few academic studies set out to address the model in a systematic way. By analyzing the Law n° 9.637/98, this particular study found its constitutionality, excepting only discretionary analysis in qualifying entity. This discretionary judgment, however, does not taint the whole model, as the promotion intended for social organization occurs through the management contract - previously preceded by bidding procedure under Law n°. 8.666/93. Adopting bid prior to the conclusion of the management contract prevents undue favoritism and ensures that the contractor have the requirements for qualification. Bidding is, therefore, a means to safeguard the principle of equality, not always respected in the exercise of promotion activity. Once the entity that will conclude the contract management is chosen, the assignment of civil servants is allowed, which is constitutional means to foster an entity, the permission to use commonweal, given the bidding and the transfer of public funds. Another important point related to the model of social organizations refers to the participation of State representatives on the board of directors of the entity, which demonstrates the close and cooperative way of working between the State and some different sectors of civil society. These public authorities' representatives also have supervisory function in the use of property, the assignment of servers and the use of public funds, in addition to contribute with their "expertise" in managing social organizations. Despite the many social organizations model's peculiarities, it is possible to note similarities with the model of autonomous social services, which are private entities promoted by the Government, that have great prominence nationally. It is clear, thus, that the social organizations stated in Law n° 9.637/98, may be useful in the achievement of administrative activity to promote, as will be carefully dealt with in this thesis.

Keywords: promotion; institution; third sector; government; equality.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABDI	Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial
ABONG	Associação Brasileira de Organizações Não Governamentais
ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ALMG	Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais
Apex-Brasil	Agência de Promoção de Exportações do Brasil
CC/02	Código Civil de 2002
CEMPRE	Cadastro Central de Empresas
CLT	Consolidação das Leis Trabalhistas
CNPJ	Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas
CR/88	Constituição da República de 1988
CTN	Código Tributário Nacional
DF	Distrito Federal
DJ	Diário da Justiça
DOU	Diário Oficial da União
<i>e.g.:</i>	<i>exempli gratia</i>
EC	Emenda Constitucional
FASFIL	Fundações Privadas e Associações sem Fins Lucrativos
FGTS	Fundo de Garantia por Tempo de Serviço
GIFE	Grupo de Institutos, Fundações e Empresas
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
IN	Instrução Normativa
INSS	Instituto Nacional de Seguridade Social
IPEA	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada

IPTU	Imposto Predial e Territorial Urbano
ISSQN	Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza
LC	Lei Complementar
LDO	Lei de Diretrizes Orçamentárias
LOA	Lei Orçamentária Anual
LOAS	Lei Orgânica da Assistência Social
LRF	Lei de Responsabilidade Fiscal
MARE	Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado
MF	Ministério da Fazenda
MG	Minas Gerais
MP	Ministério Público
MS	Mandado de Segurança
ONG	Organização Não Governamental
op. cit	opus citatum
OS	Organização Social
OSCIP	Organização da Sociedade Civil de Interesse Público
PIB	Produto Interno Bruto
PNP	Programa Nacional de Publicização
PPA	Plano Plurianual
<i>Quango</i>	Quasi-Autonomus Non-Governmental Organisation
RE	Recurso Extraordinário
Rel	relator
Resp	Recurso Especial
rev	revista
RJ	Rio de Janeiro
RO	Recurso Ordinário

Senac	Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial
Senai	Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial
Sesc	Serviço Social do Comércio
Sesi	Serviço Social da Indústria
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUS	Sistema Único de Saúde
TCE-MG	Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais
TCU	Tribunal de Contas da União
TJMG	Tribunal de Justiça de Minas Gerais
TJSP	Tribunal de Justiça de São Paulo
TSE	Tribunal Superior Eleitoral
TST	Tribunal Superior do Trabalho
UFMG	Universidade Federal de Minas Gerais
USP	Universidade de São Paulo

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO METODOLÓGICA	13
2	A ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DE FOMENTO	18
2.1	O interesse público na atividade administrativa fomentada	20
2.2	Da ausência de coação na adesão à atividade administrativa de fomento	25
2.2.1	Do exercício obrigatório do fomento estatal	27
2.3	Espécies de fomento	29
2.4	O regime jurídico da atividade de fomento	35
2.4.1	Princípio da subsidiariedade	37
2.4.2	Princípio da isonomia	38
3	ORGANIZAÇÕES SOCIAIS	41
3.1	O Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado e as organizações sociais	41
3.1.1	O projeto das organizações sociais: o regime jurídico e a natureza jurídica da entidade qualificada como OS	47
3.2	Promulgação da Lei nº 9.637/98	51
3.3	Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923-5/DF	54
3.3.1	Pronunciamento dos ministros do Supremo Tribunal Federal quanto à ADI nº 1923-DF	56
3.4	A natureza jurídica das entidades qualificadas como organização social	60
3.5	As atividades desenvolvidas pelas organizações sociais	69
3.5.1	Da natureza privada das atividades	73
3.5.1.1	Saúde	74
3.5.1.2	Ensino	77
3.5.1.3	A pesquisa científica e o desenvolvimento tecnológico	81
3.5.1.4	Proteção e preservação do meio ambiente	82
3.5.1.5	Cultura	84
3.5.2	Da constitucionalidade do fomento público destinado às atividades dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde	85

3.6 A qualificação das entidades como organização social.....	90
3.6.1 A discricionariedade na qualificação de uma entidade como organização social.....	92
3.6.1.1 A qualificação como entidade de utilidade pública.....	94
3.6.1.2 Da observância de normas orçamentárias para a qualificação de uma entidade como OS	96
3.6.2 Da afronta ao princípio da isonomia	98
3.7 O conselho de administração das organizações sociais.....	99
3.7.1 Da composição do conselho de administração das organizações sociais.....	102
3.7.2 Da liberdade de associação.....	105
3.7.3 A utilidade dos representantes do Poder Público no conselho de administração das organizações sociais	110
3.7.3.1 Da legalidade da participação dos agentes públicos no conselho de administração das organizações sociais	114
3.7.4 Das possíveis restrições impostas aos conselheiros na destituição de diretores e na alteração do estatuto da organização social.....	115
3.8 O contrato de gestão.....	117
3.8.1 A natureza jurídica do contrato de gestão celebrado com as organizações sociais.....	121
3.8.2 O regime jurídico do contrato de gestão.....	124
3.8.3 A elaboração e execução do contrato de gestão	125
3.8.4 A extinção do contrato de gestão	128
3.9 Cessão de servidores públicos às organizações sociais.....	129
3.9.1 Considerações iniciais sobre a cessão de servidores públicos	132
3.9.2 Natureza jurídica da cessão de servidores públicos	133
3.9.3 Regime jurídico aplicável	138
3.9.3.1 Militares.....	139
3.9.3.2 Servidores públicos contratados temporariamente por excepcional interesse público	142
3.9.3.3 Servidores públicos estatutários	146
3.9.3.4 Servidores públicos trabalhistas	153
3.9.4 Da necessária obediência aos princípios norteadores da administração pública.....	154
3.9.5 Regime previdenciário do servidor público cedido.....	157
3.10 O uso de bens pelas organizações sociais	161
3.10.1 O uso de bens públicos pelos administrados	161
3.10.2 Instrumentos de outorga de bens públicos.....	166

3.10.2.1	Autorização de uso.....	168
3.10.2.2	Concessão de uso	172
3.10.2.3	Permissão de uso.....	174
3.10.2.3.1	Unilateralidade	178
3.10.2.3.2	Discricionariiedade	181
3.10.2.3.3	Precariedade	184
3.10.2.3.4	Síntese das conclusões acerca da natureza jurídica da permissão de uso de bens públicos.....	190
3.11	Permissão de uso de bens públicos pelas organizações sociais, dispensada a licitação	192
3.12	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 – art. 24, XXIV da Lei nº 8.666/93.....	196
4	O FOMENTO ÀS ORGANIZAÇÕES E SEU ENQUADRAMENTO NO REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO	200
4.1	Definição e abrangência do termo terceiro setor.....	201
4.2	Entidades semelhantes às organizações sociais	204
4.2.1	Quangos: quasi autonomous non-governmental organizations	204
4.2.2	Serviço social autônomo	206
4.2.2.1	Serviço Social Autônomo Associação das Pioneiras Sociais	216
5	CONCLUSÃO	220
	REFERÊNCIAS	225

1 INTRODUÇÃO METODOLÓGICA

O presente trabalho tem como propósito analisar, criticamente, o fomento estatal às entidades qualificadas como organização social (OS), nos termos da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998. A literatura existente sobre as organizações sociais é escassa. A maior parte dos estudos realizados acerca dessas entidades é voltada à constitucionalidade de dispositivos específicos da Lei nº 9.637/98, sem que haja uma abordagem sistematizada do regime jurídico. No entanto, o estudo isolado de dispositivos da referida lei pode levar à incompreensão dessas entidades. A análise sistematizada do regime jurídico aplicável às OS permite entender o conjunto de prerrogativas e sujeições imposto a elas, por meio do exercício da atividade administrativa de fomento.

As peculiaridades singulares do regime jurídico das organizações sociais as tornam únicas. Assim, a possibilidade dessas entidades tornarem-se um instrumento eficaz na atuação compartilhada do Estado com a sociedade civil organizada justificou o estudo aprofundado sobre o tema.¹

Ademais, o objeto do presente projeto é extremamente relevante e atual. Desde a promulgação da Lei nº 9.637/98, muito se discute sobre sua constitucionalidade, sendo ajuizadas, até mesmo, duas ADI que questionaram a constitucionalidade de quase todos os artigos.² Como o mérito dessas ações ainda não foi julgado pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), atualmente ainda há muita polêmica em torno do modelo de fomento destinado às OS.

¹ Em razão do crescimento exponencial das organizações do terceiro setor, entende-se necessário estudar os motivos pelos quais as entidades qualificadas como OS no âmbito federal são pouco utilizadas. Embora não existam dados recentes sobre as entidades do terceiro setor, vale mencionar, a título de ilustração, um trabalho realizado pelo IBGE. De 2002 a 2005 houve um acréscimo de 22,6% no número de associações e fundações sem fins lucrativos, que passaram de 275,9 mil em 2002 para 338,2 mil em 2005. Entre 2006 e 2010, observou-se um crescimento de 8,8% das fundações privadas e associações sem fins lucrativos no Brasil, expansão significativamente menor do que a observada no período de 2002 a 2005 (22,6%), e de 15,9% no pessoal assalariado, com aumento real de 6,2% nos salários médios mensais. Em números absolutos, o maior crescimento foi o das entidades religiosas, o que significou a criação de 11,2 mil entidades ou quase a metade (47,8%) do total das 23,4 mil criadas no período. (Cf.: BRASIL, 2010, p. 13) Apesar de não haver dados concretos acerca do número de OS, no âmbito federal, acredita-se que existam apenas oito organizações sociais.

² Em 1º de dezembro de 1998, o Partido dos Trabalhadores (PT) e o Partido Democrático Trabalhista (PDT) ajuizaram a ação direta de inconstitucionalidade nº 1.923-5/DF, com pedido liminar, no Supremo Tribunal Federal (STF) contra quase todos os artigos da Lei nº 9.637/98 e também contra o inciso XXIV do art. 24 da Lei nº 8.666/93, com redação dada pelo art. 1º da Lei nº 9.648/98. Também foi proposta, pelo Conselho Federal da OAB, a ADI nº 1.943-DF, que aos 20 de fevereiro de 2003 foi sobrestada pelo então Ministro Relator Ilmar Galvão até o julgamento da medida liminar prolatada na ADI nº 1.923-5/DF. Em 1º de fevereiro de 2011 o então Ministro Relator, Carlos Ayres Britto, determinou o sobrestamento do processo até o julgamento do mérito da ADI 1.923-5/DF.

Como **objetivo geral**, procurou-se compreender e demonstrar a atividade administrativa de fomento destinada às OS. Para tanto, fez-se um estudo aprofundado das características, tanto do fomento público quanto do modelo de fomento tratado na Lei nº 9.637/98.

O objetivo foi traçado em razão do **problema** considerado no presente estudo. Questionou-se se o modelo das OS é constitucional e se é possível enquadrar as entidades qualificadas como OS junto às demais entidades do terceiro setor.

Como **hipótese**, sustenta-se que o modelo das OS é constitucional, fazendo-se ressalvas apenas quanto à qualificação discricionária da entidade, disposta no art. 2º, II, da Lei nº 9.637/98. Vale lembrar que parte da doutrina considera o modelo da OS inconstitucional, não podendo ser preservado³, e há quem sustente que as organizações sociais federais ocupam lugar peculiar, não se enquadrando nem como pessoas jurídicas integrantes da estrutura da administração pública indireta, nem como as demais organizações do terceiro setor.⁴

Ao que se refere à **metodologia** utilizada na pesquisa, não se fez uma amostragem de pesquisa de campo, tampouco se fez estudo de casos específicos. Adotando os ensinamentos das professoras Miracy Barbosa de Souza Gustin e Maria Tereza Fonseca Dias, o presente trabalho inseriu em maior medida na vertente jurídico-dogmática, sustentando-se de investigações dos tipos jurídico-histórico, jurídico-compreensiva, jurídico-comparativo e jurídico-propositivo.⁵

Por meio da investigação do tipo jurídico-histórico, procurou-se investigar desde o momento em que as OS foram inicialmente mencionadas no Plano Direito de Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE), até a promulgação da Lei nº 9.637/98.

Na investigação jurídico-comparativo, foi utilizada, principalmente, na análise da cessão de servidores públicos, em que analisou a possibilidade de cessão de todas as categorias de servidores públicos, e na outorga de bens públicos mediante permissão de uso, momento em que se comparou as características da permissão de uso com a autorização e a concessão de uso

³ “[...] não é difícil perceber-se que as qualificações como organização social que hajam sido ou venham a ser feitas nas condições da Lei 9.637, de 15.5.1998, são inválidas, pela flagrante inconstitucionalidade de que padece tal diploma. Assim, expõem-se abertamente a serem fulminadas em ações populares (Lei 4.717, de 29.6.1965) e a que os responsáveis por tais atos de benemerência com recursos públicos, tanto quanto os benefícios deles, respondam patrimonialmente pelo indevido uso de bens e receitas públicas (art. 11 da citada Lei)” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 246).

⁴ “[...] estas entidades ocupam lugar característico que as diferenciam das demais organizações da sociedade civil de caráter público, porquanto a publicização do regime aparece em maior escala, embora não sejam catalogáveis como pessoas jurídicas integrantes da estrutura da Administração Pública Federal Indireta. De qualquer sorte, sob pena de tautologia, não é adequado pensá-las apenas como pessoas jurídicas de direito privado designadas como tais, uma vez que preencham determinados requisitos” (FREITAS, 1998, p. 99).

⁵ GUSTIN; DIAS, 2013, p. 25-29.

de bem público. Ainda quanto à investigação jurídico-comparativo, fez-se menção aos Serviços Sociais Autônomos que possuem características semelhantes às OS.

A investigação jurídico-compreensiva foi utilizada para apontar e compreender todas as “prerrogativas” dispostas na Lei nº 9.637/98, impostas ou apenas facultadas às entidades qualificadas como OS.

Por meio da investigação do tipo jurídico-propositiva, propôs-se uma solução ao problema levantado. Esse tipo de investigação é relevante no presente estudo, haja vista que a ADI 1.923-5/DF ainda encontra-se em tramitação no STF.

Seguiu-se, predominantemente, o método descritivo-compreensivo, partindo tanto do raciocínio dedutivo quanto do indutivo, aprofundando-se, ainda, nos estudos comparativos destinados a confrontar diferentes teorias e propostas de solução para o problema levantado.

Como variável independente, elegeu-se o fomento destinado às OS. Como variável dependente, identifica-se o enquadramento das organizações sociais como entes do terceiro setor, à medida que essa definição será influenciada pela variável independente.

Quanto aos dados primários e secundários, foram utilizados ambos. Como dados primários, foram utilizadas jurisprudências, legislação sobre OS e dados quantitativos acerca dessas entidades. Como dados secundários, foram utilizados livros didáticos, artigos de revistas e jornais e legislação comentada.

Em razão das pesquisas realizadas, deparou-se com algumas questões específicas que demandaram maior aprofundamento. No capítulo 3, por exemplo, fez-se necessário aprofundar a questão da cessão dos servidores segundo cada categoria de servidor público. Ainda no capítulo 3, foi necessário aprofundar também os instrumentos de outorga de bens públicos e suas principais características antes de analisar a permissão de uso, dispensada a licitação, às OS.

Quanto à divisão do trabalho, o capítulo 2 foi dedicado à análise crítica das principais características da atividade administrativa de fomento. Analisaram-se as principais espécies de fomento, segundo a doutrina majoritária, e percebeu-se a ausência de uma uniformidade doutrinária sobre o tema. Há vários critérios utilizados para se referir às distintas espécies de fomento.

Ainda no capítulo 2, destacou-se o regime jurídico administrativo da atividade de fomento, dando ênfase ao princípio da subsidiariedade e ao princípio da isonomia. A escolha desses princípios não foi aleatória. O estudo do princípio da isonomia justificou-se pelo modo como a administração pública concede os benefícios à entidade privada – especialmente o juízo discricionário na qualificação da entidade como OS e a forma como se celebra o contrato de

gestão –, já o estudo do princípio da subsidiariedade justificou-se porque sua compreensão auxiliou no entendimento sobre a abrangência do fomento destinado às organizações sociais.

No capítulo 3, fez-se uma análise aprofundada das organizações sociais. Inicialmente, tratou-se das OS no PDRAE e da promulgação da Lei nº 9.637/98. Em razão das ações diretas de inconstitucionalidades ajuizadas, analisaram-se os votos dos Ministros do STF quando da análise da medida liminar proposta na ADI 1.923-5/DF.⁶

Analisou-se a natureza jurídica das entidades privadas sem fins lucrativos que podem ser qualificadas como OS e a possibilidade dessas entidades prestarem as atividades tratadas no art. 1º da Lei nº 9.637/98.⁷

Compreendeu-se, também, a qualificação da entidade como OS, apontando os efeitos jurídicos oriundos dessa qualificação. Como se trata de um aspecto bastante debatido na doutrina, discutiu-se a necessidade de a qualificação advir de ato discricionário e a constitucionalidade dessa qualificação face ao princípio da isonomia.

Posteriormente, analisou-se a composição do conselho de administração tratado no art. 3º da Lei nº 9.637/98, debatendo a possível afronta ao art. 5º, XVIII, da CR/88, haja vista a participação de membros natos representantes do Poder Público na ordem de 20% a 40% (vinte a quarenta por cento) dos conselheiros. Além da discussão sobre a constitucionalidade da participação desses representantes do Poder Público, questionou-se a utilidade deles no conselho de administração das OS.

Ainda no capítulo 3, tratou-se do contrato de gestão. Analisou-se a natureza jurídica desse instrumento e as consequências oriundas da natureza jurídica proposta.

Quanto à forma de fomento estatal às OS, fez-se necessário aprofundar – conforme já dito – as pesquisas sobre cessão de servidor público e permissão de uso. Quanto à cessão de servidores públicos, constatou-se a ausência de tratamento da doutrina especializada. Trata-se de um tema em que os estudos são escassos. Já no tratamento dado à permissão de uso, percebeu-se que há divergências doutrinárias sobre esse instrumento de outorga de bem público. Embora existam muitos trabalhos sobre o tema, fez-se uma abordagem ampla a fim de compreender a natureza jurídica do instituto e sua adequação à Lei nº 9.637/98.

⁶ Os argumentos utilizados na ADI nº 1923-5/DF foram mencionados em vários trechos da dissertação a fim de posicionar-se sobre a constitucionalidade dos dispositivos da Lei nº 9.637/98.

⁷ “Art. 1º. O Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos aos requisitos previstos nesta Lei.” (BRASIL, 1998a).

Outro mecanismo de fomento utilizado pelo Estado, objeto de análise do presente trabalho, é 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, conforme dispõe o art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93.

Por fim, no capítulo 4, analisaram-se algumas entidades que possivelmente influenciaram a elaboração do modelo das OS. Para tanto, fez-se necessário tecer breves comentários sobre o terceiro setor, sobre os serviços sociais autônomos, especialmente sobre o Serviço Social Autônomo Associação das Pioneiras Sociais e sobre as *quangos* – mencionadas no PDRAE.

2 A ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DE FOMENTO

Compete à administração pública incitar o desenvolvimento de atividades e apoiar a manutenção de estabelecimentos que satisfaçam determinado interesse público. Essa obrigação consiste em uma atividade administrativa denominada “fomento”, assunto sobre o qual o legislador constituinte tratou em diferentes partes da Constituição. A título meramente exemplificativo, vale mencionar alguns dispositivos constitucionais que tratam dessa importante – embora pouco estudada – atividade administrativa: art. 23, V, VIII e IX; art. 170, IX; art. 180; art. 187, I e III; art. 205, *caput*; art. 215, *caput*; art. 217, *caput*; art. 218, *caput*; art. 219, *caput*; art. 227, §1º, dentre outros.⁸

A atividade de fomento, ao lado do poder de polícia e da atuação estatal direta na economia – mediante prestação de bens e de serviços em regime de monopólio ou em regime de competição –, consiste em uma das três formas distintas de intervenção estatal na economia.⁹

⁸ “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] V – proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência; [...] VIII – fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar; IX – promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico; Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Art. 180. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promoverão e incentivarão o turismo como fator de desenvolvimento social e econômico. Art. 187. A política agrícola será planejada e executada na forma da lei, com a participação efetiva do setor de produção, envolvendo produtores e trabalhadores rurais, bem como dos setores de comercialização, de armazenamento e de transportes, levando em conta, especialmente: I – os instrumentos creditícios e fiscais; [...] III – o incentivo à pesquisa e à tecnologia; Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais. Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados: Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas. Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal. Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. §1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos” (BRASIL, 1988)

⁹ “Considerando-se panoramicamente a interferência do Estado na ordem econômica, percebe-se que esta pode ocorrer de três modos; a saber: (a) ora dar-se-á através de seu ‘poder de polícia’, isto é, mediante leis e atos normativos expedidos para executá-las como ‘agente normativo e regulador da atividade econômica’ – caso no qual exercerá funções de ‘fiscalização’ e em que o ‘planejamento’ que conceber será meramente ‘*indicativo* para o setor privado’ e ‘determinante para o setor público’, tudo conforme prevê o art. 174; (b) ora ele próprio, em casos excepcionais, como foi dito atuará empresarialmente, mediante pessoas que cria com tal objetivo; e (c) ora o fará mediante incentivos à iniciativa privada (também supostos no art. 174), estimulando-a com favores fiscais ou financiamentos, até mesmo a fundo perdido” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 810). No mesmo sentido: (MELLO, Rafael, 2010, p. 264). Eros Roberto Grau possui posicionamento similar, apesar de utilizar nomenclatura diversa. Para o autor, existem três modalidades distintas de intervenção estatal no domínio econômico: (a)

E junto à prestação de serviços públicos, o fomento é uma das duas formas de intervenção do Estado no domínio social.¹⁰

Enquanto atividade administrativa, pode-se compreender o fomento segundo a definição elaborada por Sílvio Luís Ferreira da Rocha:

A atividade administrativa de fomento pode ser definida como a ação da Administração com vista a proteger ou promover as atividades, estabelecimentos ou riquezas dos particulares que satisfaçam necessidades públicas ou consideradas de utilidade coletiva, sem o uso da coação e sem a prestação de serviços públicos, ou, mais concretamente, a atividade administrativa que se destina a satisfazer indiretamente certas necessidades consideradas de caráter público, protegendo ou promovendo as atividades dos particulares, sem empregar a coação.¹¹

A partir dessa definição podem-se destacar as características que qualificam a atividade administrativa de fomento, quais sejam: (a) a existência de interesse público no desenvolvimento da atividade fomentada;¹² (b) a inexistência de coação sobre o indivíduo que exerce a atividade fomentada ou sobre o proprietário do bem tutelado via fomento. Quer-se

intervenção por absorção ou participação (refere-se à atuação direta do Estado na economia, em regime de monopólio ou em regime de competição); (b) intervenção por direção (poder de polícia); (c) intervenção por indução (fomento). Essas duas últimas são, para o autor, formas de intervenção indireta na ordem econômica, ou seja, o Estado atua sobre o domínio econômico, ao contrário da intervenção por absorção ou participação, hipótese em que há uma atuação estatal no domínio econômico, cf: GRAU, 2007, p. 147-151.

¹⁰ BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 831.

¹¹ ROCHA, 2006, p. 24. Vale destacar que a ideia nuclear da atividade administrativa de fomento não varia muito entre os doutrinadores, conforme se observa das definições elaboradas por alguns dos principais estudiosos sobre o tema. Celso Antônio Bandeira de Mello sustenta que o fomento administrativo de atividades privadas é, ao lado da prestação de serviços públicos, um meio de intervenção do Estado no domínio social: “mediante trespasse a particulares de recursos a serem aplicados” (BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.* p. 831). Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o fomento é “uma atividade administrativa de incentivo à iniciativa privada de interesse público” (DI PIETRO, 2008, p. 10). Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, o fomento consiste em uma “função administrativa através do qual o Estado ou seus delegados estimulam ou incentivam, direta, imediata e concretamente, a iniciativa dos administrados ou de outras entidades, públicas e privadas, para que estas desempenhem ou estimulem, por seu turno, as atividades que a lei haja considerado de interesse público para o desenvolvimento integral e harmônico da sociedade” (MOREIRA NETO, 2006, p. 524). Para André Luiz Freire: “é possível definir fomento como sendo *a atividade administrativa destinada a encorajar comportamentos dos sujeitos privados, a fim de satisfazer necessidades de interesse público*” (FREIRE, 2010, p. 163). Rafael Munhoz de Mello: “o fomento é a atividade administrativa que busca influenciar o comportamento dos particulares mediante a oferta de benefícios e estímulos e não através de imposições, de modo a induzi-los a desempenharem atividades tidas como necessárias ao atendimento do interesse público” (MELLO, Rafael, 2010, p. 267). Por fim, Célia Cunha Mello afirma: “Sendo assim, podemos conceituar a administração fomentadora como um complexo de atividades concretas e indiretas que o Estado desempenha despojado do poder de autoridade, cujo labor se limita a promover e/ou incentivar atividades e regiões, visando melhorar os níveis de vida da sociedade” (MELLO, Célia, 2003, p. 38).

¹² Sustenta-se que o fomento pode ocorrer em atividades desenvolvidas por entes públicos, independentemente do regime jurídico aplicável à atividade exercida ou ao bem tutelado. Entretanto, o presente trabalho ater-se-á ao fomento destinado às atividades e aos bens privados. Quer-se dizer, pois, que o fomento aqui estudado restringir-se-á àquele que visa às atividades desenvolvidas por particulares. Vale observar que no direito pátrio há divergência doutrinária quanto ao fomento destinado às atividades e aos bens de entes públicos. No mesmo sentido defendido no presente estudo, (Cf.: MELLO, Célia, 2003; MOREIRA NETO, 2006). Em sentido contrário, ou seja, negando ser possível haver fomento de atividades desenvolvidas por entes públicos, cf: FREIRE, 2010, p. 166.

dizer que o indivíduo é livre para participar ou não da política de fomento. O papel da administração pública restringe-se ao incentivo, ao encorajamento da prática de uma atividade, bem como à proteção de algum estabelecimento, não podendo obrigar a adesão ao fomento proposto; (c) a liberdade do Poder Público, obedecido o ordenamento jurídico, em estabelecer concretamente o meio de fomentar determinada atividade ou bem; (d) a incidência de regime jurídico de direito administrativo, haja vista tratar-se de uma atividade administrativa.

Levando-se em conta essas quatro características, pode-se compreender a atividade de fomento analisando-as detidamente.

2.1 O interesse público na atividade administrativa fomentada

Uma das características da atividade administrativa de fomento é a existência de um interesse público na atividade e/ou nos bens objeto de fomento público.¹³ Apesar de não ser o objetivo fulcral do presente trabalho, entende-se necessário compreender a noção contemporânea de interesse público.¹⁴

No Estado Democrático de Direito, especialmente no ordenamento jurídico pátrio, a concepção de interesse público não é simples, pois trata-se de conceito jurídico indeterminado, de conteúdo fluido, ao qual não se concebe definição única,¹⁵ apesar de o interesse público ser o fim de toda atividade administrativa.¹⁶ Percebe-se que comumente a delimitação do conteúdo e da abrangência da expressão esbarra na definição do que seja

¹³ “A atividade de fomento deve sempre buscar a incentivar ou preservar uma atividade privada que satisfaça necessariamente um interesse geral. A atividade de fomento que não persiga um fim de interesse geral não é lícita. O fomento legítimo e justificado é aquele que visa a promover ou a estimular atividades que tendem a favorecer o bem estar geral” (ROCHA, 2006, p. 31).

¹⁴ Parte das ideias aqui presentes foi desenvolvida em trabalho anterior, escrito em coautoria com a professora Dra. Cristiana Fortini, cf.: FORTINI; MIRANDA, 2013b.

¹⁵ Imperioso destacar que a indeterminabilidade do conceito não traduz na impossibilidade de sua concretização, pois a aplicação do conceito finda a indeterminação, pelo menos na situação posta. Do contrário, a indeterminabilidade prevaleceria e tornar-se-ia impossível a utilização desse conceito. Tal fato não é negado pela doutrina majoritária: “A *indeterminação do conceito jurídico de interesse público* não pode servir de empecilho à aplicação das normas constitucionais. Sendo conceitos jurídicos, são passíveis de interpretação. Existe hoje toda uma doutrina dos conceitos jurídicos indeterminados, exatamente para permitir ao intérprete a sua definição e ampliar a possibilidade de controle judicial sobre os atos administrativos. Se a indeterminação do conceito jurídico fosse empecilho para sua aplicação, o mesmo ocorreria com inúmeros outros princípios constitucionais como os da moralidade, eficiência, razoabilidade, segurança jurídica e tantos outros. As ideias de utilidade pública, interesse social, perigo iminente e outras semelhantes, de que são ricos todos os ramos do direito, ficariam sem aplicação” (DI PIETRO, 2010, p. 97-98).

¹⁶ “Verdadeiro norte para o Direito Administrativo, interesse público não é uma expressão mágica, capaz de justificar todo e qualquer comportamento administrativo. Tampouco é uma palavra oca, destituída de conteúdo, comportando seja lá o que for que se lhe queira inserir. A finalidade da lei, em última análise, sempre será a realização do interesse público, entendido como o interesse da coletividade” (FERRAZ; DALLARI, 2007, p. 57).

interesse privado, não sendo incomum constatar tratamento equivocado, em que o interesse público é, necessariamente, contraposto aos interesses privados.¹⁷

Filiando-se aos ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, entende-se que há uma correlação vital entre interesses públicos e interesses privados, não sendo possível dissociá-los.¹⁸ Conforme bem leciona o autor, o interesse público constitui-se pelo conjunto (não somatório) dos interesses de cada membro da sociedade, pelo simples fato de se enquadrarem como partícipes de um corpo social, razão pela qual o interesse público só pode ser concebido como uma faceta dos interesses dos indivíduos.¹⁹ A proteção do interesse público, dessa forma, justifica-se na exata medida em que ele representa os interesses privados daqueles que compõem a sociedade, com fins a salvaguardar, justamente, os direitos individuais.²⁰

Não é possível, assim, disjuntar o interesse público do interesse privado, uma vez que aquele constitui-se como uma: “*função qualificada dos interesses das partes*, um aspecto, uma forma específica, de sua manifestação.”²¹ Desse modo, uma das formas de manifestar o interesse público ocorre pela manifestação dos interesses individuais, pois em todo interesse público há componentes privados. Como bem anotou Gustavo Alexandre Magalhães: “a concretização do interesse público exige a compatibilização dos interesses constitucionalmente protegidos, o que inclui a proteção a interesses privados.”²² A noção de interesse público é, portanto, constituída a partir de interesses dos membros da sociedade, o que não impede a ocorrência de eventuais conflitos entre determinados interesses públicos e interesses privados.

Ademais, o interesse público – constituído a partir da salvaguarda de interesses privados – deve encontrar-se vinculado a determinado dispositivo legal, razão pela qual pode-

¹⁷ “Ao se pensar em interesse público, pensa-se, habitualmente, em uma categoria *contraposta à de interesse privado, individual*, isto é, ao interesse pessoal de cada um. Acerta-se em dizer que se constitui no *interesse do todo*, ou seja, do *próprio conjunto social*, assim como acerta-se também em sublinhar que não se confunde com a somatória dos interesses individuais, peculiares de cada qual. **Dizer isto, entretanto, é dizer muito pouco para compreender-se verdadeiramente o que é interesse público. [...] O indispensável, em suma, é prevenir-se contra o erro de, consciente ou inconscientemente, promover uma separação absoluta entre ambos, ao invés de acentuar, como se deveria, que o interesse público, ou seja, o interesse do todo, é “função” qualificada dos interesses das partes, um aspecto, uma forma específica, de sua manifestação**” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 59-60, destaque nosso)

¹⁸ “[...] o interesse público, o interesse do todo, do conjunto social, nada mais é que a *dimensão pública dos interesses individuais*, ou seja, dos interesses *de cada indivíduo enquanto partícipe da Sociedade (entificada juridicamente no Estado)*, nisto se abrindo também o *depósito intertemporal destes mesmos interesses*, vale dizer, já agora, encarados eles em sua continuidade histórica, tendo em vista a sucessividade das gerações de seus nacionais” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 60-61).

¹⁹ Nesse mesmo sentido: “Infere-se, pois, que o interesse público *não é o somatório dos interesses individuais* dos componentes do grupo social, mas traduz interesses próprios, coletivos, gerados de satisfação geral, e não individual; enfim, busca o bem comum” (CARVALHO FILHO, 2010, p. 73).

²⁰ BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 62.

²¹ BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 60.

²² MAGALHÃES, 2012, p. 82.

se afirmar que toda manifestação de interesse público consagra valores dispostos no ordenamento jurídico.²³

É coerente, desse modo, sustentar que toda manifestação lícita consagra valores aceitos pela sociedade. Consequentemente, qualquer pessoa, física ou jurídica, que pratique determinado ato jurídico, manifesta algum valor consagrado em nosso ordenamento jurídico.²⁴ Logo, todo ato jurídico pode vir a ser uma manifestação de interesse público.

Diz-se potencialmente, pois nem todo ato lícito consagra determinado interesse público. As relações privadas, via de regra, não visam à satisfação de interesses de terceiros alheios à relação constituída. Mesmo nas relações jurídicas cujos efeitos não se restrinjam às partes envolvidas, é incomum a existência de uma finalidade pública, fato esse que não impossibilita a consecução de interesse público por meio de uma atividade desempenhada por particulares. As organizações do terceiro setor são exemplos de organizações não estatais voltadas ao desenvolvimento de atividades de interesse público.²⁵ Há que se entender, portanto, que no Estado Democrático de Direito a consecução do interesse público não é monopólio do Estado, podendo a coletividade tutelar tais interesses consagrados no ordenamento jurídico.²⁶

²³ “O *interesse público* só é aquele positivado no ordenamento jurídico, seja ele por regras ou por princípios. Vale dizer, para que o interesse público seja, de fato, superior, é necessário um direito subjetivo específico com ele congruente. Com isso já se fixam as balizas de onde estaria o *interesse público*. Exatamente no ordenamento jurídico, que pelo princípio democrático entroniza no sistema as aspirações e reclames coletivos. Sendo direto: o ‘interesse’ é público quando é ‘direito’” (RIBEIRO, 2010, p. 117). Vale mencionar também os ensinamentos de Romeu Felipe Bacellar Filho: “[...] quanto ao seu *conteúdo*, o interesse encontra-se plasmado no direito positivo, que qualifica determinados interesses como públicos ao tutelá-los, revelando-se como elementos que compõem o seu núcleo fundamental: (a) a *juridicidade* e a *legalidade* administrativas, cujo respeito implica no cumprimento da lei em sentido formal e do sistema jurídico como um todo, notadamente da Constituição Federal; (b) a *impessoalidade* administrativa, pois se a Administração age em nome da coletividade, sua atuação não pode estar atrelada a favorecimentos ou perseguições personalizadas; (c) a *moralidade* administrativa, que impõe o dever de atuação ética, proba e previsível; (d) a *publicidade* administrativa, já que o interesse da coletividade exige meios transparentes e divulgação da gestão dos bens jurídicos que pertencem a todos; (e) a *eficiência* administrativa, visto que a realização plena de todos os componentes anteriores pressupõe o exercício diligente das competências que são conferidas à Administração pública” (BACELLAR FILHO, 2010, p. 111-112).

²⁴ “Dessa forma, o interesse público não estatal é todo interesse lícito tutelado por particulares, considerados individualmente, ou por organizações da sociedade civil. As ONGs atuam de forma complementar ao Estado, no intuito de concretizar os objetivos e interesses plurais consagrados pela Constituição da República de 1988. Entende-se, portanto, que o chamado interesse público não estatal nada mais é que a concepção de cada grupo da sociedade civil organizada sobre o que vem a ser interesse público” (MAGALHÃES, 2012, p. 80).

²⁵ “O nome *Terceiro setor* indica os entes que estão situados entre os setores estatais e empresarial. Os entes que o integram são entes privados, não vinculados à organização centralizada ou descentralizada da Administração Pública, mas que não almejam, entretanto, entre os seus objetivos sociais, o lucro, e que prestam serviços em áreas de relevante interesse social e público” (ROCHA, 2008, p. 15). No mesmo sentido: (DI PIETRO, 2012, p. 551). Outros autores comungam dessa definição (ZOCKUN, 2009, p. 186), (SILVA, Maria; SILVA, Ana, 2008, p. 21) e (VIOLIN, 2010, p. 120-121).

²⁶ “No desenvolvimento de novas ideias, propõe-se a aproximação do Estado à Sociedade, a ampliação da participação popular nas decisões de governo, no controle da Administração pública. Propugna-se, assim, pela democratização da Administração pública, que não terá mais o monopólio da definição do ‘interesse público’. Não se quer, apenas, a simples submissão da Administração a um princípio de legalidade formal, mas a um conjunto de princípios e valores, que se pretendem inscritos na Constituição” (CARVALHO, 2003, p. 334).

Consequentemente, em razão da gama de interesses públicos existentes no ordenamento jurídico pátrio, é possível que em determinadas situações fáticas haja um confronto entre os interesses públicos, tutelados pelo Estado ou por particulares, e interesses privados. Nessas situações de confronto, cabe ao Estado ponderar razoavelmente a fim de escolher qual interesse deve prevalecer em dado caso concreto:

Percebe-se que a definição de interesse público é resultante da ponderação entre os vários interesses privados e setoriais amparados pelo ordenamento jurídico, cabendo ao Estado (ora pelo Legislativo, ora pelo Executivo e ora por meio do Judiciário) o papel de grande mediador na luta democrática em que cada um busca interesses próprios.²⁷

Conclui-se, assim, que não existe um único interesse público, mas vários interesses públicos consagrados no ordenamento jurídico. Tanto o Estado quanto a sociedade civil tutelam os inúmeros interesses públicos existentes, mas é do Estado o dever de decidir em que momento e de que modo as atividades que tutelam determinado interesse público devem ser fomentadas.

Um ponto importante a ser destacado refere-se ao fato de que o interesse público existente em uma atividade fomentada não se traduz na ausência de finalidade lucrativa existente na pessoa que exerce tal atividade. É comum observar atividades lucrativas sendo fomentadas por meio da concessão de créditos a juros inferiores ao cobrado no mercado, haja vista o interesse público considerado no desenvolvimento dessa atividade em determinado momento.²⁸ Também é comum a redução da alíquota de impostos cobrados em determinados produtos cuja manutenção das vendas é de interesse da administração pública. O incentivo à manutenção de um patamar de vendas desses produtos – em determinado momento – pode ser extremamente importante para o crescimento econômico e para a redução do número de desempregados. Logo, trata-se de atividade passível de fomento, apesar de ser lucrativa.

O interesse público é o fim de toda ação administrativa, razão pela qual não se pode distinguir a atividade de fomento das demais atividades administrativas a partir do interesse

²⁷ MAGALHÃES, 2012, p. 81.

²⁸ O Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), empresa pública federal, realiza financiamentos para investimentos em diversos setores que são de interesse público, incluindo empresas privadas por meio de condições especiais de fomento: “O apoio do BNDES à indústria é fundamental para desenvolver, ampliar e diversificar as fontes de recursos no país e no exterior, além de aquecer a economia e gerar empregos e renda. As ações do Banco para estimular o crescimento industrial do país visam dar conta de três grandes desafios: ampliar a capacidade produtiva da indústria e do setor de serviços; aumentar as exportações; e elevar a capacidade de inovação, fator essencial para o crescimento em um mundo globalizado. Por isso, o BNDES busca fomentar projetos de investimentos que visem à ampliação do parque industrial brasileiro (incluindo o setor agropecuário). O apoio a fábricas de bens de capital oferece condições especiais para estimular a competitividade do setor. Indústrias brasileiras também podem receber apoio financeiro para a importação de máquinas e equipamentos novos. Além disso, micro, pequenas e médias empresas do setor industrial têm condições especiais” (BNDES, 2013)

público nela existente. O que se pode afirmar é que a atividade de fomento tutela o interesse público de forma indireta e mediata:

A atividade de fomento visa a alcançar finalidades e objetivos específicos da Administração Pública, porém de uma maneira indireta e mediata, na medida em que os fins não são alcançados por meio de um agir próprio dos órgãos administrativos, mas por intermédio do agir dos particulares que são incentivados a atingir os fins e objetivos da Administração Pública.²⁹

Essa característica é, mesmo, tratada por parte da doutrina como uma das diferenças existentes entre a atividade administrativa de fomento e o serviço público.

Entende-se, *data venia*, que também na delegação, por colaboração, do serviço público – nos termos do art. 175 da Constituição da República – há satisfação indireta do interesse público, à medida que não há atuação direta do Estado no exercício da atividade.

Célia Cunha Mello observa a dificuldade em saber o sentido da expressão “atuação direta e indireta” quando utilizada para distinguir o fomento do serviço público. Para a autora, o sentido atribuído à expressão somente será capaz de proporcionar uma distinção entre as duas atividades administrativas se a “atuação estatal direta” for entendida como a titularidade para prestar ou para delegar determinada atividade material que a lei atribui ao Estado ou à pessoa; já a “atuação estatal indireta” ocorre quando a lei atribui ao Estado ou à pessoa competência para incitar outra pessoa a desenvolver determinada atividade, ou seja, o agente fomentador não figura como titular do serviço ou da atividade objeto do fomento.³⁰

Constata-se, dessa forma, que, embora seja imperativa a existência de um interesse público – satisfeito de forma indireta e mediata, nos termos tratados por Célia Cunha Mello – na atividade fomentada, a individualização do fomento enquanto atividade administrativa só é possível por meio das demais características a seguir tratadas.

²⁹ ROCHA, 2008, p. 26-27.

³⁰ “Eis a diferença: quando o Estado é competente para prestar um serviço, trata-se de uma atuação estatal direta e, portanto, de serviço público, ao passo que, quando compete ao Estado apenas promover e/ou incentivar determinada atividade, trata-se de uma atuação estatal indireta e, portanto, de fomento público. Assenta-se esse traço distintivo na titularidade do serviço público e do fomento, posto que, naquele, a lei confere ao ente público competência para prestá-lo, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, na forma do disposto no artigo 175, do texto constitucional, ao passo que, neste, a competência atribuída legalmente ao ente estatal se restringe a conferir a ele poderes para adotar, discricionariamente, medidas promocionais que terminem por convencer *outrem* a fazer ou deixar de fazer algo” (MELLO, Célia, 2003, p. 55-56).

2.2 Da ausência de coação na adesão à atividade administrativa de fomento

Na atividade administrativa de fomento, exclui-se qualquer forma de intervenção coativa. Aquele que exerce a atividade privada fomentada – e também o proprietário dos bens protegidos por essa atividade administrativa – não pode ser coagido a participar da relação jurídica proposta pelo Estado.³¹

O princípio da livre iniciativa impõe ao Poder Público o dever de se abster quando do exercício da atividade privada pelo particular. O particular que possui o bem ou que exerce a atividade fomentada é livre para aceitar o auxílio oferecido pela administração pública, ou seja, desde que seja respeitado o ordenamento jurídico, a escolha dos meios adequados à consecução dos fins visados por aquele que exerce a atividade é livre.³²

Parte da doutrina sustenta que a ausência de coação na formação do vínculo jurídico estabelecido entre a administração pública e o particular fomentado é uma das características que individualizam essa atividade administrativa. Segundo bem anotou Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

A diferença principal entre esta função administrativa e as demais, de polícia, dos serviços públicos, do ordenamento econômico e do ordenamento social, está na ausência de compulsoriedade na ação do Estado. Com efeito, o fomento público não é uma função estatal imposta à sociedade, de modo que, ao dispensá-lo à sociedade ou a segmento dela, o Estado a ninguém obriga, indivíduo, associação ou empresa, a valer-se dos instrumentos jurídicos de incentivo. Em suma, relaciona-se com o Estado, nessas condições, quem o desejar, pois se está no campo da administração consensual, que se distingue da imperativa e de certa forma pode superá-lo em eficiência, dependendo do objetivo que se proponha alcançar.³³

³¹ “Os particulares são livres para decidir se vão ou não assumir a tarefa desejada pelo Estado: se aceitarem desempenhá-la, serão beneficiados pela medida de fomento oferecida pela Administração pública; se não aceitarem, nenhuma sanção lhes será imposta, eis que não terão agido ilicitamente. Isso porque através do fomento o Estado não impõe o dever de observar certa conduta, mas apenas estimula sua adoção” (MELLO, Rafael, 2010, p. 265-266).

³² Como já fora alertado na nota de rodapé nº 12, o presente trabalho não tratará do fomento destinado às entidades públicas. Entretanto, importante observar que se o auxílio – proveniente da atividade administrativa de fomento – incrementar a atividade desempenhada pelo ente público, não é lícito ao ente negar essa ajuda. Não se está aqui afirmando que o fomento proposto aos entes públicos é de aceitação obrigatória, pois é possível vislumbrar situações em que a contrapartida exigida pelo ente público fomentador, por exemplo, não seja adequada, segundo análise do ente público fomentado, logo não há de se aceitar o fomento proposto. Dessa forma, ao contrário do que ocorre com os particulares – regidos pelo princípio da livre iniciativa – que podem optar livremente pela adesão ou não da política de fomento, os entes públicos não possuem tamanha liberdade.

³³ MOREIRA NETO, 2006, p. 523-524. No mesmo sentido: “a atividade de fomento é voluntária *quanto à formação da relação jurídico-administrativa*; este é, aliás, o seu traço principal. Ou seja, o Estado não poderá coagir os particulares a tornar a relação jurídica de fomento, tal como ocorre na atividade ordenadora. Por isso se afirma que não há coação” (FREIRE, 2010, p. 166).

Essa, entretanto, não é a posição aqui sustentada. Também na prestação de serviço público pelos particulares – mediante delegação por concessão ou permissão – não há coação na formação do vínculo jurídico.³⁴ Embora a ausência de coação na formação do vínculo seja imprescindível à caracterização da atividade administrativa de fomento, não é por meio dessa característica que se pode diferenciá-la das demais atividades administrativas.

A respeito dessa característica, vale destacar também que, a partir do momento em que se constitui o vínculo jurídico entre o particular fomentado e a administração pública, aquele assume os compromissos dispostos no vínculo jurídico, podendo o Poder Público obrigá-lo a cumprir o que foi estabelecido.³⁵ Como a atividade de fomento pode envolver o repasse de recursos públicos, é dever do Estado fiscalizar o adequado emprego dos recursos necessários à consecução do interesse público existente na atividade fomentada.

Para Sílvio Luís Ferreira da Rocha, aplica-se também à atividade administrativa de fomento o princípio da repartição de riscos ou do risco compartilhado. Segundo esse princípio, o particular fomentado deve aportar recursos próprios para a atividade fomentada.³⁶ Ou seja, para o autor, a partir do instante em que o indivíduo adere – por opção própria – a uma política de fomento, ele é obrigado não só a cumprir os termos do fomento como também deve investir, ou manter um investimento mínimo, na atividade fomentada.³⁷ Apesar dessa característica ser

³⁴ A ausência de coação na formação dos contratos de prestação de serviço público celebrados com particulares interessados na execução desse serviço não se confunde com a obrigatoriedade imposta ao Estado de prestar serviços públicos.

³⁵ “Assim, a *formação da relação jurídico-administrativa de fomento público*, distintamente da formação das demais relações jusadministrativas estudadas, caracteriza-se por ser *facultativa*, vale dizer: somente depois de estabelecida, pela *adesão* do administrado, é que o Estado poderá, eventualmente, *coagir* o particular a cumprir aquilo a que voluntariamente se comprometeu, ao *puni-lo*, porque não o fez” (MOREIRA NETO, 2006, p. 524). No mesmo sentido: “Num segundo momento, porém, depois de formada a relação jurídica de fomento, compete à administração pública exigir que o agente fomentado cumpra todos os requisitos ensejadores da concessão das vantagens que passou a perceber nessa condição, oportunidade em que a administração pública dispõe de medidas auto-executórias e deve recorrer aos instrumentos fiscalizadores, preventivos e repressores, utilizando, inclusive, medidas coercitivas, em nome do interesse público” (MELLO, Célia, 2003, p. 46). Conferir também: ZOCKUN, 2009, p. 190.

³⁶ “Outro princípio da atividade de fomento, específico desta, ligado ao princípio da subsidiariedade, é o *princípio da repartição de riscos* ou do *risco compartilhado*, o que impede considerar a atividade de fomento como mero ato de liberdade administrativa, que exonere o beneficiário de todo o risco ou da obrigatoriedade de aportar recursos próprios para a atividade fomentada. Logo a atividade promocional empreendida pela Administração pública não pode prescindir do investimento recursos pelos particulares em favor da atividade que se quer incentivar ou promover. A observância do princípio da repartição de riscos (previsto, inclusive, na Lei 4.320, de 1964, em seu artigo 16, quando, ao tratar das subvenções sociais, usa o termo *suplementação de recursos de origem privada*, indicando, portanto, que o fomento pressupõe o investimento de recursos privados na atividade incentivada) serviria para por fim à ‘farrá’ de transferências de recursos públicos a entes privados que, sob o pretexto de serem fomentados, passaram, em flagrante desrespeito aos princípios constitucionais, a gerir bens, servidores e recursos públicos, sem a necessária contrapartida, **como o que está ocorrendo com as entidades qualificadas como Organizações Sociais**” (ROCHA, 2008, p. 33, destaque nosso).

³⁷ Ao tratar do fomento destinado às entidades privadas sem fins lucrativos, Maria Tereza Fonseca Dias também defende a necessidade de essas entidades buscar recursos para o desempenho de suas atividades “tornando-se meramente complementar a atividade de fomento do Estado” (DIAS, 2008, p. 270-271).

melhor abordada no item acerca do princípio da subsidiariedade, imperioso concluir que há liberdade em aderir à atividade de fomento e a partir da adesão há incidência de normas que obrigam o indivíduo a cumprir o que foi acordado.

2.2.1 Do exercício obrigatório do fomento estatal

Parte da doutrina brasileira defende que não há um dever constitucional – imposto ao Estado – no exercício da atividade de fomento. Segundo sustenta Sílvio Luís Ferreira da Rocha: “a determinação concreta das atividades particulares que devem ser fomentadas é uma questão política de conveniência e oportunidade, que escapa ao campo estritamente jurídico.”³⁸ Ainda, segundo o autor, o Estado não é obrigado a fomentar determinadas atividades, não podendo os particulares exigir o fomento estatal: “ademais, as atividades de fomento não configuram uma prestação obrigatória da administração; são meramente facultativas, de modo que o fomento pode ser pretendido ou solicitado por seus possíveis beneficiários, mas não exigidos juridicamente.”³⁹ Esse também é o posicionamento de Carolina Zancaner Zockun:

[...] cumpre destacar que não há um dever constitucionalmente atribuído ao Estado de fomentar as atividades privadas. Trata-se, pois, de política legislativa, que permite ao Estado optar pelas atividades de relevância social que receberão, ou não, incentivo estatal. Com efeito, as atividades de fomento exigem, direta e indiretamente, o aporte de recursos estatais que são transferidos à sociedade para que os particulares, observadas determinadas diretrizes, possam validamente perseguir o interesse público.⁴⁰

Esse, no entanto, não é o posicionamento aqui adotado. A partir da leitura de alguns dispositivos constitucionais, pode-se afirmar que o constituinte obrigou o Estado a fomentar determinadas atividades. Não só pela locução verbal utilizada, mas também pela finalidade da norma, pode-se concluir que determinados comandos constitucionais exigem o fomento público e não apenas facultam tal comportamento. A fim de esclarecer essa afirmação, vale transcrever alguns dispositivos constitucionais que sugerem essa ideia:

³⁸ ROCHA, 2006, p. 26.

³⁹ ROCHA, 2006, p. 27.

⁴⁰ ZOCKUN, 2009, p. 188. Nesse sentido: “[...] a atividade de fomento é *voluntária*. Costuma-se afirmar que ela é voluntária, em primeiro lugar, porque o Estado – embora tenha que promover atividades privadas – escolhe quais setores dessas atividades fomentará. E isso ocorrerá por meio de uma escolha política; será o Poder Legislativo que ditará as normas para a promoção das atividades privadas, mediante a edição de *planos incitativos*, os quais serão especificados, mediante atuação concretizadora da Administração pública. Em realidade, é mais adequado dizer que há *discricionariedade legislativa*, podendo haver ou não discricionariedade administrativa [...] Assim, o legislador poderá estabelecer, dentre as atividades culturais, políticas de fomento diversas para a música e para o cinema” (FREIRE, 2010, p. 166).

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e **incentivada** com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e **apoiará e incentivará** a valorização e a difusão das manifestações culturais.

Art. 217. É dever do Estado **fomentar** práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados:

[...]

§3º – O Poder Público **incentivará** o lazer, como forma de promoção social.

Art. 218. O Estado **promoverá e incentivará** o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas.⁴¹

Sustenta-se, portanto, a obrigatoriedade de o Estado fomentar atividades ligadas à educação, à cultura, ao desporto, ao desenvolvimento científico, à pesquisa e à capacitação tecnológica.

Não só em relação ao domínio social há atividades que o Estado deve fomentar, mas também na ordem econômica o fomento é obrigatório. O art. 174 dispõe que uma das formas de atuação do Estado na economia é o incentivo, ou seja, o fomento às entidades que atuam na ordem econômica. O §3º do art. 174, por exemplo, é específico ao exigir que o Estado favoreça a organização da atividade garimpeira em cooperativas.⁴²

Já o art. 170, IX, da Constituição exige que as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras, com sede e administração no País tenham tratamento diferenciado.⁴³ Trata-se, inclusive, de um princípio norteador da ordem econômica. O art. 179 também exige que os entes públicos incentivem as microempresas e as empresas de pequeno porte, dispensando tratamento jurídico diferenciado a esse tipo de sociedade empresarial:

Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações

⁴¹ BRASIL, 1988, destaque nosso.

⁴² “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. §1º – A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento. §2º – A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo. §3º – O Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros. §4º – As cooperativas a que se refere o parágrafo anterior terão prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando, e naquelas fixadas de acordo com o art. 21, XXV, na forma da lei” (BRASIL, 1988).

⁴³ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995) (BRASIL, 1988).

administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.⁴⁴

Outro exemplo que demonstra a obrigatoriedade do fomento estatal é o incentivo ao turismo como fator de desenvolvimento social e econômico, disposto no art. 180 da CR/88: “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios **promoverão e incentivarão** o turismo como fator de desenvolvimento social e econômico.”⁴⁵

Apesar de o legislador ter exigido a prestação obrigatória da atividade administrativa de fomento, não há indicação do modo como o fomento será exercido. Obedecido ao ordenamento jurídico, o Poder Público é livre para estabelecer concretamente o meio de fomentar determinada atividade ou determinado bem.

A concretização da atividade de fomento depende, assim, das normas infraconstitucionais que tratam dos mecanismos de fomento, das políticas públicas vigentes e dos recursos disponíveis de cada ente da federação.

Por isso, não há, *a priori*, um direito subjetivo que garanta um auxílio estatal – via fomento – a determinada entidade privada que exerce atividade cujo fomento estatal é obrigatório. Até porque, a Constituição exige fomento a atividades cuja prestação é complexa. O apoio e o incentivo à valorização e à difusão das manifestações culturais, por exemplo, passa pela análise da disponibilidade de recursos passíveis de serem destinados ao fomento cultural, pela análise dos valores culturais que necessitam de apoio premente e do instrumento jurídico a ser utilizado para fomentar esses valores culturais existentes em cada local.

Conclui-se, portanto, que o fomento, enquanto atividade administrativa, é de prestação obrigatória, cabendo ao Poder Público concretizá-lo segundo as normas existentes no ordenamento jurídico.

2.3 Espécies de fomento

Há na doutrina diversas classificações acerca da atividade de fomento, segundo critérios próprios adotados por cada autor.

A partir do critério dos fins a serem alcançados, e não dos meios utilizados, Diogo de Figueiredo Moreira Neto classifica o fomento público em quatro espécies: (a) planejamento estatal (desenvolvimento regional e atividade suplementar do Estado à iniciativa privada); (b)

⁴⁴ BRASIL, 1988.

⁴⁵ BRASIL, 1988, destaque nosso.

fomento social – voltado para o homem (educação, pesquisa e informação; trabalho; cultura, lazer e desportos; turismo; ambiente; rural e reforma agrária); (c) fomento econômico – voltado para as empresas (empresarial; cooperativo; atividades econômicas primárias; científico e tecnológico; financeiro e creditício); (d) fomento institucional – os entes intermediários (setor público não estatal e administração associada).⁴⁶

Sílvio Luís Ferreira da Rocha classifica o fomento a partir da forma de atuação da administração pública sobre a ação do particular. Para ele, o Poder Público pode tanto incentivar a prática de uma atividade ou a proteção de um bem mediante o oferecimento de vantagens quanto pode obstaculizar o desenvolvimento de determinadas atividades. Classifica-se a primeira hipótese de fomento positivo e a segunda hipótese de fomento negativo.⁴⁷ Entende-se, todavia, que o *fomento negativo* só será considerado fomento se, ao obstaculizar determinada atividade, esteja a administração pública incentivando a prática de outra atividade que seja de interesse público. A atuação do Poder Público visando diminuir ou cessar as atividades consideradas contrárias ao interesse público – como a oneração de bebidas alcoólicas e de cigarros – não consiste em atividade, *a priori*, de fomento. Essas ações consistem em políticas públicas que podem se alocar na atividade de polícia administrativa.

Outra classificação utilizada pela doutrina refere-se às vantagens outorgadas aos particulares, classificando o fomento em: honorífico, econômico e jurídico.⁴⁸

O **fomento honorífico** consiste na outorga de títulos, condecorações ou recompensas a pessoas que se destacam no exercício de alguma atividade considerada de interesse público em determinado momento e lugar. Trata-se de uma técnica voltada ao reconhecimento público de uma conduta, enaltecendo o sentimento de honra de uma pessoa.⁴⁹

O reconhecimento do indivíduo condecorado deve ser visto como um meio de incentivar a prática, por outros indivíduos, das atividades cujo exercício exitoso justifica a

⁴⁶ MOREIRA NETO, 2006, p. 525-555.

⁴⁷ “Segundo o critério da forma de atuação sobre a vontade do particular o fomento classifica-se em positivo e negativo. *Fomento positivo* é aquele que objetiva que os particulares iniciem, prossigam, acentuem ou levem a termo, de maneira determinada, certas atividades, mediante o oferecimento, pela Administração, de vantagens, prestações ou bens; e *fomento negativo*, aquele que objetiva a obstaculizar ou desalentar o desenvolvimento, pelos particulares, de atividades que a Administração deseja diminuir ou fazer cessar, por considerá-las contrárias ao interesse geral, sem chegar a proibi-las, como os impostos que oneram as bebidas alcoólicas e os cigarros” (ROCHA, 2006, p. 34).

⁴⁸ FREIRE, 2010, p. 171-172.

⁴⁹ ROCHA, 2006, p. 35. Segundo Fernanda Amorim Sanna: “Desde o Estado Absolutista esta forma de incentivo é utilizada, quando os reis concediam títulos aos nobres e aos súditos, tendo sido diminuída logo após a Revolução Francesa, que difundia o princípio da igualdade” (SANNA, 2010, p. 225).

condecoração ou deve-se tratar de uma forma de incentivar o próprio sujeito condecorado a manter suas ações.⁵⁰

Ocorre que esses gestos de apreço são muitas vezes utilizados sem obediência ao princípio da igualdade e “têm servido apenas para a realização de despesas desnecessárias de recursos públicos, a fim de promover determinadas pessoas em razão de algum interesse político ou financeiro com o homenageado.”⁵¹

Já o **fomento econômico** é aquele que o Estado incita ou acentua o exercício de atividades mediante vantagens patrimoniais outorgadas em favor dos indivíduos que as prestam.⁵² Pode-se subdividi-lo segundo o tipo de vantagem concedida, como a concessão de uso de bem público, a isenção ou a diminuição de alíquota tributária, bem como a remissão ou a anistia de tributos ou a facilitação no parcelamento de tributos devidos, a concessão de linhas privilegiadas de crédito, a transferência de recursos e a cessão de servidores públicos. Em razão de todas essas alternativas, parte da doutrina subdivide o fomento econômico em meios reais, meios fiscais, meios creditícios e meios econômicos em sentido estrito.⁵³ Outra parte da doutrina subdivide o fomento econômico segundo as vantagens patrimoniais concedidas, classificando-o em fomento econômico real ou financeiro.⁵⁴

Apoiada nos ensinamentos de Fernando Garrido Falla, Fernanda Amorim Sanna assim define o fomento econômico real e financeiro:

⁵⁰ Nesse sentido: “No entanto, pode-se admitir a inclusão dos meios honoríficos dentro da categoria de fomento público somente quando o Estado, acenando com medidas honoríficas, estimula as pessoas a fazerem aquilo que convém ao Poder Público. O Estado estabelece parâmetros e condições, que, ao serem cumpridas, implicam na concessão da medida honorífica prometida, no sentido de recompensar, estimular o exercício daquela atividade ou daquela forma de atuação que o Estado considera necessária ou conveniente, por razões de interesse público. [...] Seria, no mínimo, duvidoso, então, considerar como fomento público outorga de honras, títulos ou troféus a pessoas ou empresas que já prestaram um serviço ou atividade – ainda que o Estado reconheça, posteriormente, que tal atuação tenha atendido ao interesse público – se não houve persuasão, ou seja, se o Estado não convenceu outrem a agir no interesse público, não houve atuação estatal indireta. O particular, por sua própria vontade, satisfaz o interesse público, e nada impede que o Estado reconheça publicamente a relevância dessa atuação. Não terá sido, contudo, fomento público” (MELLO, Célia, 2003, p. 93-94).

⁵¹ FREIRE, 2010, p. 172.

⁵² “[...] os meios econômicos, de longe os mais relevantes, consistem na outorga de vantagens de natureza patrimonial aos particulares que o Estado deseja fomentar” (MELLO, Rafael, 2010, p. 270).

⁵³ “Os *meios reais* são aqueles que consistem na prestação ou dação de coisas ou serviços da Administração aos particulares, sem encargos para estes, que as recebem ou os utilizam nessas condições. Incluem-se dentro desses meios de fomento o uso ou aproveitamento de coisas do domínio da Administração, a utilização gratuita de certos serviços científicos ou técnicos próprios da Administração. Os *meios fiscais* ocorreriam pelo estabelecimento de isenções, imunidades tributárias, redução de alíquotas, remissão, anistia, deferimentos e fixação de prazos excepcionais de recolhimento de tributos. [...] Os *meios creditícios* se configurariam pelo estabelecimento de linhas privilegiadas de crédito ou meios alternativos de financiamento. Os *meios econômicos em sentido estrito* consistem em ajudas ou vantagens financeiras dadas pela Administração aos destinatários da atividade de fomento, normalmente designados *subvenções* ou *auxílios*.” (ROCHA, 2006, p. 36-37).

⁵⁴ Nessa classificação, o fomento financeiro englobaria todas as vantagens tratadas nos meios fiscais, creditícios e econômicos em sentido estrito – segundo termos utilizados por parte da doutrina acima mencionada.

O fomento econômico real é a prestação de serviços ou a dação de coisas pela Administração particular que realiza alguma atividade que deva ser fomentada, não implicando desembolso de recursos dos cofres do órgão fomentador. Inclui-se nessa categoria o uso de bens públicos ou serviços técnicos que são colocados à disposição do sujeito fomentado. Já o fomento financeiro se subdivide em direto, quando a Administração Pública desembolsa dinheiro público, cedendo-o para a entidade desenvolver a atividade a que se propõe; e indireto, que fundamentalmente são as imunidades e isenções concebidas em prol de uma atividade, privando-se a Administração do recebimento de valores que lhe eram devidos.⁵⁵

Importante destacar que um dos meios de fomento financeiro direto é a subvenção, que no ordenamento jurídico pátrio está tratada na Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, e no Decreto nº 93.872, de 23 de dezembro de 1986. A subvenção consiste na transferência de dinheiro aos particulares a fim de que o empreguem em determinada atividade de interesse público, sem que o Estado tenha a intenção de reaver o dinheiro.

Segundo art. 12, §3º, da Lei nº 4.320/64: “consideram-se subvenções, para os efeitos desta lei, as transferências destinadas a cobrir despesas de custeio das entidades beneficiadas.”⁵⁶ Os recursos das subvenções podem destinar-se, assim, ao pagamento de despesas como aluguel, manutenção de bens móveis e imóveis, pagamento da folha de salários dos empregados dentre outros custos.

Utilizando-se como critério a pessoa jurídica que recebe os benefícios, o legislador classificou-a em subvenção social e subvenção econômica. As **subvenções sociais** são: “as que se destinem a instituições públicas ou privadas de caráter assistencial ou cultural, sem finalidade lucrativa” (art. 12, §3º, I, da Lei nº 4.320/64). Conforme art. 16 dessa Lei, as subvenções sociais serão destinadas às instituições que prestem serviços essenciais de assistência social, médica e educacional, sem finalidade lucrativa e será outorgada sempre “que a suplementação de recursos de origem privada aplicados a êsses objetivos, **revelar-se mais econômica.**”⁵⁷ O valor da subvenção será calculado segundo as “unidades de serviços efetivamente prestados ou postos à disposição dos interessados obedecidos os padrões mínimos de eficiência previamente fixados” (art. 16, parágrafo único, da Lei nº 4.320/64). Os critérios específicos que a entidade deve preencher para receber as subvenções sociais, no âmbito federal, estão descritos no art. 60, §3º, do Decreto nº 93.872, de 23 de dezembro de 1986.⁵⁸ Dentre os critérios exigidos,

⁵⁵ SANNA, 2010, p. 227. No mesmo sentido: MELLO, Rafael, 2010, p. 270.

⁵⁶ BRASIL, 1964.

⁵⁷ BRASIL, 1964, destaque nosso.

⁵⁸ “Art. 60. A subvenção social será concedida independentemente de legislação especial a instituições públicas ou privadas de caráter assistencial ou cultural sem finalidade lucrativa. §1º A subvenção social, visando à prestação dos serviços essenciais de assistência social, médica e educacional, será concedida sempre que a suplementação de recursos de origem privada aplicados a esses objetivos revelar-se mais econômica (Lei nº 4.320/64, art. 16). §2º O valor da subvenção, sempre que possível, será calculado com base em unidades de serviços efetivamente prestados ou postos à disposição dos interessados, obedecidos os padrões mínimos de eficiência previamente

destaca-se a necessidade de a instituição ter patrimônio próprio ou renda regular, o que impede a execução das despesas por meio de recursos exclusivos provenientes do Poder Público e a ausência de recursos próprios suficientes à manutenção ou ampliação de seus serviços. Embora a entidade tenha recursos, estes são insuficientes para sua manutenção ou não são suficientes para a ampliação dos serviços.⁵⁹ Ainda quanto aos critérios necessários para se receber subvenção social, importante fazer referência à exigência contida no art. 17, da Lei nº 4.320/64: “Somente à instituição cujas condições de funcionamento forem julgadas satisfatórias pelos órgãos oficiais de fiscalização serão concedidas subvenções.”

Já as **subvenções econômicas** são: “as que se destinem a empresas públicas ou privadas de caráter industrial, comercial, agrícola ou pastoril” (art. 12, §3º, II).⁶⁰ Segundo art. 60 e 61 do Decreto nº 93.872/86, a subvenção social pode ser concedida “independentemente de legislação especial”, ao contrário da econômica, que necessita de “expressa autorização em lei especial.”⁶¹ A subvenção econômica pode ser concebida para subsidiar a “diferença entre os preços de mercado e os preços de revenda, pelo Governo, de gêneros alimentícios ou de outros materiais;” bem como poderá ser utilizada para efetuar o “pagamento de bonificações a produtores de determinados gêneros ou materiais.” (art. 61, §2º, do Decreto nº 93.872/64).⁶²

Instrumentos semelhantes à subvenção são o auxílio e a contribuição. Ambos podem ser destinados a entidade de direito público e consistem em repasses compreendidos como transferências de capital a serem utilizados “para investimentos ou inversões financeiras”⁶³, conforme art. 12, §6º, da Lei nº 4.230/64. Servem, portanto, para gerar riquezas

fixados (Lei nº 4.320/64, parágrafo único do art. 16). §3º A concessão de subvenção social só poderá ser feita se a instituição interessada satisfizer às seguintes condições, sem prejuízo de exigências próprias previstas na legislação específica: a) ter sido fundada em ano anterior e organizada até o ano da elaboração da Lei de Orçamento; b) não constituir patrimônio de indivíduo; c) dispor de patrimônio ou renda regular; d) não dispor de recursos próprios suficientes à manutenção ou ampliação de seus serviços; e) ter feito prova de seu regular funcionamento e de regularidade de mandato de sua diretoria; f) ter sido considerada em condições de funcionamento satisfatório pelo órgão competente de fiscalização; g) ter prestado contas da aplicação de subvenção ou auxílio anteriormente recebido, e não ter a prestação de contas apresentado vício insanável; h) não ter sofrido penalidade de suspensão de transferências da União, por determinação ministerial, em virtude de irregularidade verificada em exame de auditoria. §4º A subvenção social será paga através da rede bancária oficial, ficando a beneficiária obrigada a comprovar no ato do recebimento, a condição estabelecida na alínea ‘c’, do parágrafo anterior, mediante atestado firmado por autoridade pública do local onde sejam prestados os serviços. §5º As despesas bancárias correrão por conta da instituição beneficiada” (BRASIL, 1986).

⁵⁹ Sustenta Sílvio Luís Ferreira da Rocha que esses critérios para recebimento de subvenções sociais demonstram a incidência do princípio do risco compartilhado, cf.: ROCHA, 2006, p. 47.

⁶⁰ BRASIL, 1964.

⁶¹ BRASIL, 1986.

⁶² BRASIL, 1986.

⁶³ BRASIL, 1964.

ou serviços, visando ao incremento da economia. Diferem pelo diploma legal que os origina: a contribuição deriva de lei especial, ao passo que o auxílio deriva da lei de orçamento.⁶⁴

Por fim, há o **fomento jurídico**, compreendido como o meio de se conferir ao agente uma posição jurídica privilegiada, ou seja, consiste na “concessão de um status jurídico excepcional e privilegiado a certos indivíduos ou categorias de particulares que o Estado deseja proteger ou incentivar.”⁶⁵ São inúmeras as formas de fomento jurídico, como a qualificação de uma pessoa jurídica com entidade de interesse público, OSCIP, OS dentre outros.

Quanto a essa classificação, entende-se que tanto o fomento econômico quanto o honorífico são jurídicos, podendo-se distinguir as categorias apenas segundo as consequências de cada privilégio conferido.⁶⁶

Vale registrar, por fim, a classificação utilizada por Célia Cunha Mello acerca do fomento exercido por **meios psicológicos**. Empregando-se meios psicológicos, como a propaganda veiculada em televisão, o Estado pode estimular os sujeitos fomentados a fazerem aquilo que convém ao Poder Público.⁶⁷

Admite-se a inclusão dos meios psicológicos dentro da categoria de fomento somente se houver persuasão ao desenvolvimento de uma atividade ou a proteção de um bem. Veicular propagandas com o intuito de induzir comportamentos, como a vacinação contra determinada doença ou os alertas sobre os danos causados pelo uso de cigarros, não deve ser considerado atividade de fomento, pois não se incrementa o exercício de nenhuma atividade com tais propagandas.

Compreendidas as distintas classificações utilizadas pela doutrina, passa-se à análise do regime jurídico aplicável à atividade de fomento.

⁶⁴ “Cabe a entidade interessada apresentar um plano de aplicação dos recursos e pleitear a concessão de auxílio ou contribuição” (ROCHA, 2006, p. 48).

⁶⁵ MELLO, Rafael, 2010, p. 269. Segundo bem definiu Sílvio Luís Ferreira da Rocha: “Os *meios jurídicos* de fomento configuram a outorga de uma condição privilegiada a determinadas pessoas, o quê, indiretamente, cria para elas diversas vantagens econômicas. Os meios jurídicos de fomento atuam sobre a condição jurídica dos particulares fomentados e consistem em situações de vantagens ou privilégios desse caráter, que dão lugar a que o particular chegue a beneficiar-se pela utilização ou emprego de meios jurídicos excepcionais. Em alguns casos, os meios de fomento jurídico resultam do emprego, pela Administração pública, de alguns dos seus poderes e prerrogativas, a respeito das atividades que deseja fomentar, ou do fato de pô-los à disposição dos particulares que executam tais atividades, ou, ainda, em outros casos, aparecem como outorga direta aos beneficiários de determinadas posições jurídicas, quase sempre consistentes na dispensa, isenção ou suspensão de proibições estabelecidas pelas leis ou regulamentos” (ROCHA, 2006, p. 38-37).

⁶⁶ No mesmo sentido: “A meu ver, esta classificação não é correta, pois se a atribuição das vantagens honoríficas e econômicas está prevista em normas, essa espécie de fomento não deixa de ser jurídica” (ROCHA, 2006, p. 35).

⁶⁷ “[...] verifica-se que os meios de comunicação em massa traduzem, não raras vezes, vantagens muito superiores aos estímulos de natureza econômica, considerados tradicionais. Basta mencionar o notável aumento que marcou o consumo de leite nos Estados Unidos, no dia seguinte àquele em que o Presidente Kennedy apareceu na televisão tomando um copo do produto [...]” (MELLO, Célia, 2003, p. 91).

2.4 O regime jurídico da atividade de fomento

Não há uma norma geral que trate do fomento estatal, pois sendo uma atividade que atinge searas econômicas e sociais distintas e que envolve competências diversas, cabe a cada ente público legislar sobre os meios adequados para fomentar as atividades que necessitam dessa intervenção do Estado. Tratando-se de atividade administrativa, o fomento estará submetido ao regime jurídico administrativo, sendo-lhe aplicadas normas de direito público.⁶⁸

Embora o objeto do presente trabalho sejam as entidades qualificadas como organizações sociais tratadas na Lei nº 9.637/98, vale destacar a incidência dos princípios norteadores da administração pública. Em razão dos temas tratados neste estudo, dar-se-á ênfase a dois princípios especialmente importantes ao fomento destinado às organizações sociais: o princípio da subsidiariedade e o princípio da isonomia. O estudo do princípio da isonomia justifica-se pelo modo como a administração pública concede os benefícios à entidade privada – especialmente o modo discricionário como se qualifica uma OS e a forma como se celebra o contrato de gestão –, já o estudo do princípio da subsidiariedade justifica-se porque sua compreensão auxiliará a explicação da abrangência do fomento destinado às organizações sociais.

As razões metodológicas, pela abordagem destacada desses dois princípios, não implicam a não incidência dos demais princípios administrativos, cuja explicação, embora sucinta, vale ser registrada.

Por meio do princípio da legalidade, exige-se “prévia configuração legal da respectiva produção jurídico-administrativa.”⁶⁹ A atividade administrativa de fomento só é possível mediante existência de norma autorizativa prévia. Por isso a concessão de condecorações, menções honrosas, repasse de verbas, cessão de servidor, concessão de bens públicos dentre outros deverão, necessariamente, possuir lastro legal. Segundo bem pontuou André Luiz Freire: “Em primeiro lugar, a técnica de encorajamento de condutas não poderá ser

⁶⁸ Carolina Zancaner Zockun sustenta que, ao contrário do que ocorre na atividade administrativa de fomento, na prestação do serviço público há incidência total ou parcial de normas de direito público: “Diferencia-se do serviço público, porque neste o Estado adota como sua uma atividade de atendimento as necessidades coletivas, para desempenhá-la sob o regime, total ou parcialmente, de direito público. Já no fomento o Estado deixa a atividade na iniciativa privada e apenas estimula o particular que queira desenvolvê-la, por se tratar de atuação que traz benefício para a coletividade” (ZOCKUN, 2009, p. 187). Entende-se que, tratando-se de atividade administrativa, deve o fomento ser exercido sob o regime de direito público, assim como ocorre na prestação de serviço público pela Administração pública. Fato esse que não se confunde com o regime jurídico incidente sobre a atividade privada fomentada ou sobre o bem particular tutelado. Tanto o bem quanto a atividade fomentada são privados, logo, incide regime jurídico de direito privado, parcialmente derogado por normas de direito públicos inerentes à atividade administrativa de fomento.

⁶⁹ OLIVEIRA, José, 2006, p. 525.

utilizada ao bel-prazer do administrador público. Para tanto, ele deverá se apoiar em lei nesse sentido; do contrário, não seria atividade administrativa.”⁷⁰

O suporte das ações de fomento deve ser a finalidade legal. Por isso, o administrador público deve motivar os atos que realizam a atividade de fomento (princípio da motivação).⁷¹

Essa motivação encontra-se diretamente vinculada ao princípio da publicidade, que exige a divulgação dos atos administrativos ao maior número de pessoas, da melhor forma possível, conferindo transparência ao exercício da atividade administrativa e tornando o exercício da função administrativa inteligível aos administrados, sujeitando-a tanto ao controle popular quanto ao controle dos órgãos estatais, incluindo o Poder Judiciário.

Do mesmo modo, deve-se obedecer ao princípio da impessoalidade, impedindo que a atividade de fomento prejudique ou beneficie pessoas sem justificativa legal.⁷² O fomento também não será exercido sem obediência à moralidade administrativa e à eficiência, fazendo-se necessário respeitar tanto os valores éticos administrativos quanto o agir ótimo, utilizando-se dos meios adequados no limite necessário para atingir os fins almejados.

Mesmo que esses princípios sejam de observância obrigatória, o interesse acadêmico no estudo da sua aplicação na atividade de fomento é bastante reduzido, não obstante os recursos públicos utilizados sejam expressivos.⁷³

Em razão desse possível desinteresse e do objeto do presente estudo, serão abordados dois princípios incidentes no exercício do fomento estatal.

⁷⁰ FREIRE, 2010, p. 168.

⁷¹ “Dito princípio implica para a Administração o dever de justificar seus atos, apontando-lhes os fundamentos de direito e de fato, assim como a correlação lógica entre os eventos e situações que deu por existentes e a providência tomada, nos casos em que este último esclarecimento seja necessário para aferir-se a consonância da conduta administrativa com a lei que lhe serviu de arrimo” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 115).

⁷² “A atividade de fomento não pode ser exercida com o propósito de beneficiar os amigos e prejudicar os inimigos dos titulares da competência, devendo observar a impessoalidade que se espera da Administração pública. E mais: sendo escassos os recursos estatais e representando a medida de fomento um benefício concedido a apenas alguns indivíduos, é preciso que seja ele, como regra, oferecido a todos os potenciais interessados [...]” (MELLO, Rafael, 2010, p. 274).

⁷³ “A atividade de fomento deve obedecer a esses princípios – mas, como regra, não os obedece, porque a atividade administrativa de fomento, até certo ponto, foi desprezada e relegada a um segundo plano, considerada de menor importância se comparada à prestação de serviços públicos. Ocorre que, no momento em que o Estado pretende deixar de lado a atividade eminentemente prestadora de serviços públicos, há naturalmente uma redescoberta da atividade de fomento, sem que se dê a devida conta que esta também deve obedecer aos princípios que regem toda a atividade administrativa” (ROCHA, 2006, p. 34).

2.4.1 Princípio da subsidiariedade

O princípio da subsidiariedade foi formulado em fins do século XIX e início do século XX, pela doutrina social da Igreja.⁷⁴ Contemporaneamente, pode-se defini-lo nos termos anotados por Tarso Cabral Violin:

O princípio da subsidiariedade, quando aplicado no Direito Público, almeja que agrupamentos de ordem inferior exerçam funções que eles próprios podem desenvolver, ao invés da coletividade mais vasta e elevada, protegendo a autonomia da pessoa humana e limitando a intervenção de coletividades superiores (inclusive do Estado). Este princípio é aplicável em várias situações: relação Estado/organizações privadas da sociedade/indivíduo; relação Federação/Estados/Municípios; relação União Européia/Estados nacionais europeus; relação Administração Pública direta/indireta.⁷⁵

Atendendo-se à aplicação do princípio nas relações Estado/organizações privadas da sociedade/indivíduo, entende-se que o princípio exige que o Estado limite o seu âmbito de atuação em áreas em que os particulares são livres para agir, cabendo ao Poder Público apenas incentivar, encorajar e criar condições para que o indivíduo desenvolva atividades, segundo o bem comum. Uma ideia inerente ao princípio da subsidiariedade é a atuação estatal visando à inserção do indivíduo na sociedade de modo complementar, ou seja, apenas estimulando uma ação privada.⁷⁶

O princípio da subsidiariedade impede que a interferência estatal nas atividades constitucionalmente tratadas como livres à iniciativa privada confronte a autonomia do particular. Dessa forma, a atuação do Estado guiada pelo princípio da subsidiariedade não poderá ultrapassar a necessidade suscitada pelo particular no desempenho de sua atividade, ou seja, se o particular pode exercer atividade de sua alçada de forma satisfatória e eficaz, não deve o Estado atuar visando incrementar tal atividade.⁷⁷

⁷⁴ “Principalmente pelas Encíclicas *Rerum Novarum* (1891), de Leão XIII, *Quadragesimo Anno* (1931), de Pio XI, *Mater et Magistra* (1961), de João XXIII e, mais recentemente, a *Centesimus Annus* (1991), de João Paulo II.” (DI PIETRO, 2008, p. 15).

⁷⁵ VIOLIN, 2010, p. 69.

⁷⁶ Maria Sylvia Zanella Di Pietro aponta algumas ideias inerentes ao princípio da subsidiariedade: “[...] de um lado, a de respeito aos direitos individuais, seja através das associações, tem primazia sobre a iniciativa estatal; em consonância com essa ideia, o Estado deve abster-se de exercer atividades que o particular tem condições de exercer por sua própria iniciativa e com seus próprios recursos; em consequência, sob esse aspecto, o princípio implica uma limitação à intervenção estatal. De outro lado, o Estado deve fomentar a iniciativa privada, de tal modo a permitir aos particulares, sempre que possível, o sucesso na condução de seus empreendimentos. E uma terceira ideia ligada ao princípio da subsidiariedade seria a de **parceria entre o público e privado**, também dentro do objetivo de subsidiar a iniciativa privada, quando ela seja eficiente.” (DI PIETRO, 2008, p. 15-16).

⁷⁷ “O princípio da subsidiariedade preceitua o respeito aos direitos individuais, agregado à ideia de que o Estado não deve executar atividades que o particular pode realizar por sua iniciativa e com seus próprios recursos. Ao Estado cabe intervir o mínimo possível, somente fomentando, coordenando e fiscalizando a iniciativa privada. É em decorrência da aplicação do princípio da subsidiariedade que surgem as parcerias entre o público e o privado.

Entretanto, se o Poder Público entender que a atividade exercida pelo indivíduo não é satisfatória e eficaz, adotando-se como parâmetro o bem comum, poderá, então, auxiliá-lo, sendo que a intensidade e o modo da atuação estatal variam segundo cada situação, obedecendo-se sempre às normas vigentes.

Também pelo princípio da subsidiariedade, exige-se que o particular participe da execução da atividade privada. Não que o incentivo despendido pelo Estado não possa ser determinante para o desenvolvimento da atuação privada, mas é imprescindível que o particular atue de alguma forma.⁷⁸ O termo subsidiariedade encontra-se intimamente vinculado à ideia de secundário e assessorio, ou seja, aquilo que não é primário ou principal. Logo, a atuação estatal, segundo esse princípio, visa reforçar algo ou contribuir para algo e não exercer prioritariamente uma atividade, impondo o modo de agir do particular.

E enquanto atividade administrativa, o fomento surge como meio de se concretizar o princípio da subsidiariedade, nos termos acima destacados.

2.4.2 *Princípio da isonomia*

O princípio da isonomia aplicado ao exercício da atividade administrativa de fomento impede que a administração pública favoreça ou prejudique indivíduos sem justificativa legal, ou seja, o auxílio oferecido deve estar ao alcance de todos os que possuem condições de obtê-lo, tratando – segundo afirmação de Aristóteles – os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual.

Ao tratar do princípio da isonomia, Celso Antônio Bandeira de Mello observou a necessidade de se explicitar qual o critério legitimamente manipulável – sem confronto com a isonomia – o que permite distinguir situações e pessoas em grupos apartados para conferir tratamento jurídico distinto.⁷⁹

Segundo o autor, de um lado, deve-se apontar o critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se existe justificativa racional para “à vista do traço diferenciador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade

O Estado tem a competência de criar condições para que o particular realize atividades econômicas e sociais” (SANNA, 2010, p. 221)

⁷⁸ Vide nota de rodapé nº 36 que trata do princípio da repartição de riscos ou do risco compartilhado elaborado por Sílvio Luís Ferreira da Rocha

⁷⁹ BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 11.

proclamada.”⁸⁰ E também, imperioso analisar se o fundamento existente é, *in concreto*, afinado com os direitos constitucionais vigentes.

A correlação lógica entre o fator escolhido como critério de *discrímen* e a discriminação legal decidida em função desse fator é ponto nodular para a aplicação do princípio da isonomia.⁸¹ Fere o princípio da isonomia a discriminação fortuita ou gratuita, pois necessariamente deve existir uma correspondência lógica entre o tratamento diferenciado e a razão para que exista diferenciação.

Quanto à compatibilidade entre os valores consagrados na Constituição e o critério diferenciador adotado, é importante salientar que a lisura jurídica das desigualdades deve concretizar os valores constitucionais vigentes.⁸²

Ainda segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, o tratamento desigual deverá basear-se em critério diferencial que não particularize o indivíduo, que será tratado de forma diferenciada, de modo absoluto, pois do contrário o benefício ou o dano seria atribuído a uma única pessoa.⁸³ O critério diferenciador deve voltar-se à situação, à pessoa, à coisa ou ao objeto a que seja conferido tratamento diferenciado.

⁸⁰ BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 21.

⁸¹ “Exemplificando-se para aclarar: suponha-se hipotética lei que permitisse aos funcionários gordos afastamento remunerado para assistir a congresso religioso e o vedasse aos magros. No caricatural exemplo aventado, a gordura ou esbeltez é o elemento tomado como critério distintivo. Em exame perfunctório parecerá que o vício de tal lei, perante a igualdade constitucional, reside no elemento fático (compleição corporal) adotado como critério. Contudo, este não é, em si mesmo, fator insuscetível de ser tomado como fator deflagrador de efeitos jurídicos específicos. O que tornaria inadmissível a hipotética lei seria a ausência de correlação entre o elemento de *discrímen* e os efeitos jurídicos atribuídos a ela. Não faz sentido algum facultar aos obesos faltarem ao serviço para congresso religioso porque entre uma coisa e outra não há qualquer nexo plausível. Todavia, em outra relação, seria tolerável considerar a tipologia física como elemento discriminatório. Assim, os que excedem certo peso em relação à altura não podem exercer, no serviço militar, funções que reclamem presença imponente” (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 38).

⁸² “Assim, poder-se-ia demonstrar existência de supedâneo racional, a dizer, nexo lógico, em desigualdade entre grandes grupos empresariais e empresas de porte médio, de sorte a configurar situação detrimetosa para estas últimas e privilegiada para os primeiros, aos quais se outorgariam, por exemplo, favores fiscais sob fundamento de que graças à concentração de capital operam com maior nível de produtividade, ensejando desenvolvimento econômico realizado com menores desperdícios. A distinção estaria apoiada em real diferença entre uns e outras. Demais disso, existiria, no caso, um critério lógico suscetível de ser invocado, não se podendo falar em *discrímen* aleatório. Sem embargo a desigualdade em pauta seria ofensiva ao preceito isonômico por adversar um valor constitucionalmente prestigiado e prestigiar um elemento constitucionalmente desvalorado. Com efeito, o art. 173, §4º., da Lei Maior, hostiliza as situações propiciatórias do domínio dos mercados e da eliminação da livre concorrência, posto que, ademais, por tal meio, longe de se concorrer para a justiça social (art. 170, *caput*), tende-se a fugir dela. Também não se poderiam criar favores restritos a grupos estrangeiros em desvalia de nacionais, conquanto os primeiros tivessem a aboná-los, como diferencial específico, sua alta qualificação tecnológica, porque deste modo estar-se-ia negando o primeiro postulado de um Estado independente, isto é, a defesa de seus nacionais, além de afrontar a ideia de um desenvolvimento verdadeiramente ‘nacional’, objetivo consagrado no preceito art. 170 do Texto Magno brasileiro e em particular no art. 171, §§1º e 2º” (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 43).

⁸³ “[...] sem agravos à isonomia a lei pode atingir uma categoria de pessoas ou então voltar-se para um só indivíduo, se, em tal caso, visar a um sujeito indeterminado e indeterminável no presente. Sirva como exemplo desta hipótese o dispositivo que preceituar: ‘Será concedido o benefício *tal* ao primeiro que inventar um motor cujo combustível seja a água’” (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 25).

Conforme esse posicionamento, sustenta-se que toda a atividade de fomento deve ser exercida de forma a possibilitar que os interessados obtenham determinado benefício. Primeiramente, deve-se utilizar de métodos objetivos que permitam aos interessados beneficiar-se da atividade de fomento. Posteriormente, deve-se conferir publicidade adequada para que a atividade seja transparente, possibilitando o controle.

Imperativo que se compreenda a tônica do auxílio proveniente da atividade de fomento. Independentemente do fim a que persegue o indivíduo no exercício de uma atividade privada, o fomento público é interessante aos particulares, assim como também é interessante ao Estado. O interesse de ambos não impede a adoção de métodos objetivos, transparentes e que primem pela competição entre os particulares interessados.

Independentemente da área fomentada pelo Estado, sempre será possível haver competição pelo auxílio ofertado pela administração. Mesmo as ONGs, que atuam sem finalidade lucrativa, devem disputar, garantindo o princípio da isonomia e o auxílio oferecido pelo Estado. Como em toda atividade fomentada há um interesse público, os particulares devem mostrar-se aptos a garantir esse interesse da melhor forma possível, segundo as diretrizes traçadas na política de fomento. Apenas se se tratar de hipótese excepcional, em que não seja possível ou não seja desejável a competição, é que se deverá agir de forma peculiar. Mas mesmo nas situações excepcionais, o Poder Público deve agir de forma objetiva, transparente e visando garantir a isonomia.⁸⁴

Percebe-se, no entanto, que a concessão de condecorações, a outorga de títulos, as subvenções concedidas a grupos da sociedade civil e os vultosos empréstimos concedidos a grupos empresariais por entidades públicas de fomento nem sempre são realizadas mediante a utilização de métodos que garantem a isonomia.

Demonstrados esses pressupostos, passa-se à análise da Lei nº 9.637/98.

⁸⁴ Outro ponto importante é que a atividade de fomento deve auxiliar a realização da atividade ou a proteção do bem fomentado, nunca indivíduo, garantindo, assim, a isonomia. Segundo bem observou Rafael Munhoz de Mello: “Assim sendo, e correndo o risco de dizer o óbvio, as instituições financeiras de fomento ligadas ao estado não podem escolher caprichosamente os particulares que serão brindados com financiamentos privilegiados. Se certa atividade econômica ou projeto empresarial são considerados como de interesse público, é a atividade e o projeto que devem ser fomentados, não os particulares x ou y” (MELLO, Rafael, 2010, p. 282).

3 ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

O presente capítulo abordará todos os aspectos relevantes à constituição e à manutenção das entidades qualificadas como organizações sociais, nos termos da Lei nº 9.637/98. Embora existam muitos trabalhos acadêmicos sobre as organizações sociais, percebe-se que os estudos realizados abordam a constitucionalidade de dispositivos específicos da referida Lei, sem que se faça uma análise de todo o regime jurídico aplicado.

No entanto, o estudo de dispositivos isolados da Lei pode levar à incompreensão do instituto. A análise sistematizada da Lei nº 9.637/98 permitirá entender a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do fomento destinado a essas entidades, bem como as sujeições que necessariamente decorrem da atividade administrativa de fomento.

Para que se possa compreender todo o arcabouço jurídico aplicado às OS, inicialmente será analisado como essas entidades foram tratadas no Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado. Será abordado, portanto, o contexto histórico em que surgiu o projeto das organizações sociais e que, conseqüentemente, deu origem à promulgação da Lei nº 9.637/98.

3.1 O Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado e as organizações sociais

Durante os dois mandatos do ex-presidente Fernando Henrique Cardoso (1995 a 2002), implantou-se uma política de reforma do Estado brasileiro, especialmente na esfera da União. O Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (MARE) – constituído em 1995 sob o comando do ministro Luiz Carlos Bresser-Pereira⁸⁵ – foi incumbido de definir os objetivos e de estabelecer as diretrizes da reforma do Estado e da administração pública

⁸⁵ O Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (MARE) foi criado por força da Medida Provisória nº 813, de 1º de janeiro de 1995, conforme art. 13, I, desta MP. Segundo consta no art. 14 da referida Medida Provisória, os assuntos que constituíam área de competência do MARE eram: “a) políticas e diretrizes para a reforma do Estado; b) política de desenvolvimento institucional e capacitação do servidor, no âmbito da Administração Federal; c) reforma administrativa; d) supervisão e coordenação dos sistemas de pessoal civil, de organização e modernização administrativa, de administração de recursos da informação e informática e de serviços gerais;” (BRASIL, 1995a). A Medida Provisória nº 813/95 foi reeditada diversas vezes até sua conversão na Lei nº 9.649 de 27 de maio de 1998. Ao longo das inúmeras medidas provisórias reeditadas, acrescentaram-se os seguintes assuntos de competência da MARE: modernização da gestão e promoção da qualidade no Setor Público e desenvolvimento de ações de controle da folha de pagamento dos órgãos e entidades do Sistema de Pessoal Civil da Administração Federal – SIPEC. O MARE foi extinto em 1999, pela Medida Provisória nº 1.795/99. O decreto presidencial nº 2.923/99 transferiu para o então Ministério do Orçamento e Gestão, atual Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão, as atribuições que pertenciam ao MARE, cf: BRASIL, 2013a.

brasileira.⁸⁶ Essa reforma fez-se necessária, segundo os seus adeptos, em razão da adoção pelo Estado brasileiro de “um tipo de administração pública burocrática, rígida e ineficiente, voltada para si própria e para o controle interno”.⁸⁷

Nesse cenário de reforma estatal, o MARE elaborou o Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE) que, após aprovado pela Câmara da Reforma do Estado em reunião ocorrida em 21 de setembro de 1995⁸⁸, foi submetido ao Presidente da República que também o aprovou.⁸⁹

Embora o Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado nem contenha todas as diretrizes da reforma proposta, nem seja vinculante quanto aos seus objetivos, nem se trate do documento embrionário dos ideais reformistas existentes nos anos anteriores ao seu advento – pois os ideais de reforma do Estado brasileiro são anteriores ao PDRAE⁹⁰ –, ainda assim trata-se de um documento extremamente valioso para a compreensão desses ideais.⁹¹

⁸⁶ “Uma das principais reformas a que se dedica o governo Fernando Henrique Cardoso é a reforma da administração pública, embora não constasse dos temas da campanha eleitoral de 1994. Entretanto, o novo presidente decidiu transformar a antiga e burocrática Secretaria da Presidência, que geria o serviço público, em um novo ministério, o da Administração Federal e Reforma do Estado. Ao acrescentar a expressão reforma do Estado ao nome do novo ministério, o presidente não estava apenas aumentando as atribuições de um determinado ministério, mas indicando uma prioridade do nosso tempo: reformar ou reconstruir o Estado” (BRESSER-PEREIRA, 2006, p. 22).

⁸⁷ BRASIL, 1995b, p. 13.

⁸⁸ A Câmara da Reforma do Estado foi criada pelo Decreto nº 1.526, de 20 de junho de 1995, com o objetivo de formular políticas, aprovar programas e acompanhar as atividades relativas à Reforma do Estado, (Cf.: BRASIL, 1995b). Essa Câmara foi constituída por um grupo técnico com os seguintes ministros: Ministro-Chefe da Casa Civil da Presidência da República, Clóvis Carvalho – responsável por presidir o grupo; Ministro da Administração Federal e Reforma do Estado, Luiz Carlos Bresser Pereira; Ministro do Planejamento e Orçamento, José Serra; Ministro da Fazenda, Pedro Malan; Ministro do Trabalho, Paulo Paiva; Ministro-Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, General Benedito Onofre Bezerra Leonel e o Secretário-Geral da Presidência da República, Eduardo Jorge Caldas Pereira.

⁸⁹ BRASIL, 2013b.

Acerca do Plano Diretor, muito bem explica Alexandre Veronese: “O Plano Diretor era um documento sucinto, que explorava a necessidade de aprofundar a implantação de algumas alterações que, de uma maneira assistemática, já estavam em curso. Por outro lado, ele propunha algumas novidades, dentre as quais a das Organizações Sociais. Vimos que, além de um diagnóstico econômico da questão do Estado federal, o Plano Diretor constituía um diagnóstico oficial da crise, contendo uma série de soluções propostas, na forma de modelos teóricos” (VERONESE, 2011, p. 34).

⁹⁰ “Essa reforma, porém, não se esgota em seu respectivo Plano Diretor, nem pode ser entendida apenas a partir dele, devendo ser compreendida, ao contrário, como parte de um processo de mudança nas relações entre Estado e sociedade, iniciada no final do governo José Sarney. O que temos em 1995, na verdade, é a continuidade de uma reforma do Estado e a declaração de uma reforma administrativa, que se baseia no paradigma gerencial. As pressões por alterações no aparelho estatal são anteriores ao Plano Diretor e ao próprio primeiro governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso (1995-1998). O processo de reforma do Estado brasileiro vem ocorrendo de maneira vacilante por toda a década de 90, período este identificado com uma forte liberalização econômica e social. A reforma gerencial proposta em 1995 pode, assim, ser considerada consequência natural desse processo, pois o Estado não opera em um vácuo social, e sim nas suas múltiplas relações com as forças econômicas e sociais. A novidade é que o governo Fernando Henrique propunha uma reforma administrativa do tipo ‘gerencialista,’ baseado numa concepção compatível com as idéias internacionais sobre o tema” (VERONESE, *op. cit.* p. 30-31).

⁹¹ O PDRAE propôs uma reforma nas estruturas do Estado brasileiro em razão de sua baixa capacidade de governar com eficiência. Uma das razões da atuação ineficiente do Estado era o modo equivocado de atuação. Para os responsáveis pelo PDRAE, o Estado brasileiro conferia equivocada ênfase a setores da economia nos quais a iniciativa privada poderia atuar de forma mais eficiente. Por isso, o Plano Diretor classificou quatro setores de

Pela leitura do PDRAE, percebe-se que, partindo de uma ideia de administração pública gerencial, os responsáveis pela elaboração do Plano Diretor traçaram as diretrizes para implantação de uma reforma de Estado. Essa reforma foi tratada como indispensável para consolidar a estabilização da economia – haja vista a crise fiscal e a inflação que assombraram o Brasil nas décadas anteriores ao advento do referido Plano – e para o desenvolvimento sustentável do país.⁹²

A ideia nuclear que permeou a maioria dos objetivos traçados no Plano foi a busca pela eficiência na execução das atividades administrativas, que seria possível mediante a implantação da já mencionada administração pública gerencial: “voltada para o controle dos resultados e descentralizada para poder chegar ao cidadão, que, numa sociedade democrática, é quem dá legitimidade às instituições e que, portanto, se torna ‘cliente privilegiado’ dos serviços prestados pelo Estado”.⁹³

Conforme consta no Plano Diretor, para alcançar a eficiência na atividade administrativa, fazia-se necessário reorganizar as estruturas do Estado, haja vista a equivocada ênfase da atuação estatal na esfera produtiva, em detrimento de suas funções precípuas.⁹⁴

atuação estatal – segundo o tipo de atividade prestada – e propôs o modo como o Estado deveria agir. A ideia era de que o Estado não atuasse em áreas em que os particulares atuavam com mais eficiência, razão pela qual sugeriu-se uma redução da “máquina estatal”. Esses ideais foram adotadas pelo governo federal durante o governo do ex-presidente Fernando Henrique Cardoso (1994-2002). Ao longo dos seus dois mandatos, constatou-se o aumento das privatizações de empresas estatais e também o aumento de verbas públicas destinadas às entidades do terceiro setor.

⁹² BRASIL, 1995b, p. 06. Além da consolidação do ajuste fiscal e da garantia de um desenvolvimento sustentado da economia, a reforma fazia-se necessária também em razão da deficiência do serviço público existente. Segundo Bresser Pereira: “Nesse ano [1995] ficou claro para a sociedade brasileira que essa reforma tornara-se condição, de um lado, da consolidação do ajuste fiscal do Estado brasileiro, e, de outro, da existência no país de um serviço público moderno, profissional e eficiente, voltado para o atendimento das necessidades dos cidadãos.” (BRESSER-PEREIRA, 1998, p. 05).

⁹³ BRASIL, 1995b, p. 07. São objetivos globais do PDRAE: “*Aumentar a governança do Estado, ou seja, sua capacidade administrativa de governar com efetividade e eficiência, voltando a ação dos serviços do Estado para o atendimento dos cidadãos. * Limitar a ação do Estado àquelas funções que lhe são próprias, reservando, em princípio, os serviços não-exclusivos para a propriedade pública não-estatal, e a produção de bens e serviços para o mercado para a iniciativa privada. * Transferir da União para os estados e municípios as ações de caráter local: só em casos de emergência cabe a ação direta da União. * Transferir parcialmente da União para os estados as ações de caráter regional, de forma a permitir uma maior parceria entre os estados e a União” (BRASIL, 1995b, p. 45) Como muito bem observou Maria Sylvia Zanella Di Pietro, além da preocupação com a eficiência, houve preocupação com a aplicação do princípio da subsidiariedade: “Na fixação desses objetivos globais, nota-se a preocupação com a **eficiência** e com a aplicação do princípio da subsidiariedade, no sentido vertical (atuação da União em caráter subsidiário à dos Estados e Município) e no sentido horizontal (atuação do poder público em caráter subsidiário em relação à iniciativa privada e à atuação das entidades ditas públicas não estatais).” (DI PIETRO, 2008, p. 34). Vale lembrar que a eficiência buscada na reforma tratada no PDRAE é evidente quando a Emenda Constitucional nº 19 de 04 de junho de 1998 elevou à condição de princípio constitucional norteador da Administração pública direta e indireta o princípio da eficiência. Esse princípio foi incluído no *caput* do art. 37 da Constituição.

⁹⁴ “Essa maciça interferência do Estado no mercado acarretou distorções crescentes neste último, que passou a conviver com artificialismos que se tornaram insustentáveis na década de 90. Sem dúvida, num sistema capitalista, Estado e mercado, direta ou indiretamente, são as duas instituições centrais que operam na coordenação dos sistemas econômicos. Dessa forma, se uma delas apresenta funcionamento irregular, é inevitável que nos

Pleiteou-se, dessa forma, a redefinição do papel do Estado que, por sua vez, impunha a necessidade de reorganizar a administração pública, razão pela qual deve-se distinguir a reforma do Estado da reforma do aparelho do Estado.⁹⁵

A reforma do aparelho do Estado – nos termos traçados pelo PDRAE – visava à reestruturação da Administração Pública federal com fins a torná-la mais eficiente, embora suas diretrizes e propostas pudessem ser aplicadas no nível estadual e municipal.⁹⁶

Já a reforma do Estado consiste na redefinição do papel estatal por meio do fortalecimento da sua função de promotor e regulador do desenvolvimento econômico e social, em detrimento da atuação estatal direta na seara econômica. Segundo os reformistas, a ineficácia da atuação direta do Estado na economia seria sanada por meio da transferência para o setor privado das atividades que poderiam ser controladas pelo próprio mercado.⁹⁷ Para viabilizar essa transferência, faziam-se necessárias as privatizações das empresas estatais e a “descentralização para o setor público não-estatal da execução de serviços que não envolvem o exercício do poder de Estado, mas devem ser subsidiados por ele, como é o caso dos serviços de educação, saúde, cultura e pesquisa científica.”⁹⁸ Esse processo foi denominado “publicização”.⁹⁹

Para que fosse possível a compreensão das atividades que seriam desenvolvidas pelo setor público não estatal e incentivadas e controladas pelo Estado, o PDRAE distinguiu quatro setores de atuação estatal – divididos segundo o tipo de atividade prestada – que demonstram a forma como o Estado deveria agir.¹⁰⁰ Segundo essa divisão, caberia às

depararmos com uma crise. Foi assim nos anos 20 e 30, em que claramente foi o mau funcionamento do mercado que trouxe em seu bojo uma crise econômica de grandes proporções. Já nos anos 80, é a crise do Estado que põe em cheque o modelo econômico em vigência.” (BRASIL, 1995b, p. 10).

⁹⁵ Por aparelho do Estado deve-se entender a “administração pública em sentido amplo, ou seja, a estrutura organizacional do Estado, em seus três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) e três níveis (União, Estados membros e Municípios). O aparelho do Estado é constituído pelo governo, isto é, pela cúpula dirigente nos Três Poderes, por um corpo de funcionários, e pela força militar.” (BRASIL, 1995b, p. 1).

⁹⁶ BRASIL, 1995b, p. 12.

⁹⁷ BRASIL, 1995b, p. 12. Segundo opinou o ex-presidente Fernando Henrique Cardoso: “Mudar o Estado significa, antes de tudo, abandonar visões do passado de um Estado assistencialista e paternalista, de um Estado que, por força de circunstâncias, concentrava-se em larga medida na ação direta para a produção de bens e de serviços. Hoje, todos sabemos que a produção de bens e serviços pode e deve ser transferida à sociedade, à iniciativa privada, com grande eficiência e com o menor custo para o consumidor” (CARDOSO, 2006, p. 15).

⁹⁸ BRASIL, 1995b, p. 12-13.

⁹⁹ “[...] através de um programa de publicização, transfere-se para o setor público não-estatal a produção dos serviços competitivos ou não-exclusivos de Estado, estabelecendo-se um sistema de parceria entre Estado e sociedade para seu financiamento e controle.” (BRASIL, 1995b, p. 13).

¹⁰⁰ “NÚCLEO ESTRATÉGICO. Corresponde ao governo, em sentido lato. É o setor que define as leis e as políticas públicas, e cobra o seu cumprimento. É, portanto o setor onde as decisões estratégicas são tomadas. Corresponde aos Poderes Legislativo e Judiciário, ao Ministério Público e, no poder executivo, ao Presidente da República, aos ministros e aos seus auxiliares e assessores diretos, responsáveis pelo planejamento e formulação das políticas públicas. ATIVIDADES EXCLUSIVAS. É o setor em que são prestados serviços que só o Estado pode realizar. São serviços em que se exerce o poder extroverso do Estado – o poder de regulamentar, fiscalizar, fomentar. Como

organizações públicas não estatais e às organizações privadas sem fins lucrativos, em atuação conjunta e/ou simultânea ao Estado – este por meio da atividade de fomento –, prestar serviços que envolvem direitos fundamentais, como a saúde e a educação.¹⁰¹ O PDRAE exemplifica as universidades, os hospitais, os centros de pesquisa e os museus como entidades prestadoras de serviços não exclusivos.

Ainda segundo o Plano Diretor, no exercício dos serviços não exclusivos, encontra-se presente a propriedade pública não estatal: “constituída pelas organizações sem fins lucrativos, que não são propriedade de nenhum indivíduo ou grupo e estão orientadas diretamente para o atendimento do interesse público.”¹⁰² Segundo bem definiu Luiz Carlos

exemplos temos: a cobrança e fiscalização dos impostos, a polícia, a previdência social básica, o serviço de desemprego, a fiscalização do cumprimento de normas sanitárias, o serviço de trânsito, a compra de serviços de saúde pelo Estado, o controle do meio ambiente, o subsídio à educação básica, o serviço de emissão de passaportes, etc. SERVIÇOS NÃO EXCLUSIVOS. Corresponde ao setor onde o Estado atua simultaneamente com outras organizações públicas não-estatais e privadas. As instituições desse setor não possuem o poder de Estado. Este, entretanto, está presente porque os serviços envolvem direitos humanos fundamentais, como os da educação e da saúde, ou porque possuem ‘economias externas’ relevantes, na medida que produzem ganhos que não podem ser apropriados por esses serviços através do mercado. As economias produzidas imediatamente se espalham para o resto da sociedade, não podendo ser transformadas em lucros. São exemplos deste setor: as universidades, os hospitais, os centros de pesquisa e os museus. PRODUÇÃO DE BENS E SERVIÇOS PARA O MERCADO. Corresponde à área de atuação das empresas. É caracterizado pelas atividades econômicas voltadas para o lucro que ainda permanecem no aparelho do Estado como, por exemplo, as do setor de infra-estrutura. Estão no Estado seja porque faltou capital ao setor privado para realizar o investimento, seja porque são atividades naturalmente monopolistas, nas quais o controle via mercado não é possível, tornando-se necessário no caso de privatização, a regulamentação rígida” (BRASIL, 1995b, p. 40-41. Vale transcrever a compreensão disposta no PDRAE quanto às características de cada um dos quatro setores, tanto no que se refere às suas prioridades, quanto aos princípios administrativos adotados: “No núcleo estratégico, o fundamental é que as decisões sejam as melhores, e, em seguida, que sejam efetivamente cumpridas. A efetividade é mais importante que a eficiência. O que importa saber é, primeiro, se as decisões que estão sendo tomadas pelo governo atendem eficazmente ao interesse nacional, se correspondem aos objetivos mais gerais aos quais a sociedade brasileira está voltada ou não. Segundo, se, uma vez tomadas as decisões, estas são de fato cumpridas. Já no campo das atividades exclusivas de Estado, dos serviços não-exclusivos e da produção de bens e serviços o critério eficiência torna-se fundamental. O que importa é atender milhões de cidadãos com boa qualidade a um custo baixo.” (BRASIL, 1995b, p. 42). Novamente destaca-se a importância da eficiência no desenvolvimento das atividades estatais.

¹⁰¹ Luiz Carlos Bresser Pereira sustentou que havia três possibilidades de prestação do serviço não exclusivo: “podem ficar sob o controle do Estado, podem ser privatizados e podem ser financiados ou subsidiados pelo Estado, mas controlados pela sociedade, isto é, ser convertidos em organizações públicas não estatais. O burocratismo e o estatismo defendem a primeira alternativa; os neoliberais radicais preferem a segunda; os socialdemocratas (ou democratas liberais, na acepção norte-americana) defendem a terceira. Há inconsistência entre a primeira alternativa e a administração pública gerencial. Esse tipo de administração tem dificuldade de conviver com a segunda alternativa, e é perfeitamente coerente com a terceira. Nesse caso, o Estado não é visto como produtor – como prega o burocratismo –, nem como simples regulador que garanta os contratos e os direitos de propriedade – como reza o ‘credo’ neoliberal – mas, além disso, como ‘financiador’ (ou ‘subsidiador’) dos serviços não-exclusivos. O subsídio pode ser dado diretamente à organização pública não-estatal, mediante dotação orçamentária – no Brasil costumamos chamar esse tipo de instituição de ‘organizações sociais’ –, ou, por força de uma mudança mais radical, pode ser dado diretamente ao cidadão sob a forma de *vouchers*. E podem continuar a ser financiados pelo Estado, se a sociedade entender que essas atividades não devem ficar submetidas apenas à coordenação do mercado.” (BRESSER-PEREIRA, 2006, p. 35).

¹⁰² BRASIL, 1995b, p. 42. Ainda segundo consta no PDRAE: “Não é a propriedade estatal porque aí não se exerce o poder de Estado. Não é, por outro lado, a propriedade privada, porque se trata de um tipo de serviço por definição subsidiado. A propriedade pública não-estatal torna mais fácil e direto o controle social, através da participação nos conselhos de administração dos diversos segmentos envolvidos, ao mesmo tempo que favorece a parceria entre sociedade e Estado. As organizações nesse setor gozam de uma autonomia administrativa muito maior do que

Bresser-Pereira: “pública, no sentido de que se deve dedicar ao interesse público, de que não visa lucro. ‘Não estatal’ porque não faz parte do aparelho do Estado.”¹⁰³

As entidades públicas não estatais seriam, portanto, constituídas por propriedade pública não estatal e desenvolveriam os serviços não exclusivos. Esses serviços teriam os seguintes objetivos:

- a) Transferir para o setor público não-estatal estes serviços, através de um programa de “publicização”, transformando as atuais fundações públicas em organizações sociais, ou seja, em entidades de direito privado, sem fins lucrativos, que tenham autorização específica do poder legislativo para celebrar contrato de gestão com o poder executivo e assim ter direito a dotação orçamentária.
- b) Lograr, assim, uma maior autonomia e uma conseqüente maior responsabilidade para os dirigentes desses serviços.
- c) Lograr adicionalmente um controle social direto desses serviços por parte da sociedade através dos seus conselhos de administração. Mais amplamente, fortalecer práticas de adoção de mecanismos que privilegiem a participação da sociedade tanto na formulação quanto na avaliação do desempenho da organização social, viabilizando o controle social.
- d) Lograr, finalmente, uma maior parceria entre o Estado, que continuará a financiar a instituição, a própria organização social, e a sociedade a que serve e que deverá também participar minoritariamente de seu financiamento via compra de serviços e doações.
- e) Aumentar, assim, a eficiência e a qualidade dos serviços, atendendo melhor o cidadão-cliente a um custo menor.¹⁰⁴

Dentre as entidades do setor público não estatal, o Plano Diretor destaca as organizações sociais, descritas como “entidades de direito privado que, por iniciativa do Poder Executivo, obtêm autorização legislativa para celebrar contrato de gestão com esse poder, e assim ter direito à dotação orçamentária.”¹⁰⁵

Às organizações sociais, dispôs o PDRAE, seriam repassados os serviços não exclusivos prestados pelo Estado, obedecido o Programa Nacional de Publicização, operacionalizado por um Conselho Nacional de Publicização, de caráter interministerial.¹⁰⁶ O

aquela possível dentro do aparelho do Estado. Em compensação seus dirigentes são chamados a assumir uma responsabilidade maior, em conjunto com a sociedade, na gestão da instituição” (BRASIL, 1995b, p. 42-43).

¹⁰³ BRESSER-PEREIRA, 2006, p. 22. Ainda segundo o autor: “Nos Estados Unidos, todas as universidades são organizações públicas não-estatais. Podem ser consideradas ‘privadas’ ou ‘controladas pelo Estado’, mas, a rigor, não visam ao lucro e também não empregam servidores públicos. São parcialmente financiadas ou subsidiadas pelo Estado – sua face ‘privada’ é menor que a face ‘controlada pelo Estado’ – mas, são entidades independentes, controladas por juntas que representam a sociedade civil e – em posição minoritária – pelo Estado. No Reino Unido, as universidades e hospitais são ‘organizações quase-não-governamentais’ (*quangos*). Não foram privatizadas: passaram do controle do Estado para o controle público” (BRESSER-PEREIRA, *op. cit.* p. 3).

¹⁰⁴ BRASIL, 1995b, p. 46-47. Observa-se que o Plano Diretor utilizou o termo cidadão-cliente em diversas passagens do texto, pode-se entendê-lo por meio do seguinte trecho: “A administração pública gerencial vê o cidadão como contribuinte de impostos e como cliente dos seus serviços” (BRASIL, 1995b, p. 17). Trata-se de uma visão em que o cidadão deve ser considerado, em termos econômicos, como consumidor, ou seja, como um usuário do serviço prestado pela administração pública ou prestado pelas entidades públicas não estatais.

¹⁰⁵ BRASIL, 1995b, p. 60.

¹⁰⁶ “A transformação dos serviços não-exclusivos estatais em organizações sociais se dará de forma voluntária, a partir da iniciativa dos respectivos ministros, através de um Programa Nacional de Publicização. Terão prioridade

repassse desses serviços baseou-se na presunção de uma maior eficiência na sua prestação pelas OS.¹⁰⁷

Embora o Programa Nacional de Publicização não tenha sido criado até o momento, ainda assim foi promulgada a Lei nº 9.637/98, que dispõe acerca da qualificação de entidades como organizações sociais.¹⁰⁸

Compreendidos, assim, os ideais reformistas, vigentes na Administração Pública federal ao tempo da promulgação da Lei nº 9.637/98, passa-se à análise das principais características do projeto das organizações sociais idealizado pelo MARE.

3.1.1 *O projeto das organizações sociais: o regime jurídico e a natureza jurídica da entidade qualificada como OS*

A implementação das organizações sociais foi considerada uma estratégia central para a consecução das diretrizes traçadas no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado.¹⁰⁹ Segundo o MARE: “o propósito central do Projeto Organizações Sociais é proporcionar um marco institucional de transição de atividades estatais para o terceiro setor e, com isso, contribuir para o aprimoramento da gestão pública estatal e não estatal.”¹¹⁰

os hospitais, as universidades e escolas técnicas, os centros de pesquisa, as bibliotecas e os museus. A operacionalização do Programa será feita por um Conselho Nacional de Publicização, de caráter interministerial” (BRASIL, 1995b, p. 60. Destaca-se que a prestação dos serviços não exclusivos pelas organizações sociais não foi tratada de forma técnica no PDRAE, pois foi dito que os serviços públicos não estatais assumirão a forma de organização social quando forem transferidos do setor estatal para o setor público não estatal. Em outra passagem do texto, manteve-se essa ideia, ao afirmar que os serviços não exclusivos serão *transformados* em organizações sociais. Primeiramente, como o Plano Diretor trata as OS como uma qualificação conferida a pessoas jurídicas e não como uma atividade/serviço, há de se entender que as organizações sociais não são atividade, mas sim uma qualificação ofertada às pessoas jurídicas que prestam determinadas atividades, quais sejam, os chamados serviços públicos não estatais. Outro ponto a ser destacado – mas melhor explicado adiante – refere-se à natureza do serviço público não estatal quando prestado pelo Estado e quando prestado pelas organizações sociais. Embora se trate da mesma atividade, no primeiro caso será serviço público – cujo desenvolvimento ocorrerá segundo regime jurídico público – no segundo caso trata-se de serviço regido por normas de direito privado, se não houver delegação desses serviços pelo Estado ao particular, nos termos do art. 175 da CR/88.

¹⁰⁷ “[...] elas [as organizações sociais] são apresentadas pelos proponentes da reforma, não apenas como uma figura jurídica nova no panorama administrativo brasileiro, mas também como solução para a ineficiência da ação estatal” (VERONESE, 2011, p. 44).

¹⁰⁸ O Programa Nacional de Publicização (PNP) a que se fez referência é o Programa a ser criado por Decreto para estabelecer as diretrizes e os critérios para qualificação das organizações sociais. Esse Programa encontra-se mencionado no art. 20 da Lei nº 9.637/98: “Art. 20. Será criado, mediante decreto do Poder Executivo, o Programa Nacional de Publicização – PNP, com o objetivo de estabelecer diretrizes e critérios para a qualificação de organizações sociais, a fim de assegurar a absorção de atividades desenvolvidas por entidades ou órgãos públicos da União, que atuem nas atividades referidas no art. 1º, por organizações sociais, qualificadas na forma desta Lei, observadas as seguintes diretrizes: I – ênfase no atendimento do cidadão-cliente; II – ênfase nos resultados, qualitativos e quantitativos nos prazos pactuados; III – controle social das ações de forma transparente” (BRASIL, 1998a). Até o momento não foi editado o Decreto que criaria o PNP.

¹⁰⁹ BRASIL, 1998c, p. 06.

¹¹⁰ BRASIL, 1998c, p. 06.

Como a reforma do Estado estava inserida no projeto de redefinição do papel estatal, buscou-se por meio das organizações sociais efetivar o processo de publicização.¹¹¹ Com o intuito de aumentar a eficiência e a qualidade dos serviços a um custo menor, a fim de satisfazer o cidadão-cliente, surgiu o projeto das OS. A elas seriam transferidos os serviços não exclusivos de Estado, ou seja, as organizações sociais foram compreendidas como um modelo de organização destinado a absorver atividades publicizáveis:

Assim, a **qualificação dessas entidades, na maior parte dos casos, deverá ocorrer concomitantemente à extinção de congêneres**, integrante da administração pública. Incumbirá ao Congresso Nacional decidir pela extinção da entidade, sendo que a Organização Social qualificada para absorver suas atividades adotará a denominação e os símbolos da entidade extinta.¹¹²

Ao tratar as OS como entidades que se destinam a absorver as atividades publicizáveis, os idealizadores do projeto deixaram claro que as atividades continuariam a receber o fomento do Estado, que também exerceria um controle estratégico sobre as atividades absorvidas pelas organizações sociais.¹¹³

Essa relação bastante próxima entre o Estado e as entidades qualificadas como organizações sociais dificulta, em uma primeira análise, a compreensão acerca da natureza jurídica da entidade.¹¹⁴ Essa confusão é nítida quando se depara com as anotações do MARE acerca da entidade: “as Organizações Sociais não serão negócio privado, mas instituições públicas que atuam fora da Administração Pública para melhor se aproximarem das suas

¹¹¹ “O Projeto Organizações Sociais, no âmbito do Programa Nacional de Publicização (PNP), tem como objetivo permitir a publicização de atividades no setor de prestação de serviços não-exclusivos, baseado no pressuposto de que esses serviços ganharão em qualidade: serão otimizados mediante menor utilização de recursos, com ênfase nos resultados, de forma mais flexível e orientados para o cliente-cidadão mediante controle social. As atividades estatais publicizáveis, aquelas não-exclusivas de Estado, correspondem aos setores onde o Estado atua simultaneamente com outras organizações privadas, tais como educação, saúde, cultura e proteção ambiental” (BRASIL, 1998c, p. 12).

¹¹² BRASIL, 1998c, p. 13, destaque nosso. A ideia segundo a qual as organizações sociais irão absorver entidades públicas extintas consta também nos objetivos dos serviços não exclusivos traçados no PDRAE.

¹¹³ “As OS são um modelo de parceria entre o Estado e a sociedade. O Estado continuará a fomentar as atividades publicizadas e exercerá sobre elas um controle estratégico: **demandará resultados necessários ao atingimento dos objetivos das políticas públicas. O contrato de gestão é o instrumento que regulará as ações das OS**” (BRASIL, 1998c, p. 12, destaque nosso).

¹¹⁴ Quanto à proximidade entre o Poder Público e as entidades qualificadas como OS, vale transcrever um trecho constante em um dos cadernos do MARE que reporta a relação bastante próxima entre o Estado e as entidades qualificadas como organização social: “Não é correto, contudo, entender o modelo proposto para as Organizações Sociais como um simples convênio de transferência de recursos. Os contratos e vinculações mútuas serão mais profundos e permanentes, porque as dotações destinadas a essas instituições integrarão o Orçamento da União, cabendo às mesmas um papel central na implementação das políticas sociais do Estado” (BRASIL, 1998c, p.14-15).

clientelas, aprimorando seus serviços e utilizando com mais responsabilidade e economicidade os recursos públicos.”¹¹⁵

Embora o ex-ministro Luiz Carlos Bresser-Pereira tenha se manifestado que, ao tratar as organizações sociais como instituições públicas estaria fazendo menção aos interesses públicos tutelados pelas entidades, ainda assim é dúbia a natureza privada da entidade, pois poder-se-ia questionar a ausência de autonomia, haja vista a presença do Estado no controle e no fomento permanente à entidade. Ainda quanto à autonomia, observa-se que, mesmo se tratando de entidades privadas, a ideia era de que não houvesse predominância de um único interesse privado na coordenação da entidade, tampouco houvesse um grupo dominante na administração da OS.¹¹⁶ O fato de a entidade não possuir um único indivíduo – ou mesmo um grupo dominante responsável por sua administração – somada à presença do Estado na gestão, no controle e na manutenção da entidade corrobora para o questionamento acerca da natureza jurídica da entidade.¹¹⁷

Mesmo com os possíveis questionamentos acerca desse assunto, qualificado como organização social, consta nas anotações dos cadernos do MARE que o regime jurídico aplicado às OS é privado. A incidência de normas privadas sobre as organizações sociais é vista, mesmo, como uma das vantagens dessas entidades:

Do ponto de vista da gestão de recursos, as Organizações Sociais não estão sujeitas às normas que regulam a gestão de recursos humanos, orçamento e finanças, compras e contratos na Administração pública. Com isso, há um significativo ganho de agilidade e qualidade na seleção, contratação, manutenção e desligamento de funcionários, que, enquanto celetistas, estão sujeitos a plano de cargos e salários e regulamento próprio de cada Organização Social, ao passo que as organizações estatais estão sujeitas às normas do Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos, a concurso público, ao SIAPE e à tabela salarial do setor público. Verifica-se também nas Organizações

¹¹⁵ BRASIL, 1998c, p. 14. Em outro trecho constante no PDRAE, fez-se referência a maior autonomia das organizações sociais: “as organizações nesse setor gozam de uma autonomia administrativa muito maior do que aquela possível dentro do aparelho do Estado” (BRASIL, 1995c, p. 42). Ora, tratando-se de entidades privadas, elas não possuem maior autonomia ou menor autonomia, elas simplesmente são autônomas. Ainda quanto à natureza pública da organização social, observa-se que, ao tratar da necessidade de se tutelar os direitos públicos, o ex-ministro entende que aquilo que é de todos e a todos deve servir deve ser considerado público, não podendo ser apropriada por alguns poucos: “O Estado deve ser público, **as organizações não-estatais e sem fins lucrativos (ou organizações não-governamentais) devem ser públicas**. Bens estritamente públicos, como um meio ambiente protegido, devem ser públicos. Direitos públicos são os direitos que nos asseguram que o patrimônio público – a *res pública* – entendido em sentido amplo, seja público; que seja de todos e para todos, e não objeto de *rent-seeking*, algo privatizado por grupos de interesse” (BRESSER-PEREIRA, 2006, p. 25, destaque nosso). Por meio dessas passagens, percebe-se uma aparente confusão quanto à natureza jurídica das entidades qualificadas como OS.

¹¹⁶ “Trata-se de uma forma de propriedade pública não-estatal, constituída pelas associações civis sem fins lucrativos, que não são propriedade de nenhum indivíduo ou grupo e estão orientadas diretamente para o entendimento do interesse público” (BRASIL, 1998c, p. 12).

¹¹⁷ “[...] não é a propriedade estatal porque aí não se exerce o poder de Estado. Não é, por outro lado, a propriedade privada, **porque se trata de um tipo de serviço por definição subsidiado**” (BRASIL, 1995c, p. 42, destaque nosso)

Sociais um expressivo ganho de agilidade e qualidade nas aquisições de bens e serviços uma vez que seu regulamento de compras e contratos não se sujeitam ao disposto na Lei nº 8.666/93 e ao SIASG.¹¹⁸

O regime jurídico privado aplicado às organizações sociais seria responsável pela possível eficiência dessas entidades. Evidente, portanto, a intenção do Estado em se utilizar das organizações sociais a fim de reduzir “sua dimensão, enquanto máquina administrativa, alcançando, entretanto, maior eficácia na sua atuação.”¹¹⁹ Esse objetivo seria alcançado da seguinte forma:

A implementação de Organizações Sociais implica duas ações complementares: a publicização de determinadas atividades executadas por entidades estatais (que serão extintas); e a absorção dessas atividades por entidades privadas qualificadas como OS, mediante contrato de gestão. Portanto, é imprópria a idéia segundo a qual organizações estatais seriam convertidas ou transformadas em OS. Atividades (não exclusivas de Estado), não entidades, são publicizadas. Entidades estatais são extintas após a publicização de suas atividades; não convertidas em OS.¹²⁰

O MARE traçou de forma didática os passos formais para a constituição das organizações sociais. Há, até mesmo, um roteiro com oito etapas para a implantação das organizações sociais: I) divulgação; II) protocolo de intenções; III) preparação organizacional das atividades a serem publicizadas; IV) criação e composição da entidade não estatal; V) preparação e negociação do contrato de gestão; VI) atos legais (extinção e qualificação); VII) inventário simplificado; VIII) absorção de atividades pela OS mediante contrato de gestão.¹²¹ Analisando o roteiro, percebe-se que o projeto das organizações sociais foi elaborado visando à absorção, pelas entidades qualificadas como OS, dos serviços executados por entidades públicas a serem extintas.¹²²

Por meio desse roteiro, constata-se que a organização social foi tratada como uma qualificação conferida à pessoa jurídica privada em que o Estado faria parte da coordenação, além de controlá-las e de subsidiá-las, por meio do contrato de gestão. As atividades subsidiadas seriam preferencialmente aquelas exercidas por entidades públicas extintas. Essa transferência de atividades às organizações sociais justifica-se pela presumida eficiência no exercício das

¹¹⁸ BRASIL, 1998c, p. 14-15.

¹¹⁹ BRASIL, 1998c, p. 14.

¹²⁰ BRASIL, 1998c, p. 16.

¹²¹ BRASIL, 1998c, p. 17.

¹²² “Na prática, várias instituições sondadas não optaram pela conversão e, conseqüentemente, pela posterior assinatura de um contrato de gestão. Após a qualificação das duas primeiras Organizações Sociais, quando da aprovação da Lei nº 9.637/98, o Ministério [MARE] listava como potenciais novas Organizações Sociais o Instituto Nacional do Câncer (INCA, Rio de Janeiro) e a Escola Nacional de Administração pública (ENAP, Brasília). No entanto, até o término da redação deste trabalho, nenhuma das duas havia sido ainda qualificada como Organização Social” (VERONESE, 2011, p. 50-51). Até o término da presente dissertação, ambos os institutos citados continuaram sem receber a qualificação como organização social.

atividades. A presunção de eficiência foi justificada em razão do regime jurídico privado aplicado às organizações qualificadas como OS, haja vista a possibilidade de se contratar pessoal pelo regime de CLT, a não obediência aos procedimentos licitatórios, dentre outros. As “amarras” inerentes às normas de direito público aplicadas às entidades públicas não seriam, dessa forma, aplicadas às OS.

Passados três anos da elaboração do projeto das organizações sociais, promulgou-se a Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, que dispõe acerca da qualificação de entidades como OS. Como o PDRAE apenas traçou diretrizes sobre o formato da entidade, faz-se necessária uma análise sobre a Lei nº 9.637/98 a fim de compreender a natureza jurídica da entidade e a confirmação, ou não, das intenções contidas no PDRAE.

3.2 Promulgação da Lei nº 9.637/98

O modelo das organizações sociais foi inicialmente tratado na Medida Provisória nº 1.591 de 09 de outubro de 1997, que após ser reeditada sete vezes foi convertida na Lei nº 9.637/98. Na preparação do Projeto de Lei nº 10/98, cujo texto base era a Medida Provisória nº 1.648-7/98, foram apresentadas e rejeitadas dez emendas modificativas e aditivas. Já na apreciação do Projeto de Lei, foi apresentado à mesa um conjunto de requerimentos de emendas modificativas e aditivas. Alexandre Veronese elaborou, de forma bastante didática, um quadro¹, descrevendo os objetivos de cada requerimento:

QUADRO 1

Emendas modificativas e aditivas

Requerimento	Objetivo
119	Emenda nº 2. Modificação do art. 1º do Projeto de Lei. Incluía a obrigatoriedade de licitação para qualificação como organização social de entidade privada.
120	Emenda nº 4. Modificação do inciso I do art. 3º do Projeto de Lei. Alterava os percentuais do Conselho de Administração.
121	Emenda nº 5. Modificação do inciso VIII do art. 4º do Projeto de Lei.
122	Emenda nº 7. Inclusão de parágrafo no art. 8º do Projeto de Lei. Frisar a obrigatoriedade de prestação de contas ao TCU.
123	Emenda nº 8. Modificação do §2º do art. 14 do Projeto de Lei. Vincular gratificações pagas pela organização social aos vencimentos dos servidores cedidos.
124	Emenda nº 9. Inclusão de parágrafo no art. 17 de Projeto de Lei. Incluir como fase prévia à desqualificação a intervenção e o afastamento dos dirigentes da organização social. Note-se que deveria ter sido no art. 16, pois a seção sobre a desqualificação atinge apenas esse artigo.
125	Votação global dos requerimentos (e emendas) 119 até 124.
126	Supressão do art. 22 do Projeto de Lei. Excluir a Escola Nacional de Administração Pública (ENAP) e o Instituto Nacional do Câncer (INCA) do Projeto.

Fonte: VERONESE, 2011, p. 56.

Somente os requerimentos nº 125 e nº 126 foram aprovados, este último foi formulado conjuntamente pelos líderes do governo e da oposição. Segue quadro 2, tratando da literalidade das Emendas, modificativas e aditivas, propostas em Plenário à Lei nº 9.637/98:

QUADRO 2

Emendas, modificativas e aditivas, propostas em Plenário à Lei nº 9.637/98

Emenda	Texto anterior e final	Emenda proposta
2 (M)	<p>Art. 1 ° O Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos aos requisitos previstos nesta Lei.</p>	<p>Art. 1° O Poder Executivo poderá qualificar, mediante licitação prévia, como organizações sociais, pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, que exerçam suas atividades, há pelo menos um ano, e que sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à defesa do consumidor, à cultura e à saúde, atendidos os requisitos previstos nesta Medida Provisória.</p>
4 (M)	<p>Art. 3 ° 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:</p> <p>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.</p>	<p>Art. 3° [...] I – ser composto por: a) vinte a trinta por cento de membros natos representantes do Poder Público, definidos pelo Estatuto da entidade; b) trinta a quarenta por cento de membros natos, representantes da sociedade civil, definidos pelo Estatuto; c) até dez por cento, no caso de associação civil, de membros eleitos, dentre os membros ou associados; d) dez a vinte por cento de membros eleitos pelos demais integrantes do conselho, dentre pessoas de notória capacidade profissional e reconhecida idoneidade moral; e) até dez por cento de membros indicados ou eleitos na forma estabelecida pelo Estatuto; f) até dez por cento de membros eleitos dentre os servidores e empregados da instituição.</p>
5 (M)	<p>Art. 4° [...] VIII – 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.</p>	<p>Art. 4° [...] VIII – aprovar, por maioria, no mínimo de dois terços de seus membros, o regulamento próprio contendo os procedimentos que deve adotar para contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios e disposições da Lei nº 8.666, de 1993, e o plano de cargos e salários e benefícios dos empregados da entidade;</p>
7 (A)	<p>Não havia e não há.</p>	<p>Art. 8° [...] §4° As organizações sociais prestarão contas ao Tribunal de Contas da União, sujeitando-se à fiscalização contábil, financeira, orçamentária e patrimonial, quanto à legitimidade e economicidade de sua gestão, nos termos do disposto na Lei nº 8.443, de 1993.</p>

8 (M)	<p>Art. 14 [...] §2º Não será permitido o pagamento de vantagem pecuniária permanente por organização social a servidor cedido com recursos provenientes do contrato de gestão, ressalvada a hipótese de adicional relativo ao exercício de função temporária de direção e assessoria.</p> <p>Não há §3º e não havia.</p>	<p>Art. 14 [...] §2º As vantagens de caráter habitual ou permanente pagas pela organização social aos servidores cedidos pela administração, autárquica e fundacional incorporar-se-ão aos vencimentos ou à remuneração de origem, para fins de contribuição à seguridade social e proventos de inatividade.</p>
9 (A)		<p>Art. 17 (deveria ter sido o art. 16) [...] §3º A desqualificação será precedida, em qualquer caso, de intervenção do órgão ou entidade supervisora, que independerá da decisão no processo administrativo referido no parágrafo anterior, afastando-se dos seus cargos, desde a declaração de intervenção, e até o seu término, os dirigentes da organização social.</p>

Fonte: VERONESE, 2011, p. 57-58.

Percebe-se que as propostas de emendas à Lei nº 9.637/98 visavam impor normas de direito público às OS, como a necessidade de licitação prévia à escolha da entidade privada que receberia a qualificação de organização social, a observância de princípios e disposições da Lei nº 8.666/93 na contratação de obras, serviços, compras e alienações realizadas pela OS e a expressa previsão de prestação de contas, pelas organizações sociais, ao Tribunal de Contas da União.

Mesmo diante dos diversos posicionamentos contrários ao Projeto de Lei nº 10/98, após a aprovação pelas duas casas do Legislativo, o presidente Fernando Henrique Cardoso sancionou o Projeto, convertendo-o na Lei nº 9.637/98, que foi objeto de duas ações diretas de inconstitucionalidade, conforme será adiante demonstrado.

3.3 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923-5/DF

Em 1º de dezembro de 1998, o Partido dos Trabalhadores (PT) e o Partido Democrático Trabalhista (PDT) ajuizaram a ação direta de inconstitucionalidade nº 1.923-DF, com pedido liminar, no Supremo Tribunal Federal (STF) contra quase todos os artigos da Lei nº 9.637/98 – resultante da aprovação pelo Congresso Nacional de projeto de lei de conversão à Medida Provisória nº 1.648-7, de 23 de abril de 1998, editada originalmente sob o nº 1.591, de 9 de outubro de 1997 –, e também contra o inciso XXIV do art. 24 da Lei nº 8.666/93, com redação dada pelo art. 1º da Lei nº 9.648/98.¹²³ Segundo consta na ADI nº 1.923, alegou-se que

¹²³ Os artigos 9, 23, 23-A (incluído pela Lei nº 12.269/10), 24 e 25 da Lei nº 9.637/98 não foram objeto da ADI. Desde já vale mencioná-los: “Art. 9. Os responsáveis pela fiscalização da execução do contrato de gestão, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou bens de origem pública por organização social, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade

os dispositivos legais mencionados violariam os seguintes preceitos constitucionais, segundo redação existente à época: art. 22, XXVII; art. 23, I, II, III, IV, VI, VII; art. 37, II, XXI; art. 40, I, III, a, b, c, d, §4º, art. 49, X; art. 70, parágrafo único; art. 71, II, III; art. 74, I, II, III, IV, §1º e §2º; art. 129, I, II, III; art. 169, §1º, I, II; art. 175; art. 194, art. 196; art. 197; art. 199, §1º; art. 205; art. 206, III, IV, VI; art. 208, I, II, III, IV, V, VI, VII, §1º, §2º; art. 211, §1º; art. 213, I, II; art. 215; art. 216, I, II, III, IV, V, §1º; art. 218, §1º, § 2º; §3º, §5º; art. 225, §1º, I, II, V, VII.

Após destacar os dispositivos constitucionais supostamente contrariados pela Lei nº 9.637/98, há na ADI 1.923-DF uma análise sucinta do modelo das OS tratado no Plano Diretor de Reforma do Estado.

A crítica central constante na ação refere-se à incompatibilidade do modelo das OS com as parcerias existentes entre o Estado e a sociedade civil. Nessas parcerias, a atuação estatal deve, segundo os autores da ação, ser complementar e exercida de forma a preservar a autonomia da entidade privada, parceira do Estado. Para os autores da ADI, a Lei nº 9.637/98 não trata de fomento às entidades qualificadas como OS, mas sim de um

processo de *substituição* de entidades públicas, regidas pelo direito público, criadas por lei, por entidades *privadas*, criadas por particulares por indução do Poder Público, com a finalidade previamente definida de substituir as entidades públicas preexistentes que, por seu turno, passam a ser simultaneamente *extintas*.¹²⁴

O processo de publicização seria, portanto, um processo de privatização de entidades públicas que não se confundiria com a atividade administrativa de fomento. Ressaltam os autores da ação que, mesmo à época da promulgação da Lei nº 9.637/98, o Estado já dispunha de meios para formalizar parcerias com entidades privadas. Citaram a qualificação de utilidade pública (disposta na Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941 e no Decreto nº 50.517, de 18 de agosto de 1961), a concessão de certificado de entidade de fins filantrópicos (disposta no Decreto nº 752, de 16 de fevereiro de 1993) e os convênios com as entidades inscritas nos órgãos públicos e consideradas de assistência social (nos termos da Lei Orgânica da Assistência Social).

solidária; Art. 23. É o Poder Executivo autorizado a ceder os bens e os servidores da Fundação Roquette Pinto no Estado do Maranhão ao Governo daquele Estado; Art. 23-A. Os servidores oriundos da extinta Fundação Roquette Pinto e do extinto Território Federal de Fernando de Noronha poderão ser redistribuídos ou cedidos para órgãos e entidades da Administração pública Federal, independentemente do disposto no inciso II do art. 37 e no inciso I do art. 93 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, assegurados todos os direitos e vantagens, inclusive o pagamento de gratificação de desempenho ou de produtividade, sem alteração de cargo ou de tabela remuneratória. (Incluído pela Lei nº 12.269, de 2010) Parágrafo único. As disposições do *caput* aplicam-se aos servidores que se encontram cedidos nos termos do inciso I do art. 22 e do art. 23 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 12.269, de 2010); Art. 24. São convalidados os atos praticados com base na Medida Provisória nº 1.648-7, de 23 de abril de 1998; Art. 25. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação” (BRASIL, 1998).

¹²⁴ BRASIL, 2007a.

Por fim, ao longo da maior parte da petição, justificaram a inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei nº 9.637/98, nos termos a serem destacados no presente estudo. Vale, agora, descrever o posicionamento dos ministros do Supremo Tribunal Federal quanto à medida liminar proposta.

3.3.1 *Pronunciamento dos ministros do Supremo Tribunal Federal quanto à ADI nº 1923-DF*

No ajuizamento da ADI nº 1.923-DF, foi solicitada a concessão de medida liminar. A análise dos ministros do STF ocorreu em 1º de agosto de 2007, quase nove anos após a proposição da ação, sendo que a maioria dos ministros indeferiu o pedido.¹²⁵

Embora a maioria dos ministros da Corte Suprema ainda não tenha se manifestado acerca da matéria, é de suma importância que o façam, haja vista as complexas questões levantadas e a necessidade de julgarem a ADI nº 1.943-DF, proposta pelo Conselho Federal da OAB, que inicialmente foi sobrestada pelo então Ministro Relator Ilmar Galvão, aos 20 de fevereiro de 2003, até o julgamento da medida cautelar prolatada na ADI nº 1.923-DF, e que em 1º de fevereiro de 2011, o então Ministro Relator, Carlos Ayres Britto, determinou o sobrestamento do processo até o julgamento do mérito da ADI 1.923.¹²⁶

Quanto ao julgamento da Medida Cautelar da ADI nº 1.923-DF, vale apontar, resumidamente, o posicionamento de cada ministro.

¹²⁵ “EMENTA: MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 9.637, DE 15 DE MAIO DE 1.998. QUALIFICAÇÃO DE ENTIDADES COMO ORGANIZAÇÕES SOCIAIS. INCISO XXIV DO ARTIGO 24 DA LEI N. 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1.993, COM A REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI N. 9.648, DE 27 DE MAIO DE 1.998. DISPENSA DE LICITAÇÃO. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 5º; 22; 23; 37; 40; 49; 70; 71; 74, §1º E 2º; 129; 169, §1º; 175, *CAPUT*; 194; 196; 197; 199, §1º; 205; 206; 208, §1º E 2º; 211, §1º; 213; 215, *CAPUT*; 216; 218, §§1º, 2º, 3º E 5º; 225, §1º, E 209. INDEFERIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR EM RAZÃO DE DESCARACTERIZAÇÃO DO *PERICULUM IN MORA*. 1. Organizações Sociais – pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, direcionadas ao exercício de atividades referentes a ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde. 2. Afastamento, no caso, em sede de medida cautelar, do exame das razões atinentes ao *fumus boni iuris*. O *periculum in mora* não resulta no caso caracterizado, seja mercê do transcurso do tempo – os atos normativos impugnados foram publicados em 1.998 – seja porque no exame do mérito poder-se-á modular efeitos do que vier a ser decidido, inclusive com a definição de sentença aditiva. 3. Circunstâncias que não justificariam a concessão do pedido liminar. 4. Medida cautelar indeferida” (BRASIL, 2007a).

¹²⁶ O Conselho Federal da OAB ajuizou ação direta de inconstitucionalidade, com pedido liminar, contra a totalidade da lei federal nº 9.637/98 em especial contra o artigo 2º, *caput*, e inciso II; o artigo 5º; o artigo 6º, *caput*, com seu § único; o artigo 7º, *caput*, com seus dois incisos e seu § único; o artigo 12, *caput*, com seus §§1º, 2º e 3º; o artigo 13, *caput*, com seu parágrafo único; e o artigo 14, *caput*, com seus §§1º, 2º e 3º, (Cf.: BRASIL, 2007a). Vale destacar que desde 29 de novembro de 2012 o Ministro Teori Zavascki é o relator da ADI nº 1.943.

O Ministro Relator Ilmar Galvão - pautando-se nos ensinamentos de García de Enterría e Fernández - sustentou que as organizações sociais reguladas pela Lei nº 9.637/98 seriam equiparadas à entidades de direito privado, integrantes da administração pública indireta.¹²⁷ Conforme explicou o Ministro Relator:

Na verdade, por meio da ‘qualificação’ que os habilita a cumprir o contrato de gestão, atua o Estado como verdadeiro criador da organização, que nenhum outro objetivo terá senão servir como agente descentralizador da Administração, com a qual mantém uma relação de dependência constante e efetiva, não limitando à cooperação para produção de determinados resultados, mas decisiva. O contrato de gestão, causa determinante da instituição das organizações sociais, estabelece, como se viu, as atribuições e responsabilidades do novo ente, o Ministério a que será adstrito, as bases gerais de sua organização, as funções dos órgãos de direção e os bens e meios econômicos que lhes serão atribuídos. Não passam, portanto, de simples instrumento técnico de que se utiliza o Estado para a gestão de seus próprios serviços; por ele criado, utilizado e, quando for o caso, extinto por via da desqualificação. Na ordem financeira e patrimonial, exercem simples poderes de gestão e usufruto. A sua extinção ou dissolução só pode ser decidida pelo Estado. Não é, portanto, o árbitro de sua própria vida, do mesmo modo que não pode subtrair-se nem abdicar do desempenho da função pública que lhe foi destinada e que executa como função própria do Estado, desenvolvida por meio de sua capacidade ordinária de direito privado. Não apenas seu nascimento, repita-se, mas também a sua vida e sua morte se acham na dependência da vontade do Estado, ao qual, por óbvio, permanecem íntima e indissolúvelmente ligadas, como os demais entes da administração indireta, razão pela qual, nesse ponto, estão submetidas a princípios de direito público. Não significa, como fazem presumir, a transferência à sociedade de poderes que o Estado havia assumido. A autonomia que desfrutam como pessoa jurídica, não passa de uma técnica de gestão, que permite ao Estado prestar serviços de interesse público sem arcar com certas inconveniências, como as decorrentes do regime estatutário dos servidores.¹²⁸

Segundo o ministro, todo o arcabouço institucional das OS impediria a alocação dessas entidades junto aos serviços sociais autônomos (Sesc, Sesi, Senac e Senai) – com os quais o Estado mantém parcerias de cooperação –, pois as organizações sociais possuem todas as características de entes da administração Indireta.¹²⁹ Para ele, as OS são entidades privadas

¹²⁷ Segundo anotou o ministro: “Tendo-se presente a distinção entre **corporação** e **instituição** (ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 1991, destaque nosso), considerada a primeira como uma entidade constituída de um conjunto de pessoas, na qualidade de associados, seus organizadores, titulares dos interesses por ela objetivados, cuja vontade, em última análise, integrará a vontade própria do ente por meio de um processo representativo; e, a segunda, como criação de um fundador ou ‘instituidor’, que é quem propõe um fim a ser cumprido pelo ente criado, dispondo sobre os meios materiais e pessoais sujeitos à consecução desse fim e decidindo, com sua vontade, a constituição dos órgãos próprios do ente e, portanto, por derivação, aquele que constitui a própria vontade do ente; tem-se que está, no caso, diante da segunda espécie, dos entes institucionais, a cujo respeito a doutrina costuma falar, no ensinamento dos festejados publicistas, quando instituídos pelo Estado, em ‘organismos autônomos’, ‘administração institucional’ ou ‘ente institucional’ e que, entre nós, constituem entes da Administração indireta” (BRASIL, 2007a).

¹²⁸ BRASIL, 2007a.

¹²⁹ Para o ministro, as organizações sociais são “criaturas do Estado” regidas pelo direito privado. E por assim considerá-las, sustentou que as OS poderiam prestar todas as atividades dispostas no *caput* do art. 1º da Lei nº 9.637/98, pois sendo equiparadas às entidades da administração indireta, estariam prestando serviços que a Constituição imputa ao Estado. Sendo as organizações sociais consideradas criaturas do Estado, este estaria cumprindo seus deveres constitucionais por meio das OS. Segundo o ministro: “Acontece, entretanto, como já exposto, que tais entes, por serem verdadeiras criaturas do Estado, posto surgirem, na qualidade de organizações

mantidas e controladas pelo Estado e voltam-se ao desempenho de atividades de interesse público que são, ou pelo menos deveriam ser, desenvolvidas por órgãos estatais. A parceria formaliza-se por meio do contrato de gestão celebrado entre a entidade privada qualificada como OS e o Estado.

Compreendida a natureza das organizações sociais, o ministro teceu comentários sobre os itens suscitados na petição inicial e concluiu pela constitucionalidade dos dispositivos da Lei nº 9.637/98 e também dos dispositivos da Lei nº 9.649/98.

No dia cinco de agosto de 1999, o Ministro **Sepúlveda Pertence** acompanhou o ministro relator e destacou a prestação dos serviços de saúde.¹³⁰ Posteriormente, em 1º de agosto de 2007 o ministro completou seu voto e indeferiu totalmente a liminar.

Também em cinco de agosto de 1999, o Ministro **Néri da Silveira** reiterou as observações do Ministro Sepúlveda Pertence acerca da colaboração existente entre as organizações sociais e o Poder Público na área da saúde. Na mesma sessão, o Ministro Moreira Alves manifestou pela constitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.637/98.

O Ministro **Nelson Jobim** afastou a inconstitucionalidade das normas atacadas, concordando com o Ministro Ilmar Galvão, e indeferiu a liminar. O Ministro fez duas breves colocações. Ele destacou a necessidade de se aumentar o controle do Estado sob as organizações sociais depois de celebrado o contrato de gestão, bem como argumentou que não há monopólio estatal sob as atividades previstas no art. 1º da Lei nº 9.637/98, especialmente na área da saúde destacada pelo Ministro Sepúlveda Pertence.

Já o Ministro **Eros Grau** proferiu voto no dia dois de fevereiro de 2007, alertando sobre as vantagens que poderiam ser desfrutadas pelas organizações sociais, para ele: “mais do que vantagens, favores desmedidos, visto que essa contratação não é antecedida de licitação.”¹³¹ Para o ministro, a não obrigatoriedade de realização de licitação para a celebração do contrato de gestão fere o art. 37, XXI, da Constituição. Não só a não obrigatoriedade de licitação prévia à celebração do contrato de gestão fere a Constituição, mas também o repasse de recursos orçamentários e de bens públicos móveis e imóveis a elas, dispensada a licitação, não encontram

sociais, com o ato de seu reconhecimento, como tais, por este, que os mantém e controla, não passam de entes públicos, conquanto regidos pelo direito privado, razão pela qual, além de sujeitarem-se ao dever de assegurar ensino fundamental obrigatório e gratuito, os seus estabelecimentos de ensino haverão de ser considerados oficiais, para fim de gratuidade prevista no art. 206, IV, bem como para beneficiarem-se de recursos públicos, na forma do art. 213, ambos da Carta” (BRASIL, 2007a).

¹³⁰ “[...] não apenas não há, no dever estatal para com a saúde, obrigação de prestação estatal direta, mas, ao contrário, a expressa previsão de sua prestação mediante colaboração de particulares, embora sujeitos à legislação, à regulamentação, à fiscalização e ao controle estatais” (BRASIL, 2007a).

¹³¹ BRASIL, 2007a. O ministro observou também que o modelo das OS fere frontalmente o princípio da igualdade, pois não há justificativa para a concessão discriminatória de tantos privilégios à entidade qualificada como organização social.

guarida constitucional. Quanto à cessão especial de servidor, sustentou tratar-se de uma coisa nunca antes vista, que reporta a uma “inconstitucionalidade chapada”.

Não só esses preceitos são, para o ministro, inconstitucionais, como também é inconstitucional o artigo 5º:

Na medida em que coloca sob um indefinido e difuso regime de ‘parceria’ o cumprimento de função [= dever-poder] do Estado – e o artigo 20, que prevê a criação de um “Programa Nacional de Publicização – PNP”, cujo objetivo, bem ao contrário do que o nome (com sarcasmo?) pretendia indicar, é a privatização de funções estatais. Dessas funções não se pode demitir o Estado sem agressão ao disposto nos artigos 1º, 3º, 215, 218 e 225 da Constituição do Brasil.¹³²

Completo o ministro que os preceitos dos artigos 1º a 4º, 7º a 11 e 16 a 19 tornam-se inócuos, medida que venham a ser liminarmente suspensos os efeitos dos artigos que, para Eros Grau, são inconstitucionais. Em sede de liminar, o ministro votou concedendo o pedido para suspender os efeitos do disposto no artigo 1º da Lei nº 9.647/98, e nos artigos 5º, 11 a 15 e 20 da lei.

O Ministro Ricardo Lewandowski votou argumentado de forma semelhante aos argumentos levantados pelo Ministro Eros Grau: “em tese, entendo, também, que esta Lei incorpora alguns mecanismos que se prestam a escamotear, a fugir do regime de Direito Público que rege a prestação de serviços públicos por parte do Estado.”¹³³ Mas em sede de cautelar, o ministro deferiu em parte a cautelar, a fim de suspender somente o art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93. Quanto aos dispositivos da Lei nº 9.637/98, o ministro sustentou que, em razão da data da promulgação da Lei, maio de 1998, o *periculum in mora* para a concessão da cautelar inverteria, em favor das organizações sociais já constituídas.

O Ministro **Joaquim Barbosa** acompanhou o voto do Ministro Eros Grau – com exceção dos fundamentos atinentes ao art. 1º da Lei, objeto de voto de seu antecessor, o Ministro Moreira Alves – e quanto ao artigo 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93, acompanhou o Ministro Ricardo Lewandowski.

Posicionamento distinto adotou o Ministro **Gilmar Mendes**.¹³⁴ Inicialmente, alertou sobre o período em que foi ajuizada a ação e a data em que foi proferido seu voto, fato que comprova a existência de *periculum in mora* ao inverso. Após esse alerta, o Ministro contextualizou o período em que a lei foi promulgada e fez menção ao Plano Diretor de Reforma

¹³² BRASIL, 2007a.

¹³³ BRASIL, 2007a.

¹³⁴ A análise do ministro não abrangeu o art. 1º da Lei nº 9.637/98, objeto de voto proferido pelo ministro Néri da Silveira, que o antecedeu.

do Estado, bem como mencionou os ideais reformistas existentes em outros países no período em que o referido Plano surgiu.

Após toda a explanação, o ministro teceu comentários acerca do funcionamento das organizações sociais e também tratou de leis estaduais que tratam de organizações sociais.

Em outro item de seu voto, Gilmar Mendes destacou o Serviço Social Autônomo Associação das Pioneiras Sociais (APS) – Rede Sarah de Hospitais do Aparelho Locomotor – como um exemplo bem sucedido de organização social.

Ao fim de suas explicações, o ministro votou pelo indeferimento da medida cautelar e ainda salientou a necessidade de os juristas aceitarem as mudanças de paradigmas no Direito Administrativo:

[...] o Direito Administrativo tem passado por câmbios substanciais e a mudança de paradigmas não tem sido compreendida por muitas pessoas. Hoje, não há mais como compreender esse ramo do direito desde a perspectiva de uma rígida dicotomia entre o público e o privado. O Estado tem se valido cada vez mais de mecanismos de gestão inovadores, muitas vezes baseados em princípios próprios do direito privado.¹³⁵

O Ministro **Cezar Peluso** indeferiu integralmente a liminar.

O Ministro **Marco Aurélio** deferiu a medida cautelar, sustentando, especialmente, que há grave ofensa ao art. 37, XXI, da Constituição.

Por fim, a Ministra **Ellen Gracie** indeferiu a medida liminar, apoiando-se no voto do Ministro Ilmar Galvão.

Compreendido o posicionamento dos ministros, expedido na votação da medida liminar da Lei nº 9.637/98, vale compreender detidamente os dispositivos da Lei nº 9.637/98 no que tange à proposta do presente trabalho.

3.4 A natureza jurídica das entidades qualificadas como organização social

Conforme o art. 1º, *caput*, da Lei nº 9.637/98, o Poder Executivo somente poderá qualificar como O.S. as pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos.¹³⁶

Segundo o art. 44 do Código Civil, são pessoas jurídicas de direito privado: as associações, as sociedades, as fundações, as organizações religiosas e as empresas individuais

¹³⁵ BRASIL, 2007a.

¹³⁶ “O Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos aos requisitos previstos nesta Lei” BRASIL, 1998a.

de responsabilidade limitada.¹³⁷ Dentre essas entidades, faz-se necessário delimitar aquelas para as quais o ordenamento jurídico veda a busca por lucro.¹³⁸

As **associações** são pessoas jurídicas de direito privado constituídas pela união de pessoas que se organizam com fins não econômicos, obedecendo as disposições obrigatórias do estatuto constantes no art. 54 do Código Civil.¹³⁹ A finalidade não lucrativa das associações encontra-se destacada de forma expressa no art. 53, *caput*, do CC/02.¹⁴⁰ Não há nas associações – ao contrário das sociedades – vantagens pecuniárias distribuídas aos seus associados.¹⁴¹

Já as **fundações** não se originam da aglomeração de pessoas, sua constituição caracteriza-se pela “atribuição de personalidade jurídica a um patrimônio, que a vontade humana destina a uma finalidade social. É um pecúlio, ou um acervo de bens, que recebe da ordem legal a faculdade de agir no mundo jurídico e realizar as finalidades a que visou o seu instituidor.”¹⁴² Conforme art. 62, parágrafo único, do Código Civil: “a fundação somente poderá constituir-se para fins religiosos, morais, culturais ou de assistência”.¹⁴³

A constituição da fundação ocorre mediante o registro do seu estatuto, obedecendo o prazo legal, e suas atividades serão realizadas por meio de bens livres – dotados em quantidade

¹³⁷ “Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado: I – as associações; II – as sociedades; III – as fundações; IV – as organizações religiosas; V – os partidos políticos; VI – as empresas individuais de responsabilidade limitada. §1º São livres a criação, a organização, a estruturação interna e o funcionamento das organizações religiosas, sendo vedado ao poder público negar-lhes reconhecimento ou registro dos atos constitutivos e necessários ao seu funcionamento. §2º As disposições concernentes às associações aplicam-se subsidiariamente às sociedades que são objeto do Livro II da Parte Especial deste Código. §3º Os partidos políticos serão organizados e funcionarão conforme o disposto em lei específica” (BRASIL, 2002).

¹³⁸ Essa limitação legal justifica-se, pois determinada pessoa jurídica de direito privado com fins lucrativos pode praticar atividades sem almejar lucro de forma constante. Ainda assim, essas pessoas jurídicas não podem pleitear a qualificação como OS nos termos da Lei nº 9.637/98.

¹³⁹ “Art. 54. Sob pena de nulidade, o estatuto das associações conterá: I – a denominação, os fins e a sede da associação; II – os requisitos para a admissão, demissão e exclusão dos associados; III – os direitos e deveres dos associados; IV – as fontes de recursos para sua manutenção; V – o modo de constituição e de funcionamento dos órgãos deliberativos; VI – as condições para a alteração das disposições estatutárias e para a dissolução. VII – a forma de gestão administrativa e de aprovação das respectivas contas” (BRASIL, 2002).

¹⁴⁰ “Art. 53. Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos. Parágrafo único. Não há, entre os associados, direitos e obrigações recíprocos” (BRASIL, 2002).

¹⁴¹ “Associação é aquela que se propõe a realizar atividades não destinadas a proporcionar interesse econômico aos *associados*; sociedade é a que oferece *vantagens pecuniárias aos seus componentes*” (PEREIRA, 2005, p. 350). No mesmo sentido: “Salientaremos inicialmente que, do ponto de vista doutrinário, não se confundem sociedades civis e associações. Nas primeiras, há o fito de lucro, enquanto nas segundas inexistente finalidade lucrativa. O objeto das associações é essencialmente não econômico, cultural, beneficente, altruísta, religioso, esportivo ou moral” (MONTEIRO; FRANÇA PINTO, 2010, p. 150). Vale observar que, mesmo não possuindo finalidade lucrativa, as associações podem realizar negócios jurídicos diversos para manter ou aumentar o seu patrimônio: “Tem-se a *associação* quando não há fim lucrativo ou intenção de dividir o resultado, embora tenha patrimônio, formado por contribuição de seus membros para a obtenção de fins culturais, educacionais, esportivos, religiosos, beneficentes, recreativos, morais etc. Não perde a categoria de associação mesmo que realize negócios para manter ou aumentar o seu patrimônio, sem, contudo, proporcionar ganhos aos associados, p. ex. associação esportiva que vende aos seus membros uniformes, alimentos, bolas, raquetes etc., embora isso traga, como consequência, lucro para a entidade” (DINIZ, 2013, p. 279).

¹⁴² PEREIRA, *op. cit.* p. 358-359.

¹⁴³ BRASIL, 2002.

e valor suficiente – necessários à realização da vontade do(s) instituidor(es).¹⁴⁴ A constituição de uma fundação ocorre, portanto, em dois atos distintos: o de fundação e o de dotação.

A fundação pode ser *inter vivos* ou *causa mortis*, podendo ser criada por escritura pública ou por testamento, dependendo, sempre, de registro. Quanto às modalidades de formação de uma fundação, existem duas: *direta* e *fiduciária*: “na primeira, o próprio instituidor pessoalmente a tudo prevê; na segunda, ele entrega a outrem a organização da obra projetada”.¹⁴⁵

A própria natureza do rol das atividades dispostas no art. 62, parágrafo único do Código Civil, somada à forma como se constitui uma fundação, demonstram o caráter desinteressado da execução de suas atividades.¹⁴⁶ Crê-se que a ideia subjacente à fundação é a execução de atividades sem finalidade lucrativa cuja administração foge à individualidade dos constituidores – característica inerente às sociedades – com vista a adquirir um caráter coletivo.¹⁴⁷ Essas ideias justificam-se, também, quando se observa a função desempenhada pelo Ministério Público, que é responsável por fiscalizar e velar essas entidades.¹⁴⁸

Tratando-se, portanto, de pessoa jurídica privada, sem finalidade lucrativa, não há empecilho para a qualificação das fundações como organização social.

¹⁴⁴ “Art. 63. Quando insuficientes para constituir a fundação, os bens a ela destinados serão, se de outro modo não dispuser o instituidor, incorporados em outra fundação que se proponha a fim igual ou semelhante. Art. 64. Constituída a fundação por negócio jurídico entre vivos, o instituidor é obrigado a transferir-lhe a propriedade, ou outro direito real, sobre os bens dotados, e, se não o fizer, serão registrados, em nome dela, por mandado judicial. Art. 65. Aqueles a quem o instituidor cometer a aplicação do patrimônio, em tendo ciência do encargo, formularão logo, de acordo com as suas bases (art. 62), o estatuto da fundação projetada, submetendo-o, em seguida, à aprovação da autoridade competente, com recurso ao juiz. Parágrafo único. Se o estatuto não for elaborado no prazo assinado pelo instituidor, ou, não havendo prazo, em cento e oitenta dias, a incumbência caberá ao Ministério Público” (BRASIL, 2002).

¹⁴⁵ MONTEIRO; FRANÇA PINTO, 2010, p. 163.

¹⁴⁶ Ao se referir à forma como se constitui uma fundação, quer se dizer que a entidade criada passa a exercer atividades públicas sem que o instituidor possa administrá-la de forma unilateral, não podendo sequer revogar o ato que criou a fundação. Nesse sentido, é o pensamento de Caio Mário: “Criada em definitivo a entidade, torna-se proprietária do acervo, e já não mais se faculta a revogação por ato de vontade do fundador” (PEREIRA, 2005, p. 363. Ademais, uma vez constituída a fundação, é possível compelir o instituidor à tradição dos bens. Na hipótese de recusa ou retardamento injustificado, a escritura é inscrita no registro, e determinada a entrega de bens: “Art. 64. Constituída a fundação por negócio jurídico entre vivos, o instituidor é obrigado a transferir-lhe a propriedade, ou outro direito real, sobre os bens dotados, e, se não o fizer, serão registrados, em nome dela, por mandado judicial” (BRASIL, 2002).

¹⁴⁷ “Por esse meio, recebe a coletividade serviços desinteressados e proveitosos, e o Estado verifica a finalidade da dotação econômica. A *liceidade* do fim é evidentemente imprescindível. Além disso, há de ser coletiva, pois que a própria natureza da entidade repele a sua *individualidade*, e tem de ser *duradoura*, não significando isto a sua perpetuidade, porém a sua continuidade indefinida, ou ao menos estendida a um período de tempo relativamente longo” (PEREIRA, 2005, p. 361-362).

¹⁴⁸ “Envolvido que é um interesse social na sua atividade, compete ao órgão do Ministério Público do Estado fiscalizar-lhe a atuação e velar por ela” (PEREIRA, 2005, p. 364). Também cabe ao Ministério Público a aprovação da alteração do estatuto – deliberada por dois terços dos componentes responsáveis pela gestão e representação da fundação – conforme art. 67 do Código Civil.

Compreendidas as características principais das associações e das fundações, passa-se à análise das **organizações religiosas**.¹⁴⁹

Entende-se que a promulgação da Lei nº 10.824, de 22 de dezembro de 2003, que incluiu no rol de pessoas jurídicas privadas as organizações religiosas, ressaltou a liberdade religiosa e a autonomia dessas entidades. Por esse motivo, o legislador assegurou a liberdade na constituição, a manutenção, o funcionamento e a estruturação dessas entidades, conforme art. 44, §1º. Segundo bem anotaram Washington de Barros Monteiro e Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto: “as organizações religiosas se destacam das demais pessoas jurídicas em razão dos fins que as motivam, relacionados com a crença e o culto religiosos, amparados constitucionalmente.”¹⁵⁰

No período do Brasil Império, o “Estado” mantinha um vínculo estreito com a Igreja Católica.¹⁵¹ Mas, logo após a proclamação da República, o Decreto 119-A determinou a separação entre Igreja e Estado.¹⁵²

¹⁴⁹ Embora as associações e as fundações possam ser qualificadas como organização social por se tratarem de pessoas jurídicas de direito privado sem finalidade lucrativa, vale resumir, para fins didáticos as principais diferenças entre elas: “Associações e fundações correspondem, respectivamente, às *universitas personarum* e *universitas bonorum* do antigo direito. Extremam-se por caracteres distintivos bem nítidos. Nas primeiras há interesses, fins e meios próprios exclusivos dos sócios; nas segundas, os fins e interesses não são próprios, mas alheios, isto é, do fundador. Além disso, naquelas, os fins podem ser alterados pelos associados; nestas, os fins são perenes e imutáveis, limitando-se os administradores a executá-los simplesmente. Nas associações, o patrimônio é constituído pelos consórcios, já que o interesse é exclusivo deles; nas fundações, o patrimônio é fornecido pelo instituidor, que tanto pode ser um particular como o Estado. Por fim, naquelas, os associados deliberam livremente, dizendo-se por isso que seus órgãos são dirigentes ou dominantes; nestas, as resoluções são delimitadas pelo instituidor, afirmando-se por isso que seus órgãos são servientes” (MONTEIRO; FRANÇA PINTO, 2010, p. 151).¹⁵⁰ MONTEIRO; FRANÇA PINTO, *op. cit.* p. 151.

¹⁵¹ Desde a colonização brasileira, a Igreja Católica esteve presente em várias searas, na paróquia, na educação em colégios, na evangelização, dentre outros locais. Por muitos anos, não havia uma nítida separação entre o Brasil Império e a Igreja, conforme bem explicou Alessandro Purcino Andrade: “Assim, no período do Brasil Império, a relação do Estado com a Igreja Católica era a do padroado, ou seja, o Estado pagava o clero. Dessa forma, o Estado impedia a entrada de outros cultos no país, em troca de reconhecimento e obediência. Os párocos e bispos eram nomeados pelo Estado que também concedia licença para construir igrejas, confirmava e executava as sentenças dos tribunais da Inquisição. O controle sobre o clero era realizado pela Mesa de Consciência e Ordens, órgão auxiliar do Conselho Ultramarinho” (ANDRADE, 2009, p. 95).

¹⁵² “Art. 1º E' proibido á autoridade federal, assim como á dos Estados federados, expedir leis, regulamentos, ou actos administrativos, estabelecendo alguma religião, ou vedando-a, e crear diferenças entre os habitantes do paiz, ou nos serviços sustentados á custa do orçamento, por motivo de crenças, ou opiniões philosophicas ou religiosas. Art. 2º a todas as confissões religiosas pertence por igual a faculdade de exercerem o seu culto, regerem-se segundo a sua fé e não serem contrariadas nos actos particulares ou publicos, que interessem o exercicio deste decreto. Art. 3º A liberdade aqui instituida abrange não só os individuos nos actos individuaes, sinão tabem as igrejas, associações e institutos em que se acharem agremiados; cabendo a todos o pleno direito de se constituirem e viverem collectivamente, segundo o seu credo e a sua disciplina, **sem intervenção do poder publico**. Art. 4º Fica extinto o padroado com todas as suas instituições, recursos e prerogativas. Art. 5º A todas as igrejas e confissões religiosas se reconhece a personalidade juridica, para adquirirem bens e os administrarem, sob os limites postos pelas leis concernentes á propriedade de mão-morta, mantendo-se a cada uma o dominio de seus haveres actuaes, bem como dos seus edificios de culto. Art. 6º O Governo Federal continúa a prover á congrua, sustentação dos actuaes serventuarios do culto catholico e subvencionará por anno as cadeiras dos seminarios; ficando livre a cada Estado o arbitrio de manter os futuros ministros desse ou de outro culto, sem contravenção do disposto nos artigos antecedentes” (BRASIL, 1890, destaque nosso).

Na atual Constituição, o art. 19, I, mantém a separação entre o Estado e as igrejas.¹⁵³

Apesar de evidenciar o caráter laico do Estado brasileiro, inexistindo uma religião oficial, o Constituinte reconheceu a importância da religião e consagrou a liberdade de consciência e de crença, assegurando o livre exercício dos cultos religiosos, bem como a proteção aos locais de culto e suas liturgias (art. 5º, VI, da C.R./88). Também foi assegurada a prestação religiosa nas entidades civis e militares, nos termos da lei (art. 5º, VII, da C.R./88), e a liberdade de convicção religiosa, vedando-se a privação de direitos por motivo de crença religiosa (art. 5º, VIII, C.R./88).¹⁵⁴ Compõe, ainda, a liberdade religiosa, a liberdade de cátedra do art. 206, II, da C.R./88.¹⁵⁵

Apesar do Poder Público manter-se independente em relação aos cultos religiosos ou templos, a ele foi incumbido o dever de garantir o livre exercício de todas as religiões e, sempre que houver interesse público, poderá colaborar com elas. Vale ponderar, portanto, se essa colaboração com as igrejas – tratadas no art. 19, I, da Constituição – pode ocorrer mediante a qualificação dessas entidades como organização social.

Antes, no entanto, há de se observar que a inclusão das organizações religiosas no art. 44 do Código Civil não compele a transformação de todas essas entidades, que até o ano de 2003 eram constituídas na forma de associação ou de fundação, em organizações religiosas. O parágrafo único do art. 2.031 do CC/02 – incluído pela Lei nº 10.825/03 – não exigiu que as organizações religiosas e os partidos políticos adequassem seus atos constitutivos ao novo Código.¹⁵⁶ Dessa forma, as entidades religiosas podem ser constituídas sob a forma de associação, fundação ou organização religiosa. Mesmo com a inclusão das organizações religiosas no rol de pessoas jurídicas de direito privado do Código Civil, o legislador não

¹⁵³ “Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I – estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público” (BRASIL, 1988).

¹⁵⁴ “Art. 5º [...] VI – é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; VII – é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva; VIII – ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;” (BRASIL, 1988).

¹⁵⁵ “Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: [...] II – liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;” (BRASIL, 1988). Ainda segundo a importância da religião, Alessandro Purcino Andrade destaca os seguintes dispositivos legais: “Podemos ilustrar a recepção do preceito da inviolabilidade e liberdade de culto tanto no Código Penal Brasileiro que (art. 208) define os crimes contra o sentimento religioso quanto no Código de Processo Civil que (art. 217) assevera que a citação só será feita para evitar o perecimento de direito ‘a quem estiver assistindo a qualquer ato de culto religioso’” (ANDRADE, 2009, p. 97).

¹⁵⁶ “Art. 2.031. As associações, sociedades e fundações, constituídas na forma das leis anteriores, bem como os empresários, deverão se adaptar às disposições deste Código até 11 de janeiro de 2007. Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica às organizações religiosas nem aos partidos políticos” (BRASIL, 2002).

obrigou que as igrejas constituídas após 2003 assumissem a forma de organização religiosa. Ou seja, as entidades religiosas são livres para optar pela natureza jurídica de associação, fundação ou organização religiosa. Em todos os casos, deve-se obedecer aos preceitos dispostos no Código Civil para cada tipo de pessoa jurídica.¹⁵⁷

Independentemente da natureza jurídica da entidade religiosa (associação, fundação ou organização religiosa), deve-se compreendê-las segundo seus objetivos estatutários, pois as entidades religiosas são pessoas jurídicas de direito privado constituídas sem finalidade lucrativa.

Não obstante a possibilidade de as entidades religiosas serem, *a priori*, qualificadas como organização social – haja vista as entidades religiosas serem pessoas jurídicas de direito privado sem finalidade lucrativa, obedecendo aos requisitos do art. 1º da Lei nº 9.637/98 –, o tipo de fomento disposto na Lei nº 9.637/98 exige uma sinergia tal entre o Poder Público e a entidade qualificada, que se mostra incompatível com a colaboração disposta no art. 19, I, da Constituição.

Quer-se dizer que a separação entre o Estado e a Igreja não permite a qualificação destas como OS. A participação estatal no conselho de administração das organizações sociais, por exemplo, contraria o Estado laico brasileiro.

Por fim, o argumento que, por si só, impede a qualificação de uma entidade religiosa em OS é a ausência da finalidade religiosa no rol de atividades dispostas no art. 1º da Lei nº 9.637/98. O legislador não assentiu a possibilidade de as entidades com fins religiosos receberem todo o fomento destinado às OS.¹⁵⁸

¹⁵⁷ Quanto às organizações religiosas, entende-se que seu registro deve obedecer aos dispositivos previstos na Lei de Registro Público (Lei nº 6.015/73), bem como aos art. 45 a 52 do CC/02, relativos a qualquer pessoa jurídica de direito privado. Em razão da ausência de dispositivo legal impondo exigências, há de se conferir plena liberdade de constituição e funcionamento a essas entidades. Mas como bem observou Alessandro Purcino Andrade, os juristas pouco tratam dessas entidades e há certa confusão quanto ao seu tratamento, especialmente nos anos posteriores à promulgação da Lei nº 10.825/03: “Passados pouco mais de dois anos da promulgação da Lei nº 10.825/03, ainda hoje parte das organizações religiosas, advogados, bacharéis em direito e até mesmo de cartórios, desconhecem a inovação abordada neste estudo. Isto porque a maior parte das pessoas jurídicas de direito privado se constituem como sociedades e associações. Frente a este desconhecimento e às diversas correntes de entendimento, é comum algum escrivão negar-se ao registro do estatuto de uma organização religiosa propriamente dita, especialmente no caso de não atender aos requisitos das associações, categoria na qual se encontrava a maioria dessas instituições até a vigência da nova norma. [...] Apesar de existirem aqueles que entendem que a organização religiosa possui liberdade irrestrita para sua constituição, não foi encontrada qualquer situação em que um escrivão tenha apresentado esse mesmo entendimento. Na prática, a maioria dessas organizações vem tentando atender às solicitações dos escrivães ou, ainda, tem registrado o seu estatuto da sua matriz/sede na localidade que apresentar menor nível de dificuldades. Constata-se a inexistência de um padrão de procedimentos entre os cartórios. A título ilustrativo de cartório que entende que as organizações religiosas têm que atender os requisitos das associações, cita-se o da cidade de Goiás/GO que, segundo sua escrivã, segue orientação da Corregedoria Estadual” (ANDRADE, 2009, p. 103).

¹⁵⁸ Mesmo que as entidades religiosas visem, via de regra, à consecução de objetivos que não se restringem aos fins religiosos, a religião que desenvolvem e propagam impede o vínculo com o Estado mediante a qualificação

O fato, todavia, de se sustentar a impossibilidade de se qualificar uma organização como organização social não impede que o Estado fomente atividades patrocinadas por esse tipo de organização. É notório o reconhecimento estatal das finalidades públicas de algumas ações executadas pelas entidades religiosas.¹⁵⁹ Há inúmeras parcerias – em todas as esferas da federação – celebradas com essas entidades.

Já os **partidos políticos** estão previstos no art. 17 da Constituição, regulamentado pela Lei n° 9.096, de 19 de setembro de 1995.¹⁶⁰ Trata-se de pessoa jurídica de direito privado destinada a assegurar a autenticidade do sistema representativo brasileiro, bem como a defender

dessas entidades como organização social. A fim de ilustrar a assertiva de que as igrejas visam objetivos diversos, vale transcrever o art. 5° do Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Santa Sé relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil, firmado na Cidade do Vaticano, em 13 de novembro de 2008, promulgado pelo Decreto n° 7.107, de 11 de fevereiro de 2010: “Artigo 5° – As pessoas jurídicas eclesiais, reconhecidas nos termos do Artigo 3°, que, além de fins religiosos, persigam fins de assistência e solidariedade social, desenvolverão a própria atividade e gozarão de todos os direitos, imunidades, isenções e benefícios atribuídos às entidades com fins de natureza semelhante previstos no ordenamento jurídico brasileiro, desde que observados os requisitos e obrigações exigidos pela legislação brasileira” (BRASIL, 2010b).

¹⁵⁹ A título de exemplo, o acordo celebrado entre o Governo brasileiro e a Santa Sé, relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil, firmado na Cidade do Vaticano, em 13 de novembro de 2008, promulgado pelo Decreto n° 7.107, de 11 de fevereiro de 2010, reconhece a importância da Igreja Católica na sociedade brasileira. É de interesse público a manutenção de suas várias atividades, não só as atividades religiosas. O art. 6° deste Decreto reconhece que o patrimônio histórico, artístico e cultural da Igreja Católica constitui parte relevante do patrimônio cultural brasileiro e ambas as partes atuarão de forma cooperada a fim de salvaguardar todo esse patrimônio. Já o art. 10° do referido Decreto dispõe que a Igreja Católica se compromete a colocar suas diversas instituições de ensino a serviço da comunidade, obedecendo ao ordenamento jurídico pátrio: “Art. 6° – As Altas Partes reconhecem que o patrimônio histórico, artístico e cultural da Igreja Católica, assim como os documentos custodiados nos seus arquivos e bibliotecas, constituem parte relevante do patrimônio cultural brasileiro, e continuarão a cooperar para salvaguardar, valorizar e promover a fruição dos bens, móveis e imóveis, de propriedade da Igreja Católica ou de outras pessoas jurídicas eclesiais, que sejam considerados pelo Brasil como parte de seu patrimônio cultural e artístico. §1° – A República Federativa do Brasil, em atenção ao princípio da cooperação, reconhece que a finalidade própria dos bens eclesiais mencionados no *caput* deste artigo deve ser salvaguardada pelo ordenamento jurídico brasileiro, sem prejuízo de outras finalidades que possam surgir da sua natureza cultural. §2° – A Igreja Católica, ciente do valor do seu patrimônio cultural, compromete-se a facilitar o acesso a ele para todos os que o queiram conhecer e estudar, salvaguardadas as suas finalidades religiosas e as exigências de sua proteção e da tutela dos arquivos. [...] Art. 10 – A Igreja Católica, em atenção ao princípio de cooperação com o Estado, continuará a colocar suas instituições de ensino, em todos os níveis, a serviço da sociedade, em conformidade com seus fins e com as exigências do ordenamento jurídico brasileiro. §1° - A República Federativa do Brasil reconhece à Igreja Católica o direito de constituir e administrar Seminários e outros Institutos eclesiais de formação e cultura. §2° – O reconhecimento dos efeitos civis dos estudos, graus e títulos obtidos nos Seminários e Institutos antes mencionados é regulado pelo ordenamento jurídico brasileiro, em condição de paridade com estudos de idêntica natureza” (BRASIL, 2010b).

¹⁶⁰ “Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos: I – caráter nacional; II – proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes; III – prestação de contas à Justiça Eleitoral; IV – funcionamento parlamentar de acordo com a lei. §1° É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária. §2° – Os partidos políticos, após adquirirem personalidade jurídica, na forma da lei civil, registrarão seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral. §3° – Os partidos políticos têm direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei. §4° – É vedada a utilização pelos partidos políticos de organização paramilitar” (BRASIL, 1988).

os direitos fundamentais definidos na Constituição da República – nos termos do art. 1º da Lei nº 9.096/95 –, segundo os limites constitucionais e legais.¹⁶¹

Os partidos políticos são, portanto, uma organização de determinado grupo social, que se propõe a orientar politicamente um Estado – segundo determinada ideologia disposta em um estatuto – desde que obedecido o ordenamento jurídico vigente.¹⁶²

Quanto à natureza jurídica dos partidos políticos, entende-se tratar de pessoa jurídica de direito privado com características próprias.¹⁶³ Apesar de não haver nenhum dispositivo constitucional ou infraconstitucional que afirme expressamente a natureza não lucrativa dos partidos políticos, pode-se, ainda assim, apontar a finalidade não lucrativa dessas entidades a partir de seu regime jurídico. Consistem em entidades com finalidades não condizentes com a busca pelo lucro.¹⁶⁴ Suas atividades realizam-se por meio de doações e da verba oriunda do fundo partidário.

¹⁶¹ “Art. 1º – O partido político, pessoa jurídica de direito privado, destina-se a assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e a defender os direitos fundamentais definidos na Constituição Federal” (BRASIL, 1995d). Segundo José Afonso da Silva, o partido político deve ser compreendido como “uma forma de agremiação de um grupo social que se propõe organizar, coordenar e instrumentalizar a vontade popular com o fim de assumir o poder para realizar seu programa de governo” (SILVA, José, 2012, p. 394).

¹⁶² Nesse sentido: “[...] na **política não há inteiro, só há ‘partido’**, uma vez que um torna-se opositor do outro, dependendo do resultado da eleição. Evidentemente, se fosse ‘inteiro político’ não haveria dialética. Por isso, temos ‘partido político’, ou seja, há **situação e oposição**: o primeiro recebe o **poder**, e o último assume o papel de **opositor** e fiscalizador das ações do primeiro. [...] Portanto, partido político, em sua essência, é um **fragmento do pensamento político da nação**, cujos adeptos ou simpatizantes se vinculam a ideologias por afinidade, buscando o exercício do poder (situação) ou a fiscalização dos detentores desse poder (oposição), sem prejuízo de atividades administrativas e institucionais.” (CERQUEIRA, Thales; CERQUEIRA, Camila, 2012, p. 252).

¹⁶³ Importante destacar a impossibilidade de se reconhecer a natureza jurídica de pessoa jurídica de direito público interno dos partidos políticos, conforme dispunha o já revogado art. 2º da Lei nº 5.682/71. O art. 17, §2º, da Constituição, ao dispor sobre a personalidade jurídica adquirida na forma da lei civil, já dispõe a natureza jurídica privada dos partidos políticos. O registro dos estatutos no TSE – em até um ano antes da data das eleições (art. 4º da Lei nº 9.504/97) – não altera a natureza privada dos partidos políticos: “[...] a natureza pública do órgão incumbido do registro não comunica igual natureza à entidade registrada. Trata-se de mero controle público, em vez de controle cartorário. Aliás, a inadequação é notável, precisamente porque uma das notas da pessoa jurídica de direito público é sua criação diretamente pela lei e a inexistência de registro de seus instrumentos constitutivos. O fato de precisarem de registro para a sua formação, vale dizer, o fato de necessitarem de tal controle denota que não se cuida de pessoa jurídica de direito público. Os partidos não são criados por lei, a seria terrível se o fossem, pois deixariam de ser partidos para serem outra coisa” (SILVA, José *op. cit.* p. 404). Para José Afonso da Silva, os partidos políticos são instituições, no sentido concebido por Maurice Hauriou: “O partido é uma associação de pessoas para fins políticos comuns e tem caráter permanente, no que se encontram os elementos básicos do conceito de instituição” (SILVA, José, *op. cit.* p. 404).

¹⁶⁴ Os partidos políticos possuem natureza associativa, haja vista tratar-se de entidades constituídas por pessoas com ideias comuns cuja finalidade é a conquista do poder para a consecução de um programa de governo. Em razão desse caráter associativo dos partidos políticos, entende-se que, assim como nas associações, também nos partidos políticos (associações políticas) não é possível repartir lucros. Esse raciocínio é adotado por Maria Helena Diniz: “y) as *associações políticas* (CC, art. 44, V), que são entidades integradas por pessoas com ideais comuns, tendo por finalidade conquistar o poder para a consecução de um programa. São associações civis, que visam assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e defender os direitos fundamentais definidos na Constituição Federal. [...] Com a criação de uma associação, ter-se-á: [...] l) ausência de repartição de lucros, pois não há qualquer lucro a partilhar entre os associados” (DINIZ, 2013, p. 293-295).

Embora sejam entidades privadas sem finalidade lucrativa, não há que se aceitar a qualificação como OS. A atividade administrativa de fomento destinada às entidades qualificadas como organização social é incompatível com as funções dos partidos políticos, pois o Estado estaria presente em organizações cuja liberdade de ideias é fundamental ao desenvolvimento democrático do País. Dessa forma, o presente estudo afirma não ser possível a qualificação de um partido político como organização social, nos termos da Lei nº 9.637/98.

Já as **sociedades** foram tratadas, de forma geral, a partir do art. 981 do Código Civil, que trata da busca pelo lucro, ao dispor que a sociedade exerce atividade econômica e partilha os resultados.¹⁶⁵ As sociedades podem ser simples ou empresárias, dependendo da natureza das operações habituais. Independentemente do tipo, sempre possuem fins lucrativos.¹⁶⁶ Por essa razão, não podem ser qualificadas como organização social.

Por fim, há as **empresas individuais de responsabilidade limitada** que foram incluídas no art. 44, VI, do Código Civil, por meio da Lei nº 12.441, de 11 de julho de 2011. Também essa lei incluiu o art. 980-A ao Código Civil, que dispõe sobre a forma de constituição dessa modalidade de empresa: “constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País”. Nos termos do §6º do art. 980-A: “aplicam-se à empresa individual de responsabilidade limitada, no que couber, as regras previstas para as sociedades limitadas.”¹⁶⁷ A busca por resultados pela pessoa titular da totalidade do capital social é, naturalmente, o lucro, não podendo, dessa forma, aceitar-se a qualificação das empresas individuais de responsabilidade limitada como organização social.

¹⁶⁵ “Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados. Parágrafo único. A atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados” (BRASIL, 2002).

¹⁶⁶ “*Sociedade simples* é, por sua vez, a que visa fim econômico ou lucrativo, que deve ser repartido entre os sócios, sendo alcançado pelo exercício de certas profissões ou pela prestação de serviços técnicos (CC, arts. 997 a 1.038) [...] *Sociedades empresariais*, que visam o lucro, mediante exercício de atividade mercantil, assumindo formas de: sociedade em nome coletivo; sociedade em comandita simples; sociedade em comandita por ações; sociedade limitada; sociedade anônima ou por ações (CC, arts. 1.039 a 1.092; Lei nº 6.404/76; Lei nº 11.101/2005, art. 96, §1º)” (DINIZ, 2013, p. 299-300).

¹⁶⁷ “Art. 980-A. A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País. §1º O nome empresarial deverá ser formado pela inclusão da expressão "EIRELI" após a firma ou a denominação social da empresa individual de responsabilidade limitada. §2º A pessoa natural que constituir empresa individual de responsabilidade limitada somente poderá figurar em uma única empresa dessa modalidade. §3º A empresa individual de responsabilidade limitada também poderá resultar da concentração das quotas de outra modalidade societária num único sócio, independentemente das razões que motivaram tal concentração. §5º Poderá ser atribuída à empresa individual de responsabilidade limitada constituída para a prestação de serviços de qualquer natureza a remuneração decorrente da cessão de direitos patrimoniais de autor ou de imagem, nome, marca ou voz de que seja detentor o titular da pessoa jurídica, vinculados à atividade profissional” (BRASIL, 2011b).

Ao fim dessa análise, pode-se concluir que somente as fundações e as associações podem pleitear a qualificação como organização social, nos termos da Lei nº 9.637/98.

3.5 As atividades desenvolvidas pelas organizações sociais

As atividades de uma entidade que pleiteia a qualificação como OS devem se dirigir ao **ensino**, à **pesquisa científica**, ao **desenvolvimento tecnológico**, à **proteção** e à **preservação do meio ambiente**, à **cultura** ou à **saúde**, conforme art. 1º, *caput*, da Lei nº 9.637/98.¹⁶⁸

Interessante destacar que a maioria das oito entidades qualificadas como organização social atuam, não necessariamente de forma exclusiva, nas áreas de pesquisa científica e desenvolvimento tecnológico.

O Centro de Gestão e Estudos Estratégicos (CGEE), conforme art. 5º, do estatuto, tem por finalidade a promoção do desenvolvimento científico e tecnológico.¹⁶⁹ O contrato de gestão foi firmado com a União por intermédio do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação (MCTI).¹⁷⁰

A associação Instituto de Desenvolvimento Sustentável Mamirauá tem por missão promover pesquisa científica sobre a biodiversidade, manejo e conservação dos recursos naturais da Amazônia de forma participativa e sustentável, conforme art. 4º do estatuto.¹⁷¹

A Rede Nacional de Ensino e Pesquisa – RNP desenvolve atividades de pesquisas tecnológicas em redes e de operação de meios e serviços de redes avançadas, nos termos do art.

¹⁶⁸ Ao enumerar as áreas de atuação da entidade, o legislador evitou a imprecisão na delimitação das atividades prestadas: “A enumeração das atividades das pessoas jurídicas capazes de receber a qualificação de Organização Social não elimina, contudo, as questões de interpretação decorrentes do uso de conceitos vagos ou imprecisos, que contêm uma zona positiva de certeza (é) ou uma zona negativa de certeza (não é), mas também um largo campo de imprecisão. Consideremos a título de exemplo a palavra ‘ensino’. O que vem a ser ‘ensino’? Uma associação destinada a difundir o sânscrito exerce atividade social relevante capaz de capacitá-la a receber o atributo de Organização Social ?” (ROCHA, 2006, p. 112).

¹⁶⁹ (CENTRO..., 2012)

¹⁷⁰ BRASIL, 2013c

¹⁷¹ “Artigo 5º – Para cumprir sua missão, o Instituto Mamirauá tem por objetivos: I – desenvolver, incentivar, coordenar, executar e administrar a realização de projetos que objetivem a conservação e, especialmente, a preservação de ecossistemas alagáveis; II – promover o desenvolvimento Sustentável das Regiões em que atua em articulação com as populações locais; III – arremeter e gerir fundos econômicos e financeiros legais, provenientes de doações de indivíduos e/ou entidades nacionais e estrangeiras, públicas ou privadas, para o cumprimento da missão; IV – promover estudos e pesquisas sobre biodiversidade, conservação, manejo e o uso sustentável dos recursos naturais dos ecossistemas alagáveis; V – realizar pesquisas de natureza básica, aplicada e tecnológica, nas áreas de sua competência e afins; VI – proporcionar e contribuir para o treinamento científico e tecnológico de recursos humanos para o sistema nacional de Ciência e Tecnologia, público e privado, nas áreas de sua competência e afins; VII – apoiar e cooperar com a atuação de entidades públicas e/ou privadas, que tenham por objetivo a conservação e a preservação do meio ambiente da Região Amazônica; VIII – desenvolver programas educacionais, priorizando as questões ambientais nos ecossistemas alagáveis da Amazônia; IX – promover eventos, cursos e treinamentos com temas relacionados a sua missão; X – promover inovação em tecnologia sustentável” (INSTITUTO..., 2012)

4º do seu estatuto.¹⁷² Desenvolve, portanto, atividades nas áreas de pesquisa científica e desenvolvimento tecnológico e o contrato de gestão também foi firmado com a União por intermédio do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação (MCTI).¹⁷³

O Instituto Nacional de Matemática Pura e Aplicada (IMPA), constituído como associação, tem por missão a realização de pesquisas em ciências matemáticas e afins, a formação de pesquisadores, a difusão do conhecimento matemático e sua integração com outras áreas da ciência, cultura, educação e do setor produtivo, conforme art. 4º do seu estatuto.¹⁷⁴ Desenvolve, fundamentalmente, atividades na área de pesquisa e também de ensino.¹⁷⁵ Assim como as demais entidades mencionadas, o contrato de gestão foi firmado com o Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação (MCTI).¹⁷⁶

O Centro Nacional de Pesquisa em Energia e Materiais (CNPEM) é a atual denominação da antiga Associação Brasileira de Tecnologia de Luz Síncrotron (ABTLuS), que é responsável pela gestão dos Laboratórios Nacionais de Luz Síncrotron (LNLS), de Biociências (LNBio), Laboratório Nacional de Ciência e Tecnologia do Bioetanol (CTBE) e de Nanotecnologia (LNNano). Sua atuação se dá nas áreas de pesquisa e de desenvolvimento

¹⁷² Conforme art. 4º do estatuto: “Art. 4º – São objetivos da RNP: I. projetar a infra-estrutura nacional ou regional de redes de computadores, especificar equipamentos, executar o projeto e supervisionar a sua implantação; II. operar ou coordenar a operação de uma infra-estrutura nacional ou regional de serviços e acesso à rede Internet mundial; III. projetar a infra-estrutura, especificar equipamentos, executar o projeto ou supervisionar a sua implantação, operar ou coordenar a operação de redes locais e sua interconexão com a rede Internet mundial; IV. projetar, implantar e operar intranets; V. promover a capacitação para o projeto, a especificação de equipamentos, a execução da implantação e operação de uma infra-estrutura nacional de acesso e serviços à rede Internet mundial e às redes locais, e sua interconexão com a rede Internet mundial; VI. promover capacitação, mediante cursos, seminários e workshops sobre as novas tecnologias de resolução de problemas relacionados com a operação, a segurança, o monitoramento do tráfego, o planejamento de seu crescimento e a introdução de novas tecnologias de redes eletrônicas; VII. articular e coordenar a ação dos pontos de presença (PoP-RNP), que representará junto aos poderes constituídos e às organizações nacionais e internacionais, para que cumpram os objetivos da presente instituição; VIII. realizar testes, avaliações técnicas e certificação de equipamentos, produtos e serviços relacionados com o projeto, escolha de equipamentos e operação de uma infra-estrutura de serviços de acesso à Internet. IX. produzir, editar, publicar e veicular material didático relacionado com os seus objetivos; X. realizar pesquisas para geração de conhecimento na otimização e aproveitamento de recursos tecnológicos nas redes de computadores e em desenvolvimento de métodos e processos de ensino voltados para a utilização dessas redes” (RNP, 2013)

¹⁷³ RNP, 2013.

¹⁷⁴ IMPA, 2013.

¹⁷⁵ “Art. 5º – Para cumprir sua missão, a ASSOCIAÇÃO poderá promover as seguintes atividades: I. Pesquisa de alto nível; II. Formação de doutores e mestres; III. Promoção de programas de iniciação científica e pós-doutorado. IV. Promoção de cursos de extensão; V. Difusão da cultura matemática; VI. Produção de livros de matemática e ciências afins em todos os níveis; VII. Desenvolvimento de software; VIII. Participação na melhoria do ensino. IX. Participação em projetos multidisciplinares; X. Organizações de reuniões científicas; XI. Intercâmbio científico internacional; XII. Participação e apoio a organizações afins nacionais e internacionais; XIII. Fortalecimento da ação de seus laboratórios de pesquisa; XIV. Colaborar com as políticas nacionais de desenvolvimento do setor público e privado; XV. Prestação de serviços para órgãos públicos e empresas estatais ou privadas de acordo com a missão da ASSOCIAÇÃO” (IMPA, 2013).

¹⁷⁶ BRASIL, 2013c.

tecnológico.¹⁷⁷ O contrato de gestão dessa entidade também foi firmado pelo Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação (MCTI).

A Associação de Comunicação Educativa Roquette-Pinto (ACERP) visa à realização de atividades vinculadas à radiofusão, notadamente nas searas educativa, cultural, de pesquisa e de capacitação de entidades privadas e públicas, contribuindo para o planejamento e o desenvolvimento do Sistema Público Brasileiro de Comunicação.¹⁷⁸ Ao contrário das demais organizações sociais já mencionadas, o contrato de gestão vigente foi firmado com a Empresa Brasil de Comunicação S.A., Empresa Pública Federal vinculada à Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República, criada pelo Decreto nº 6.246, de 24 de outubro de 2007, com autorização de constituição prevista na Lei nº 11.652, de 07 de abril de 2008.¹⁷⁹

¹⁷⁷ “Art. 4º – O objetivo geral do CNPEM é promover e contribuir para o desenvolvimento científico e tecnológico do Brasil por meio de seus Laboratórios Nacionais e de outras unidades a ele associadas, que atuarão na pesquisa e no desenvolvimento científico e tecnológico, sendo também responsáveis pela operação de equipamentos acessíveis a pesquisadores originários de outras instituições e empresas públicas ou privadas, tendo por objetivos específicos: I. projetar, construir ou fazer construir, operar, manter e expandir, conforme as necessidades da pesquisa e de suas outras atividades, os prédios e as instalações de pesquisa e de serviços de sua Administração, dos seus Laboratórios Nacionais e de outras unidades que venham a ser criadas ou colocadas sob sua responsabilidade; II. realizar pesquisas científicas e de desenvolvimento tecnológico; III. contribuir para o treinamento científico e tecnológico de recursos humanos; IV. contribuir para o desenvolvimento e o aprimoramento da pesquisa, desenvolvimento e inovação brasileiros, colocando pesquisadores e técnicos devidamente treinados e qualificados para a realização de trabalhos científicos ou aplicações tecnológicas, assim como as instalações dos seus Laboratórios Nacionais e de outras unidades que venham a ser criadas ou colocadas sob sua responsabilidade, à disposição de empresas, e de instituições de ensino, pesquisa e desenvolvimento; V. contribuir para as atividades de inovação dos setores produtivos colocando à sua disposição seu corpo de pesquisadores e técnicos e as instalações dos seus Laboratórios Nacionais e de outras unidades que venham a ser criadas ou colocadas sob sua responsabilidade, buscando empresas brasileiras qualificadas para participar da construção, operação e manutenção de seus equipamentos; VI. incubar e implantar, por sua iniciativa ou em associação com outras organizações ou empresas, novos laboratórios, unidades de pesquisa, ou empresas de alto conteúdo tecnológico; VII. desenvolver, gerar e licenciar tecnologias, exportar e importar materiais, componentes, equipamentos e serviços de alta tecnologia, isoladamente ou em associação com centros de pesquisa e empresas nacionais e estrangeiras” (CNPEM, 2013).

¹⁷⁸ Conforme art. 3º do estatuto da entidade: “Art. 3º [...] §1º – Para cumprir sua missão, a Associação poderá promover as seguintes atividades: I. Prestar serviços de produção, captação de sons e imagens, de conteúdos para TV, Rádio, *WEB* e outras mídias de caráter educativo, informativo e cultural, em âmbitos nacional e internacional, para entidades públicas e privadas. II. Criar parcerias estratégicas com órgãos e entidades públicos e privados, nacionais e internacionais para o desenvolvimento de sua missão institucional. III. Colaborar para a melhoria, modernização e democratização da gestão administrativa e financeira do Sistema Público Brasileiro de Comunicação. IV. Promover a formação, a especialização e o aperfeiçoamento profissional na área de Comunicação Pública, desenvolvendo atividades de ensino em: a) Ensino Médio; b) Educação Superior: Graduação, Pós-Graduação, MBA; c) Aperfeiçoamento; d) Educação Profissional (Qualificação e Requalificação); e) Cursos Técnicos e Tecnológicos; f) Educação de Jovens e Adultos; g) Educação a Distância. V. Zelar pela constante atualização de seus parques técnicos, garantindo a qualidade da produção de conteúdos. VI. Desenvolver projetos para restauração e manutenção do seu acervo audiovisual, possibilitando a sua disponibilização, onerosa ou não, para o público interessado. VII. Auxiliar a operação de serviços de radiofusão sonora e de sons e imagens, bem como canais de televisão, em rede aberta ou fechada, transmitindo e exibindo programas próprios ou de terceiros, observadas a legislação de comunicação brasileira. VIII. Realizar estudos de viabilidade, projetos, pesquisa e desenvolvimento científico e tecnológico para instituições do setor público ou privado” (ACERP, 2013).

¹⁷⁹ ACERP, 2013.

Por fim, destacam-se as duas entidades recentemente qualificadas como organização social. Conforme Decreto nº 8.078, de 19 de agosto de 2013 publicado no Diário Oficial da União aos 20 de agosto de 2013, foi qualificado como organização social o Centro Brasileiro de Pesquisa em Avaliação e Seleção e de Promoção de Eventos (Cebraspe), associação civil com sede em Brasília. Em razão da ausência, até a presente data, de informações acerca da entidade, pode-se apenas afirmar, com base no referido Decreto, que essa organização “tem como objetivo realizar atividades de gestão de programas, projetos, apoio técnico e logístico para subsidiar sistemas de avaliação educacional”.¹⁸⁰ O contrato de gestão será firmado com o Ministério da Educação.

Já a Associação Brasileira de Pesquisa e Inovação Industrial (EMBRAPII) foi qualificada como organização social por meio de Decreto sem número, no dia dois de setembro de 2013. Trata-se de associação civil, com sede em Brasília, com a “finalidade de promover e incentivar a realização de projetos empresariais de pesquisa, desenvolvimento e inovação voltados para setores industriais por meio de cooperação com instituições de pesquisa tecnológica.”¹⁸¹ Conforme consta no art. 1º do referido Decreto, o contrato de gestão será firmado com o Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação, na qualidade de órgão supervisor, e com o Ministério da Educação. Vale ressaltar a importância dessa entidade cuja verba pública destinada pode chegar a R\$ 1.000.000,00 (um bilhão) de reais nos anos de 2013 e 2014.¹⁸²

¹⁸⁰ BRASIL, 2013a. Vale ressaltar que o site oficial da entidade ainda está “em construção”, cf: <http://www.cebraspe.com.br/>

¹⁸¹ BRASIL, 2013b

¹⁸² GROSSMANN, 2013. Trata-se apenas de uma possibilidade, pois não há dados oficiais a respeito. Cumpre destacar ainda o Instituto Nacional de Pesquisas Oceanográficas e Hidroviárias que, conforme se noticia, será qualificado como organização social, (Cf: BRASIL, 2013d). Como ainda não há informações oficiais – não há site oficial da entidade, tampouco há Decreto qualificando-a como OS nos termos da Lei nº 9.637/98 – vale, ainda assim, reportar informações constantes em cerimônia ocorrida aos 24 de maio de 2013 na sede da Academia Brasileira de Ciências: “Entre os seus principais objetivos estão a promoção do desenvolvimento científico e tecnológico nas áreas de oceanografia física, química, biológica e geológica; interação oceano-atmosfera; pesca e aquicultura marinha; hidráulica fluvial e portuária; estudos portuários; engenharia costeira e submarina; instrumentação submarina; biodiversidade marinha e costeira; energia dos oceanos. O modelo de organização social traz mais flexibilidade para gerir os recursos que, em parte viriam dos ministérios interessados no instituto – Ministério de Ciência, Tecnologia e Inovação, Ministério de Pesca e Aquicultura e Ministério da Defesa – com um contrato de gestão que permita o uso dos recursos de uma maneira mais efetiva e dinâmica. Além disso, segundo Drude, o INPOH não tem a intenção de criar um corpo fixo de pesquisadores, como os institutos nacionais de outras áreas. O novo instituto será estruturado por conselhos – administrativo, científico e fiscal; duas coordenações – administrativa e financeira e de logística de navios; e terá um diretor geral. Serão quatro centros de pesquisas: Centro de Oceanografia do Atlântico Sul, localizado na região sul do país; Centro de Oceanografia do Atlântico Tropical, localizado na região Nordeste; Centro de Portos e Hidrovias, localizado na região Sudeste, e o Centro de Pesquisa Marinha em Pesca e Aquicultura, em local indefinido até o momento. O Conselho de Administração terá quatro membros natos do poder público, escolhidos entre o Ministério de Ciência, Tecnologia e Inovação (MCTI), Ministério da Defesa (MD), Ministério de Pesca e Aquicultura (MPA) e a Secretaria de Portos (SEP). Integrarão o Conselho ainda três membros natos da sociedade civil, escolhidos entre a Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência (SBPC), o Instituto Brasileiro de Petróleo, Gás e Biocombustíveis (IBP) e o Conselho Nacional de Pesca e Aquicultura (Conepe). E contará, ainda, com cinco membros eleitos: três entre a sociedade civil e parceiros, um entre o Conselho Científico e um entre os associados” (BONELA, 2013). Embora não existam

Destacada a atuação das entidades qualificadas como organização social, faz-se necessário salientar que é possível a atuação nas demais áreas enumeradas no art. 1º da Lei nº 9.637/98, pois todas são livres à iniciativa privada. Para que se possa compreender essa afirmação, faz-se necessário tratar de forma individualizada cada uma das atividades dispostas no art. 1º da Lei nº 9.637/98. Antes, far-se-á uma abordagem sucinta da natureza privada das atividades enumeradas nesse dispositivo.

3.5.1 *Da natureza privada das atividades*

Antes de abordar de forma individualizada as atividades dispostas no art. 1º, da Lei nº 9.637/98, vale ressaltar que todas essas atividades são livres à iniciativa privada e, portanto, são atividades econômicas em sentido estrito, quando prestadas pelos particulares, mas serão consideradas serviço público quando prestadas pelo Estado.¹⁸³ Ou seja, as mesmas atividades sofrerão incidência de regime jurídico distinto quando prestadas por diferentes pessoas jurídicas.

Como as atividades descritas no art. 1º da Lei nº 9.637/98 podem ser prestadas pela iniciativa privada sem necessidade de delegação pelo Poder Público, é possível que seja fomentadas. Mesmo que a prestação de determinadas atividades seja de caráter obrigatório – a título de serviço público – o Estado não é impedido de fomentá-las quando prestadas por particulares. Há, até mesmo, atividades cujo fomento estatal é obrigatório.

dados oficiais, supõe-se pelas notícias destacadas que o contrato de gestão também seja celebrado com o Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação.

¹⁸³ “Como tenho observado, inexistente, em um primeiro momento, oposição entre atividade econômica e serviço público; pelo contrário, na segunda expressão está subsumida a primeira. A prestação de serviço público está voltada à satisfação de necessidades, o que envolve a utilização de bens e serviços, recursos escassos. Daí poderemos afirmar que o *serviço público* é um tipo de *atividade econômica*. *Serviço público* – dir-se-á mais – é o tipo de *atividade econômica* cujo desenvolvimento compete *preferencialmente* ao setor público. Não *exclusivamente*, note-se, visto que o setor privado presta serviço público em regime de concessão ou permissão. Desde aí poderemos também afirmar que o *serviço público* está para o setor público assim como a *atividade econômica* está para o setor privado. Salientei, no próprio texto, o fato de, no trecho aqui transcrito, utilizar-me da expressão *atividade econômica* em distintos sentidos. Ao afirmar que *serviço público* é tipo de *atividade econômica*, a ela atribuí a significação de gênero no qual se inclui a *espécie*, *serviço público*. Ao afirmar que o *serviço público* está para o setor público assim como a *atividade econômica* está para o setor privado, a ela atribuí a significação de *espécie*. Daí a verificação de que o *gênero* – *atividade econômica* – compreende duas *espécies*: o *serviço público* e a *atividade econômica*. Estamos em condições, assim, de superar a ambiguidade que assume, no seio da linguagem jurídica e no bojo do texto constitucional, esta última expressão. Para que, no entanto, se a supere, impõe-se qualificarmos a expressão, de modo que desde logo possamos identificar de uma banda as hipóteses nas quais ela conota *gênero*, de outra as hipóteses, nas quais ela conota *espécie* do gênero. A seguinte convenção, então, proponho: *atividade econômica em sentido amplo* conota gênero; *atividade econômica em sentido estrito*, a espécie” (GRAU, 2007, p. 103).

Para que essas afirmativas sejam aclaradas, será abordado o tratamento constitucional conferido às atividades tratadas no art. 1º da Lei nº 9.637/98, bem como o posicionamento contido na ADI nº 1923-DF. Posteriormente, impende responder qual o limite existente na prestação direta das atividades pelo Estado, por meio de serviços públicos, e no fomento às entidades prestadoras dessas atividades.

3.5.1.1 Saúde

A definição de saúde mais difundida é o conceito elaborado pela Organização Mundial de Saúde (OMS) disposto no preâmbulo da constituição da entidade: “a saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade.”¹⁸⁴

Na Constituição da República, o direito à saúde foi tratado na seção II, do capítulo II (Da Seguridade Social), inserido no Capítulo VIII (Da Ordem Social). A matéria inicia-se no art. 196 da Constituição, que trata a saúde como direito de todos e dever do Estado:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.¹⁸⁵

Mesmo que a efetivação do direito à saúde seja dever do Estado, o legislador dispôs no art. 197 da Constituição que a execução das ações e serviços de saúde poderá ser feita por pessoa física ou jurídica de Direito Privado.¹⁸⁶ A redação do art. 199 não deixa dúvidas acerca da livre iniciativa conferida aos particulares na assistência à saúde: “**a assistência à saúde é**

¹⁸⁴ OMS, 2013. O presente estudo entende tratar-se de uma definição bastante ampla e de difícil consecução pelos indivíduos. É bastante incomum livrar os seres humanos das variações que alteram o perfeito bem-estar, especialmente o social e o mental. Ademais, por essa definição, pode-se afirmar que a maioria das pessoas não é saudável. Mas, para os objetivos do presente estudo, a definição sobre saúde elaborada pela OMS é aceitável.

¹⁸⁵ BRASIL, 1988.

¹⁸⁶ “Art. 197 – São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, **devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado**” (BRASIL, 1988, destaque nosso). Importante observar que o art. 2º, §2º, da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, ressalta o dever de toda sociedade garantir o direito à saúde: “Art. 2º – A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. §1º – O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. §2º **O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade**” (BRASIL, 1990, destaque nosso)

livre à iniciativa privada.¹⁸⁷ Foi conferida preferência às entidades filantrópicas e às entidades sem fins lucrativos que pretenderem participar de forma complementar do Sistema Único de Saúde (SUS), mediante contrato de direito público ou convênio.¹⁸⁸

Não há dúvidas, portanto, sobre a possibilidade de entidades privadas prestarem atividades de assistência à saúde, independentemente de outorga do Estado. Logo, pode-se sustentar que as entidades privadas qualificadas como organização social são livres para prestar serviços relativos à saúde.

Ocorre que os impetrantes da ADI nº 1923 alegaram que “a possibilidade contemplada no artigo 1º contraria diretamente o sentido do sistema constitucional, assegurado da prestação de serviços na área da saúde pelo Estado, em especial os artigos 196, 197 e 199, §1º da CF.”¹⁸⁹

Segundo os autores da ação, compete ao Poder Público organizar a seguridade social, nos termos do art. 194 da CR/88, e, conseqüentemente, os serviços de saúde. À iniciativa privada foi conferida a possibilidade de participação complementar no SUS – mediante contrato de direito público ou convênio – tendo preferência as entidades filantrópicas e sem fins lucrativos, conforme art. 199 da CR/88. A natureza e o significado dessa complementaridade estão dispostos no art. 24 da Lei nº 8.880/94.¹⁹⁰ Por meio desse dispositivo legal, a participação de entidades privadas, com ou sem fins lucrativos, só é possível na hipótese em que se comprovar a insuficiência das disponibilidades do Poder Público em determinada área. Logo, tanto o art. 1º quanto o art. 18 da Lei nº 9.637/98 ultrapassariam o limite da complementaridade.¹⁹¹

¹⁸⁷ (BRASIL, 1988) Também o art. 21 da Lei nº 8.080/90 reiterou que a assistência à saúde é livre à iniciativa privada, (Cf: BRASIL, 1990).

¹⁸⁸ “Art. 199 – [...] §1º – As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos. §2º – É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos” (BRASIL, 1988).

¹⁸⁹ BRASIL, 2007a.

¹⁹⁰ “Art. 24. Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada. Parágrafo único. A participação complementar dos serviços privados será formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público” (BRASIL, 1990).

¹⁹¹ “Art. 18 – A organização social que absorver atividades de entidade federal extinta no âmbito da área de saúde deverá considerar no contrato de gestão, quanto ao atendimento da comunidade, os princípios do Sistema Único de Saúde, expressos no art. 198 da Constituição Federal e no art. 7º da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990” (BRASIL, 1998). Vale citar os princípios do Sistema Único de Saúde (SUS), dispostos no art. 198 da CR/88 e no art. 7º da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990: “Art. 198 – As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I – descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II – atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III – participação da comunidade. §1º – O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. §2º A

Ainda segundo os autores da ADI nº 1923/DF, as organizações sociais não complementariam a atuação do Estado na área da saúde, pois as OS que absorvessem os serviços de entidades públicas federais extintas atuantes na área da saúde, nos termos do art. 18 da Lei nº 9.637/98, continuariam a exercer atividade, que é obrigação do Estado. Ademais sustentaram que:

[...] a lógica do modelo de gestão adotado pelas organizações sociais pode até mesmo impor prejuízo ao usuário, dada a perda do caráter público da instituição prestadora do serviço. A pura e simples substituição de um hospital público por uma organização social encarregada de administrá-lo implica meramente em terceirização da gestão desse serviço, em flagrante contrariedade aos princípios constitucionais e legais que regem a prestação de serviços de saúde.¹⁹²

União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: I – no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no §3º; II – no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; III – no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e §3º. §3º Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá: I – os percentuais de que trata o §2º; II – os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais; III – as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal; IV – as normas de cálculo do montante a ser aplicado pela União. §4º – Os gestores locais do sistema único de saúde poderão admitir agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias por meio de processo seletivo público, de acordo com a natureza e complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para sua atuação. §5º – Lei federal disporá sobre o regime jurídico, o piso salarial profissional nacional, as diretrizes para os Planos de Carreira e a regulamentação das atividades de agente comunitário de saúde e agente de combate às endemias, competindo à União, nos termos da lei, prestar assistência financeira complementar aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, para o cumprimento do referido piso salarial. §6º – Além das hipóteses previstas no §1º do art. 41 e no §4º do art. 169 da Constituição Federal, o servidor que exerça funções equivalentes às de agente comunitário de saúde ou de agente de combate às endemias poderá perder o cargo em caso de descumprimento dos requisitos específicos, fixados em lei, para o seu exercício” (BRASIL, 1988) – “Art. 7º – As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios: I – universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência; II – integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema; III – preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral; IV – igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie; V – direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde; VI – divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário; VII – utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática; VIII – participação da comunidade; IX – descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo: a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios; b) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde; X – integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico; XI – conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população; XII – capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência; e XIII – organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos” (BRASIL, 1990).

¹⁹² BRASIL, 2007a. Os autores da ação citaram Maria Sylvia Zanella Di Pietro, para quem a possibilidade de outorga do serviço de saúde aos particulares é impossibilitada pelo fato de a saúde ser prestada gratuitamente, impedindo, assim, que o usuário do serviço pague, mediante tarifa, ao concessionário ou permissionário do serviço. A possibilidade aventada no art. 199, §1º, trata da terceirização, por meio de contratos de prestação de serviços do SUS, regulamentada pela Lei nº 8.666/93, especialmente pelo art. 6º, II, dessa norma que define ‘serviço’. Ou seja, a atuação complementar de entidades particulares na área da saúde refere-se à prestação de atividades meio – como

Argumentaram que o Estado não poderia extinguir entidades públicas prestadoras de serviço público a fim de transferir o serviço, prestado pela entidade pública extinta, a uma entidade privada qualificada como OS. Essa manobra do Poder Público confrontaria a Constituição, pois o Estado atuaria de forma complementar, deixando à iniciativa privada a responsabilidade principal pela execução dos serviços relativos à saúde. Ou seja, haveria uma inversão de atribuições entre o Estado e as entidades privadas prestadoras de serviços ligados à saúde. Agindo desse modo, o Estado descumpriria um preceito constitucional por meio de uma fuga indevida ao direito privado, haja vista não se aplicar às OS as normas de direito público como: a contratação precedida de licitação, a realização de concurso público para lotação de cargos e empregos públicos.¹⁹³

Por fim, sustentaram os impetrantes da ação direta de inconstitucionalidade que o contrato de gestão não possui natureza de convênio, tampouco de contrato de direito público, que são as figuras jurídicas utilizadas para estabelecer os termos em que uma entidade privada seria integrada ao SUS.¹⁹⁴

3.5.1.2 Ensino

Segundo bem anotou Sílvio Luís Ferreira da Rocha: “a palavra ‘ensino’ compreende a transmissão de conhecimentos, de informações ou esclarecimentos úteis ou indispensáveis à educação.”¹⁹⁵ Já a educação é o processo que utiliza o ensino para contribuir, nos termos do art. 205 da CR/88, ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.¹⁹⁶ Ainda segundo o art. 205 da Constituição, a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, devendo ser promovida e incentivada com a colaboração da sociedade.¹⁹⁷

limpeza, vigilância, contabilidade, ou serviços técnicos especializados, como a realização de exames de sangue – e não da assunção de toda atividade prestada por um hospital público ou por um centro de saúde. A atividade privada, com seus próprios recursos humanos e materiais, poderá complementar a atividade de saúde e não assumir a atividade já prestada pelo Estado.

¹⁹³ Na petição inicial, há ainda manifestações de membros ligados à área da saúde que manifestaram-se contrários ao projeto das organizações sociais tratado na lei nº 9.637/98.

¹⁹⁴ A natureza do contrato de gestão será abordada em item próprio do presente trabalho.

¹⁹⁵ ROCHA, 2006, p. 113.

¹⁹⁶ ROCHA, *op. cit.* p. 113. Essa ideia encontra-se também no art. 2º da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996: “Art. 2º. A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” (BRASIL, 1996).

¹⁹⁷ BRASIL, 1988.

O ensino é considerado um serviço essencial, competindo a todos os entes da federação ofertá-lo, sendo que a organização das atividades relacionadas ao ensino ocorrerá em regime de colaboração, cabendo a cada ente atuar prioritariamente em partes distintas do processo.¹⁹⁸

O art. 4º da Lei nº 9.394/96 traz as garantias que o Estado deve, em cumprimento ao dever constitucional que lhe foi incumbido, cumprir em relação à educação escolar pública.¹⁹⁹ Dentre essas garantias, destaca-se o acesso à educação básica obrigatória e gratuita dos quatro aos dezessete anos de idade, cujo art. 5º do mesmo diploma legal trata como direito público subjetivo, “podendo qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída e, ainda, o Ministério Público, acionar o poder público para exigí-lo.”²⁰⁰

Ao presente estudo importa destacar que o direito à educação deve ser efetivado mediante colaboração da sociedade civil. Destaca-se também que o ensino é livre à iniciativa privada, podendo, portanto, ser exercido sem que seja necessária a delegação do Estado – embora seu exercício esteja condicionado ao cumprimento das normas gerais da educação nacional, bem como a autorização e a avaliação de qualidade pelo Poder Público, conforme art. 209 da Constituição.²⁰¹

¹⁹⁸ “Art. 211. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino. §1º – A União organizará o sistema federal de ensino e o dos Territórios, financiará as instituições de ensino públicas federais e exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios; §2º – Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil. §3º – Os Estados e o Distrito Federal atuarão prioritariamente no ensino fundamental e médio. §4º – Na organização de seus sistemas de ensino, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios definirão formas de colaboração, de modo a assegurar a universalização do ensino obrigatório. §5º – A educação básica pública atenderá prioritariamente ao ensino regular” (BRASIL, 1988).

¹⁹⁹ “Art. 4º. O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de: I – educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, organizada da seguinte forma: a) pré-escola; b) ensino fundamental; c) ensino médio; II – educação infantil gratuita às crianças de até 5 (cinco) anos de idade; III – atendimento educacional especializado gratuito aos educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação, transversal a todos os níveis, etapas e modalidades, preferencialmente na rede regular de ensino; IV – acesso público e gratuito aos ensinos fundamental e médio para todos os que não os concluíram na idade própria; V – acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um; VI – oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando; VII – oferta de educação escolar regular para jovens e adultos, com características e modalidades adequadas às suas necessidades e disponibilidades, garantindo-se aos que forem trabalhadores as condições de acesso e permanência na escola; VIII – atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde; IX – padrões mínimos de qualidade de ensino, definidos como a variedade e quantidade mínimas, por aluno, de insumos indispensáveis ao desenvolvimento do processo de ensino-aprendizagem. X – vaga na escola pública de educação infantil ou de ensino fundamental mais próxima de sua residência a toda criança a partir do dia em que completar 4 (quatro) anos de idade” (BRASIL, 1996)

²⁰⁰ BRASIL, 1996.

²⁰¹ “Art. 209 – O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições: I – cumprimento das normas gerais da educação nacional; II – autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público” (BRASIL, 1988). O

A participação da sociedade civil na garantia do direito ao ensino, por meio de entidades privadas, é parte de um de seus princípios norteadores, tratado no art. 206, III, da Constituição, que destaca a necessária coexistência de instituições públicas e privadas de ensino.²⁰² Claro a todas as luzes, portanto, que a iniciativa privada pode exercer atividades ligadas ao ensino.

A par com os mencionados dispositivos constitucionais, os autores da ADI nº 1923-DF sustentam que o art. 1º da Lei nº 9.637/98 pretendeu implementar uma forma gerencial privada da “educação pública”. Sendo dever do Estado a prestação de serviços na área da educação, haveria violação aos artigos 205, 206, 208 e 209 da Constituição Federal.

Argumentaram que o dever do Estado em assegurar ao indivíduo o acesso à educação, conforme art. 205 da CR/88, cria para o cidadão o direito de exigir que o Estado, por meio de seus agentes públicos, preste o serviço. Nos termos do art. 208, CR/88, o constituinte tipificou a educação como serviço público, quando prestado pelo Estado. Como o art. 209 possibilitou à livre iniciativa a execução das atividades de ensino, há de se entender que quando as atividades de ensino forem prestadas pelos particulares, trata-se de serviço privado com incidência de normas privadas. Não há obrigatoriedade de prestação desse serviço pelos particulares e, quando o fazem, atuam de forma complementar e paralela, em regime de colaboração.²⁰³ A partir dessa explicação sustentaram que:

art. 7º da Lei nº 9.394/96 também traz as condições para a prestação do ensino pela iniciativa privada. Esse dispositivo acrescentou a capacidade de autofinanciamento, ressalvado o previsto no art. 213 da CR/88: “Art. 7º – O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições: I – cumprimento das normas gerais da educação nacional e do respectivo sistema de ensino; II – autorização de funcionamento e avaliação de qualidade pelo Poder Público; III – capacidade de autofinanciamento, ressalvado o previsto no art. 213 da Constituição Federal” (BRASIL, 1996). Importante destacar que José Afonso da Silva sustenta que o ensino livre à iniciativa privada é condicionado e meramente secundário, cf.: SILVA, José, 2012, p. 841.

²⁰² “Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I – igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; II – liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; III – pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e **coexistência de instituições públicas e privadas de ensino**; IV – gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais; V – valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas; VI – gestão democrática do ensino público, na forma da lei; VII – garantia de padrão de qualidade; VIII – piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal. Parágrafo único. A lei disporá sobre as categorias de trabalhadores considerados profissionais da educação básica e sobre a fixação de prazo para a elaboração ou adequação de seus planos de carreira, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios” (BRASIL, 1988, destaque nosso).

²⁰³ Obedecendo a esse raciocínio, sustentaram que a qualificação de uma entidade privada como organização social, cuja administração se dará por uma pessoa jurídica de direito privado, permitirá a “quebra e a relativização do regime de Direito Público ao qual deveria [o Estado] submeter-se integralmente. Diante dessa situação, saliente-se, duas possibilidades hermenêuticas seriam imagináveis: a) A lei impugnada cria dois sistemas de educação distintos: (i) um, gerido pelas organizações sociais a serem ‘qualificadas’, sob o regime de direito privado e, paralelamente, um segundo, (ii) submetido ao direito público; b) A lei impugnada cria um sistema de educação público misto: o sistema é o mesmo – o do ensino público e gratuito –, relativizado pela gestão de índole privada. Aqui, a prestação do serviço estaria submetida, em alguns aspectos definidos na lei, ao regime de Direito Privado, e em outros, ao regime de Direito Público. Desde já deve-se descartar a primeira hipótese hermenêutica em vista

Em nenhum momento o texto constitucional afirma que a educação poderá ser prestada pelo Poder Público, sob regime de direito privado (total ou parcialmente), sendo que, qualquer interpretação neste sentido representará verdadeira fraude à Constituição, substanciando forma de burlar o regime jurídico ao qual deve submeter-se o Estado e a Administração pública por imposição da vontade do Constituinte. Admitir a viabilidade da Lei impugnada, portanto, seria admitir a desnaturação do conceito de serviço público, o que seria, data vênua, impensável.²⁰⁴

Os autores da ADI nº 1923-DF sustentaram que a atuação das OS na área de ensino representa fraude à Constituição, pois as organizações sociais seriam um meio de o Estado – sob a incidência de normas de ordem privada, especialmente quanto à gestão da instituição de ensino – satisfazer um serviço público de prestação obrigatória cujo regime jurídico incidente é, necessariamente, de ordem pública. Trata-se de raciocínio bastante semelhante ao adotado para sustentar a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.637/98 referente à atuação das organizações sociais na área da saúde.

Concluíram a exposição tratando do auxílio estatal fornecido às entidades privadas. Embora os autores da ADI reconheçam que a iniciativa privada possa prestar os serviços de ensino sob o auxílio do Estado, por meio de recursos públicos, nos termos do art. 213 da Constituição, há de se reconhecer o caráter subsidiário desse auxílio, ou seja, ocorrerá em caráter de exceção, desde que satisfeitos os requisitos dos incisos I e II do art. 213.²⁰⁵

Sustentam ainda que as organizações sociais não podem ser consideradas escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, razão pela qual “vislumbra-se, evidentemente, a inconstitucionalidade da gestão de recursos públicos destinados à educação oferecida por elas, ao par de sua natureza jurídica privada, que não preenche qualquer dos requisitos para a

de dois aspectos. O primeiro, pelo que já foi adiantado, em face de que, uma vez prestada pelo Poder Público, a educação não poderá submeter-se ao regime de Direito Privado e sim, necessariamente, ao regime jurídico administrativo, de Direito Público. A fuga desse regime jurídico importará em retirada do Estado nesse setor, deixando sua prestação exclusivamente ao campo da iniciativa privada. O segundo, que reforça o aspecto anterior, diz respeito ao fato de que a Administração pública estaria deixando de exercer um dever fundamental de exercício obrigatório, alijando de efeitos o art. 205, da Constituição Federal, e ampliando, na esfera federal, o sentido do disposto no seu art. 209, e em contradição direta com o artigo 213, que assegura destinação exclusiva dos recursos públicos às escolas públicas, *ressalvadas as escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas*, hipóteses em que não se incluem as *organizações sociais*. Com razão, o dispositivo que enuncia ser a educação um ‘dever do Estado’ não substancia norma de natureza programática, uma vez que cria, desde já, imediatamente, um serviço público, impondo ao Estado a sua prestação. Trata-se, neste sentido, de norma constitucional estabelecadora de competência e, por isso, produz eficácia plena, imediata e direta, o que é confirmado pelas demais disposições da Constituição Federal” (BRASIL, 2007a).

²⁰⁴ BRASIL, 2007a.

²⁰⁵ “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.” (BRASIL, 1988)

incidência da exceção definida no art. 213, da Constituição Federal.”²⁰⁶ Quanto a esse argumento, entende-se que as entidades privadas, sem finalidade lucrativa, qualificadas como organizações sociais, serão classificadas como instituições privadas de ensino, nos termos do art. 19, II, da Lei nº 9.394/96.²⁰⁷ Conforme disposto no art. 20 desta Lei, as entidades qualificadas como OS podem tanto ser classificadas como entidades privadas particulares quanto podem ser classificadas como entidades privadas comunitárias, dependendo da sua organização.²⁰⁸

Quanto aos demais argumentos utilizados na ADI 1923-DF, percebe-se mais uma vez a necessidade de delimitar o fomento prestado pelo Estado em matérias nas quais a Constituição exige uma participação mediante a prestação direta de serviços públicos, tema esse a ser abordado em item separado no presente trabalho.

3.5.1.3 A pesquisa científica e o desenvolvimento tecnológico

O art. 218 da Constituição dispõe que o Estado promoverá e também incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas.²⁰⁹ São, portanto,

²⁰⁶ BRASIL, 2007a.

²⁰⁷ “Art. 19. As instituições de ensino dos diferentes níveis classificam-se nas seguintes categorias administrativas: I – públicas, assim entendidas as criadas ou incorporadas, mantidas e administradas pelo Poder Público; II – **privadas, assim entendidas as mantidas e administradas por pessoas físicas ou jurídicas de direito privado**” (BRASIL, 1996, destaque nosso).

²⁰⁸ “Art. 20. As instituições privadas de ensino se enquadrarão nas seguintes categorias: I – particulares em sentido estrito, assim entendidas as que são instituídas e mantidas por uma ou mais pessoas físicas ou jurídicas de direito privado que não apresentem as características dos incisos abaixo; II – comunitárias, assim entendidas as que são instituídas por grupos de pessoas físicas ou por uma ou mais pessoas jurídicas, inclusive cooperativas educacionais, sem fins lucrativos, que incluam na sua entidade mantenedora representantes da comunidade; III – confessionais, assim entendidas as que são instituídas por grupos de pessoas físicas ou por uma ou mais pessoas jurídicas que atendem a orientação confessional e ideologia específicas e ao disposto no inciso anterior; IV – filantrópicas, na forma da lei” (BRASIL, 1996). Nenhuma organização social será considerada entidade privada confessional, pois crê-se tratar de entidades vinculadas às entidades religiosas. Pelos mesmos motivos já expostos no item 3.4 – que impede a qualificação de uma entidade religiosa como OS – também será vedada a qualificação das entidades confessionais como OS. Quanto às entidades filantrópicas, não há norma que trate dessas entidades, razão pela qual não se sabe quais as diretrizes dessas entidades, não se podendo afirmar a possibilidade de serem qualificadas como OS. Entende-se que há certa confusão nessa qualificação. A título de exemplo, a Sociedade Mineira de Cultura – entidade mantenedora da PUC/MINAS – é tratada em seu sítio como instituição particular de Ensino Superior, criada em 26 de outubro de 1948 pela Arquidiocese de Belo Horizonte, bem como se intitula entidade filantrópica, confessional e católica. Ou seja, pela definição da entidade, entende-se que ela se enquadra nas três categorias de instituição de ensino tratadas no art. 20 da lei (PUCMINAS, 2013).

²⁰⁹ “Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas. §1º – A pesquisa científica básica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso das ciências. §2º – A pesquisa tecnológica voltar-se-á preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional. §3º – O Estado apoiará a formação de recursos humanos nas áreas de ciência, pesquisa e tecnologia, e concederá aos que delas se ocupem meios e condições especiais de trabalho. §4º – A lei apoiará e estimulará as empresas que invistam em pesquisa, criação de tecnologia adequada ao País, formação e aperfeiçoamento de seus recursos humanos e que pratiquem sistemas de remuneração que assegurem ao empregado, desvinculada do salário, participação nos

atividades de interesse público em que é dever do Estado incentivar a sua prestação.²¹⁰ É, até mesmo, facultado aos Estados membros e ao Distrito Federal “vincular parcela de sua receita orçamentária a entidades públicas de fomento ao ensino e à pesquisa científica e tecnológica”, conforme dispõe o §5º do art. 218.

Ao tratar do disposto no art. 218 da Constituição, os autores da ADI 1923-DF assim se manifestaram:

Quanto ao acesso à ciência, estabelece ainda o art. 218 como competência do Estado *promover e incentivar o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológica*. Essa competência atribui ao Estado o dever de investir, diretamente, por meio sempre de órgãos públicos, ou por meio de instituições **necessariamente públicas**, para que se promova o acesso à ciência e à tecnologia, bem assim o **autoriza** a fomentar, **através de entidades públicas**, como explicita o §5º do mesmo artigo, entidades privadas ou particulares com o mesmo objetivo. **Inadmissível**, portanto, que pela via da *transformação* em organização social, seja descaracterizada a *natureza pública* dessa competência, quando exercida através de instituições que administram diretamente **recursos públicos**.²¹¹

Ora, o disposto no art. 218, §5º da Constituição, trata apenas do fomento destinado às entidades públicas. Sendo as entidades qualificadas como organização social pessoas jurídicas de direito privado – embora após a qualificação como OS incida norma de direito público – não podem os Estados e o Distrito Federal vincular parcela de sua receita orçamentária às entidades qualificadas como OS. Essa faculdade restringe-se às entidades públicas, não incluindo as organizações sociais que executam atividades de pesquisa científica e/ou de desenvolvimento tecnológico executados por entidades públicas federais extintas.

3.5.1.4 Proteção e preservação do meio ambiente

Segundo o art. 225, *caput*, da Constituição, a defesa e a preservação do meio ambiente é dever do Estado e da sociedade civil.²¹² Novamente, o legislador não restringiu ao

ganhos econômicos resultantes da produtividade de seu trabalho. §5º – É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular parcela de sua receita orçamentária a entidades públicas de fomento ao ensino e à pesquisa científica e tecnológica” (BRASIL, 1988).

²¹⁰ Muito bem ressalva Sílvio Luís Ferreira da Rocha: “Tanto a pesquisa quanto o desenvolvimento tecnológico devem visar ao interesse social. Ambos não devem conflitar com os valores escolhidos e acolhidos pela Constituição Federal. Assim, uma pessoa jurídica que desenvolva estudo sobre fabricação de bombas atômicas não pode ser incentivada pelo Estado, porque a defesa da paz é um dos princípios que rege o Brasil nas suas relações internacionais (art. 4º, VI, da CF)” (ROCHA, 2006, p. 114).

²¹¹ BRASIL, 2007a.

²¹² “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. §1º – Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: I – preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e

Estado o exercício de uma das atividades dispostas no art. 1º da Lei nº 9.637/98. A proteção e a preservação do meio ambiente são exercidas por várias entidades particulares que podem optar por estabelecer alguma parceria com o Estado.²¹³

O Instituto de Desenvolvimento Sustentável Mamirauá é uma das entidades qualificadas como organização social cujas pesquisas auxiliam na proteção e na preservação da Amazônia. Fato este não aceito pelos autores da ADI 1923-DF, pois sustentam que o Poder Público não pode transferir as atribuições dispostas no art. 225 da Constituição às entidades qualificadas como organização social:

Da mesma forma, determina o artigo 225 como dever do Poder Público preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e promover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas, preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do país e definir espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, proteger a fauna e a flora, promover a educação ambiental e demais competências para assegurar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Impõe-se ao poder Público **defender e preservar o meio ambiente, assim como à coletividade**. Mas não pode, a pretexto de transferir para organizações

ecossistemas; II – preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; III – definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; IV – exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; V – controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; VI – promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente; VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. §2º – Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei. §3º – As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados. §4º – A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais. §5º – São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais. §6º – As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas” (BRASIL, 1988). O meio ambiente pode ser entendido nos termos do art. 3º, I, da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981 como: “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas” (BRASIL, 1981).

²¹³ Há inúmeras organizações privadas que tutelam o meio ambiente. Muitas, inclusive, com bastante êxito e com razoável reconhecimento popular, como o Greenpeace: “O Greenpeace é uma organização global cuja missão é proteger o meio ambiente, promover a paz e inspirar mudanças de atitudes que garantam um futuro mais verde e limpo para esta e para as futuras gerações. Atuamos sobre problemas ambientais que desafiam o mundo atual. Nossas campanhas envolvem: mudanças climáticas, proteção às florestas, oceanos, agricultura sustentável, poluição e energia nuclear. No Brasil, nossas principais frentes de trabalho são a proteção à Amazônia e a campanha de Clima e Energia. O Greenpeace está presente em 43 países de todos os continentes, contando com o apoio de quase 4 milhões de colaboradores em todo o mundo e cerca de 18 mil voluntários. A sede brasileira da organização encontra-se em São Paulo, com escritório também em Manaus e em Brasília. Possuímos atualmente 35 mil colaboradores e cerca de 300 voluntários espalhados por oito capitais brasileiras: Belo Horizonte, Brasília, Manaus, Porto Alegre, Recife, Rio, Salvador e São Paulo” (GREENPEACE, 2013).

sociais a execução de suas responsabilidades, eximir-se o Poder Público Federal de exercer competências suas concorrentes com os Estados e Municípios, na matéria.²¹⁴

As atribuições do Poder Público tratadas no art. 225, §1º, I a VII, da Constituição não impedem que entidades privadas atuem na preservação e proteção do meio ambiente. Tratando-se de uma área bastante em voga hodiernamente, crê-se que há um interesse da sociedade civil em promover ações voltadas à busca por um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Entidades com essa finalidade podem perfeitamente qualificar-se como organização social a fim de serem fomentadas pelo Estado.

O art. 225, *caput*, é expreso ao tratar do dever da comunidade em também preservar e defender o meio ambiente. Nada impede que o Estado e a sociedade atuem em parceria nesse dever imposto pelo legislador constituinte.

3.5.1.5 Cultura

Utilizando-se novamente os ensinamentos de Sílvio Luís Ferreira da Rocha, a cultura pode ser definida como: “o conjunto dos padrões de comportamento, dos valores, das crenças, das instituições, de uma sociedade, transmitidos coletivamente.”²¹⁵

Segundo dispõe o art. 215 da Constituição, ao Estado compete garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, bem como deverá apoiar e incentivar a valorização e a difusão das manifestações culturais.²¹⁶ A defesa, a valorização, a produção, a promoção e a difusão da cultura deverão ser realizadas e incentivadas pelo Estado.²¹⁷

O fomento à cultura é tão relevante que o art. 216, §6º, faculta aos Estados e ao Distrito Federal vincular a fundo estadual até cinco décimos por cento da receita tributária líquida para o financiamento de programas e projetos culturais.²¹⁸

²¹⁴ BRASIL, 2007a.

²¹⁵ ROCHA, 2006, p. 115. Completa o autor: “A cultura apresenta duas características: é temporária – isto é, sofre mudanças –, refere-se a pessoas pertencentes a um determinado povo ou ligadas a um certo território”.

²¹⁶ BRASIL, 1988.

²¹⁷ Vale destacar a Lei nº 8.313, de 23 de dezembro de 1991, que restabelece princípios da Lei nº 7.505, de 2 de julho de 1986, institui o Programa Nacional de Apoio à Cultura (Pronac) cuja finalidade é a captação e a canalização de recursos para a cultura.

²¹⁸ “Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: [...] §6º – É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular a fundo estadual de fomento à cultura até cinco décimos por cento de sua receita tributária líquida, para o financiamento de programas e projetos culturais, vedada a aplicação desses recursos no pagamento de: I – despesas com pessoal e encargos sociais; II – serviço da dívida; III – qualquer outra despesa corrente não vinculada diretamente aos investimentos ou ações apoiados” (BRASIL, 1988).

O apoio à cultura mediante a atuação colaborativa entre as diferentes esferas do Poder Público e a sociedade civil ensejou a instituição da Emenda Constitucional nº 71, de 29 de dezembro de 2012, que incluiu o art. 216-A na Constituição, que trata do Sistema Nacional de Cultura:

Art. 216-A. O Sistema Nacional de Cultura, organizado em regime de colaboração, de forma descentralizada e participativa, institui um processo de gestão e promoção conjunta de políticas públicas de cultura, democráticas e permanentes, pactuadas entre os entes da Federação e a sociedade, tendo por objetivo promover o desenvolvimento humano, social e econômico com pleno exercício dos direitos culturais.²¹⁹

Como há muitos valores culturais brasileiros que podem ser difundidos e defendidos, é possível que muitas entidades desenvolvam atividades culturais para as quais o auxílio do Estado poderá ser útil. Não há dúvidas, portanto, de que entidades da sociedade civil organizada podem realizar atividades de apoio à cultura, podendo, dessa forma, pleitear a qualificação de OS, nos termos da Lei nº 9.637/98.²²⁰

3.5.2 *Da constitucionalidade do fomento público destinado às atividades dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde*

O principal argumento trazido na ADI nº 1.923/DF acerca das atividades desempenhadas pelas organizações sociais refere-se à impossibilidade de o Estado deixar de prestar diretamente essas atividades – a título de serviço público – a fim de fomentar as entidades qualificadas como OS.

²¹⁹ BRASIL, 1988. O art. 216-A, §1º, III, IV, V, VI, X, XI são princípios que regem o Sistema Nacional de Cultura e destacam a ação estatal em parceria com a sociedade civil: “Art. 216 [...] §1º O Sistema Nacional de Cultura fundamenta-se na política nacional de cultura e nas suas diretrizes, estabelecidas no Plano Nacional de Cultura, e rege-se pelos seguintes princípios: I – diversidade das expressões culturais; II – universalização do acesso aos bens e serviços culturais; III – fomento à produção, difusão e circulação de conhecimento e bens culturais; IV – cooperação entre os entes federados, os agentes públicos e privados atuantes na área cultural; V – integração e interação na execução das políticas, programas, projetos e ações desenvolvidas; VI – complementaridade nos papéis dos agentes culturais; VII – transversalidade das políticas culturais; VIII – autonomia dos entes federados e das instituições da sociedade civil; IX – transparência e compartilhamento das informações; X – democratização dos processos decisórios com participação e controle social; XI – descentralização articulada e pactuada da gestão, dos recursos e das ações; XII – ampliação progressiva dos recursos contidos nos orçamentos públicos para a cultura” (BRASIL, 1988).

²²⁰ “A qualidade de Organização Social pode ser reconhecida à pessoa jurídica encarregada de difundir ou defender valores culturais que possam ser qualificados de brasileiros ou que tenham participado do processo de integração nacional, como as culturas indígenas, afro-brasileiras e européias, ou, ainda a entidade que difunda valores relevantes ou que venham a adquirir relevância nesse processo contínuo de formação de identidade de nosso povo” (ROCHA, 2006, p. 116).

Em relação às atividades previstas no art. 1º da Lei nº 9.637/98, depreende-se da leitura dos artigos constitucionais que tratam dessas atividades, que o Estado deve ou apenas pode fomentá-las. O desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas são atividades que o Estado é obrigado a fomentar, nos termos do art. 218 da CR/88, do mesmo modo que é dever estatal o apoio e o incentivo à valorização e à difusão das manifestações culturais, conforme art. 215 da CR/88. O ensino tanto deve ser prestado diretamente, a título de serviço público, quanto deve ser fomentado, conforme art. 205 da CR/88.

Já os serviços ligados à saúde, o Constituinte não impôs o dever de fomentá-los quando prestados por particulares, fato que não nega a possibilidade de fazê-lo. Também a defesa e a preservação do meio ambiente não foram tratadas como um direito cujas atividades voltadas à sua concretização devam ser obrigatoriamente fomentadas. Porém, o Constituinte impôs tanto à sociedade civil quanto ao Estado o dever de defender e preservar o meio ambiente, conforme art. 225 da CR/88. A sociedade civil e o Estado podem executar esse dever em parceria, por meio de fomento estatal. Não há nenhum óbice a esse fomento.

O que se deve deixar claro é que esses artigos constitucionais exigem a concretização dos mencionados direitos, ou seja, importa se a atividade é ofertada ao indivíduo, seja mediante o fomento, seja mediante a prestação de serviço público pelo Estado.

Em razão da imensa gama de deveres impostos ao Estado e da nem sempre abundante receita pública, são notórias as situações em que direitos não são concretizados. Cita-se a saúde que, quando prestada pelo Estado, é serviço público, mas que se prestada pela iniciativa privada – seu exercício é livre – deverá ser considerada atividade econômica em sentido estrito. Quando o particular exerce atividade relacionada à saúde pode o Poder Público fomentá-la. Tratando-se de um direito cuja concretização é bastante complexa, pode o Estado disponibilizar à população postos de saúde e hospitais públicos com distintas especialidades – tais como os hospitais voltados ao tratamento de câncer infantil, hospitais para tratamentos de doenças contagiosas, por exemplo. O Estado pode, ainda assim, fomentar clínicas e hospitais privados que prestem serviços de saúde especializados cuja execução, por meio de serviço público, dificultaria ou impossibilitaria a concretização de outros direitos e/ou do próprio direito à saúde. Cita-se o exemplo das diversas Santas Casas de Misericórdia (entidades privadas) espalhadas pelo Brasil, cuja atuação é imprescindível para a concretização do direito à saúde e cuja manutenção se dá por meio do fomento público a elas destinado.

Não só a saúde, mas também diversos outros direitos exigem ações múltiplas para sua devida concretização. Por isso, mesmo nas atividades consideradas serviços públicos, poderá o Estado deixar de prestá-las para fomentar entidades que as prestem se essa for

comprovadamente a melhor opção. É do gestor público a responsabilidade quanto à análise da forma de atuação, face aos deveres constitucionais, observadas as necessidades concretas e os recursos disponíveis.

Desde já impende rechaçar qualquer presunção acerca da primazia do fomento sob a prestação do serviço público, ao argumento de que os particulares seriam mais eficientes que a administração pública na prestação de atividades passíveis de serem fomentadas. Essa afirmação só é possível mediante apresentação de estudos técnicos apontando tal grau de eficiência.

O que se sustenta é que determinadas atividades podem não ser prestadas a título de serviço público quando comprovada a possibilidade de entidades privadas fomentadas executarem a mesma atividade de modo mais eficiente, salvaguardando os direitos do administrado.²²¹ Juridicamente, importa o cumprimento dos deveres constitucionais, cabendo ao gestor público, segundo dados disponíveis em cada situação concreta de cada local, a escolha técnica pela solução adequada.

Para que se possa firmar um entendimento adequado sobre as ideias aqui sustentadas, cumpre destacar que o presente estudo adota a definição de serviço público elaborada por Celso Antônio Bandeira de Mello:

Serviço público é a atividade material que o Estado assume como pertinente a seus deveres em face da coletividade para satisfação de necessidades ou utilidades públicas singularmente fruíveis pelos administrados cujo desempenho entende que deva se efetuar sob a égide de um regime jurídico outorgador de prerrogativas capazes de assegurar a preponderância do interesse residente no serviço e de imposições necessárias para protegê-lo contra condutas comissivas ou omissivas de terceiros ou dele próprio gravosas a direitos ou interesses dos administrados em geral e dos usuários do serviço em particular.²²²

A partir dessa definição, há de se atentar aos elementos formadores do serviço público, quais sejam: o substrato material e o elemento formal.²²³

²²¹ Refere-se, aqui, ao princípio constitucional da eficiência. Logo, não se está tratando de uma simples análise monetária de custo/benefício, comumente tratada na iniciativa privada quando do estudo da eficiência empresarial. O princípio da eficiência na Administração pública deve ser, necessariamente, atrelado aos valores sociais, nem sempre passíveis de representação monetária, razão pela qual os resultados buscados, bem como os sacrifícios necessários para se alcançar o mais alto grau de satisfação daquilo que se propõe, ocorre por meio de análise pormenorizada dos inúmeros interesses (nem sempre financeiros) existentes em uma sociedade extremamente complexa.

²²² BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 282.

²²³ “[...] para estar presente um objeto mencionável como serviço público, devem concorrer cumulativamente os seguintes requisitos: (a) tratar-se de uma *prestação de atividade singularmente fruível pelos usuários*; (b) consistir em atividade *material*; (c) destinar-se à *satisfação da coletividade em geral*; (d) ser reputada pelo Estado como particularmente importante para a satisfação dos interesses da sociedade; (e) ter sido havida como insuscetível de ser relegada tão-só aos empreendimentos da livre iniciativa, razão por que a assume como *pertinente a si próprio* (ainda que nem sempre com exclusividade); e (f) *submetê-la a uma específica disciplina de direito público*. Os

Quanto ao substrato material da atividade compreendida como serviço público, ressaltam-se os seguintes elementos: a) o serviço deve atender a conveniências ou necessidades da coletividade em geral, ou seja, deve destinar-se ao público em geral²²⁴; b) o Estado deve qualificar esses serviços como pertinentes a si próprio, mesmo que não detenha exclusividade sobre a titularidade da atividade.²²⁵ Para Bandeira de Mello, há quatro serviços sobre os quais o Estado não detém a titularidade exclusiva: serviços de saúde, de educação, de previdência social e de assistência social.²²⁶ Essas quatro atividades, somadas aos serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens, são serviços que o Estado tem obrigação de prestar, mas sem exclusividade. Trata-se de espécies de serviço que o Estado “não pode permitir que sejam prestados exclusivamente por terceiros, seja a título de atividade privada livre, seja a título de concessão, autorização ou permissão.”²²⁷

cinco primeiros requisitos constituem-se no *substrato material* da noção de ‘serviço público’, isto é, nos dados de fato sobre os quais se assenta. O sexto deles é um *elemento formal*, sendo precisamente aquele que confere caráter jurídico à noção (elevando-a do mundo dos fatos ao mundo do Direito): *estar submetida a uma específica disciplina de direito público*, que, como além melhor se verá, se caracteriza pela existência de *prerrogativas e sujeições específicas*, instituídas umas e outras para a proteção dos interesses da coletividade substanciados nos serviços em apreço” (BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.* p. 274-275). Todas essas características devem coexistir cumulativamente, pois como precisamente anotou o autor: “[...] um serviço não é público *pelo fato de ser destinado a satisfazer interesses da coletividade em geral*, como também não o será meramente *pela importância que tenha para ela ou apenas pelo fato de ser titularizado pelo Estado*. Sê-lo-á quando o Estado, tendo-lhe assumido a titularidade, entendeu de enquadrar sua prestação sob uma específica disciplina, a pública, a qual, *de um lado – repita-se –, propõe-se a assegurar coercitivamente que o interesse público prepondere sobre conveniências privadas em de outro, instaura sobre ele restrições especiais para garantir-lhe a proteção contra o próprio Estado ou contra seu exercente, a fim de impor, a um ou a outro, tanto o dever de assegurá-lo nos termos indicados quanto limitações para que não atuem abusivamente, isto é, de maneira a desprezitar direitos dos administrados em geral e direitos e interesses dos usuários do serviço*” (BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.* p. 281-282).

²²⁴ Do contrário, a atividade não se voltaria à satisfação de interesses da coletividade, mas sim à interesses privados, como os serviços de transporte escolar realizados por proprietários de veículos, como vans por exemplo, que optam por transportar alunos de determinado bairro ou região frequentadores de uma instituição de ensino específica. Entretanto, como bem observa Celso Antônio Bandeira de Mello, o fato de uma atividade destinar-se à coletividade em geral, embora seja traço elementar para a composição do substrato material do serviço público, não é suficiente para tanto, pois: “os prestadores de serviço em geral, como pessoas físicas ou sociedades volvidas a oferecer tais utilidades, como padeiros, carpinteiros, marceneiros, mecânicos ou entidades que se organizem para tais misteres, oferecem sua atividade para o público em geral – público, de resto, que deles certamente necessita, e nem por isto os serviços que prestam são serviços públicos” (BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 279).

²²⁵ Como titular da atividade, o Estado presta diretamente ou a outorga a particulares, mantendo, nesse caso, a titularidade e transferindo seu exercício, conforme posicionamento adotado neste trabalho. Mas, como a titularidade de alguns serviços públicos não é exclusiva, libera à iniciativa privada sua prestação, hipótese em que não se faz necessária a delegação do exercício da atividade.

²²⁶ BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.* p. 284. Quanto aos serviços de radiodifusão sonora (rádio) ou de sons e imagens (televisão), o autor sustenta que se tratem de serviços públicos em que o Estado, conquanto obrigado a prestar por si só ou por criatura sua, é também obrigado a oferecer em concessão, permissão ou autorização: “isto porque o art. 223 da CF determina que, na matéria, seja observado o princípio da complementariedade dos sistemas privado, público e estatal. Se esta complementariedade deve ser observada, o Estado não pode se ausentar de atuação direta em tal campo, nem pode deixar de concedê-los, pena de faltar um dos elementos do trinômio constitucionalmente mencionado” (BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.* p. 287).

²²⁷ BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.* p. 287.

Quanto ao elemento formal, destaca-se que os serviços públicos sempre serão prestados sob a égide de direito público, independentemente se prestados pelo Estado ou pelos particulares, mediante concessão ou permissão. Sustenta o autor que a aplicação desse regime peculiar ao Estado – regime esse típico instrumentador e defensor dos interesses públicos – justifica-se à medida que os serviços públicos não devam ser atividades entregues ao particular.²²⁸ Os interesses públicos encarnados no serviço público justificam a adoção de meios jurídicos próprios, capazes de garantir a boa prestação a quem estiver executando, bem como impedem que tanto terceiros quanto os responsáveis por sua prestação – seja o Estado, sejam delegatários – obstem a regular e tornar eficiente a execução dessas atividades.

Compreendida, portanto, a noção aqui defendida sobre serviço público, segundo o ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, reitera-se que: “há certos serviços que serão públicos quando prestados pelo Estado, mas que concernem a atividades em relação às quais não pretendeu deter exclusividade.”²²⁹

Em razão de todo o exposto, conclui-se que, compete ao gestor público escolher o modo como o Poder Público deve atuar, por meio do fomento ou da atuação direta, mediante serviço público. A opção por fomentar determinada atividade e não prestá-la diretamente não afronta os elementos formadores do serviço público – especialmente o aspecto material, que impede que a atividade seja relegada tão só aos empreendimentos da livre iniciativa –, pois no fomento há incidência de normas de direito público sobre o exercício da atividade privada a fim de garantir direitos constitucionais.²³⁰

Como as entidades qualificadas como OS executam atividades que devem ser fomentadas (pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, cultura e ensino) ou apenas podem ser fomentadas (saúde, proteção e preservação do meio ambiente), não há dúvidas sobre a constitucionalidade do fomento destinado a elas.

Mesmo quanto aos serviços de saúde e de ensino – que devem ser prestados pelo Estado a título de serviços público –, ainda assim defende-se a possibilidade de fomentar

²²⁸ “[...] a noção de ‘serviço público’ depende inteiramente da qualificação que o Estado (nos termos da Constituição e das leis) atribui a um tipo de atividades: *àquelas que reputou não devem ficar entregues simplesmente aos empenhos da livre iniciativa e que, por isto mesmo – e só por isto – entendeu, de assumir e colocar sob a égide do regime jurídico típico instrumentador e defensor dos interesses públicos*: o regime peculiar do Estado” (BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.* p. 275-276).

²²⁹ BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.* p. 697-698.

²³⁰ Suponha-se que em um município exista um único hospital e ele seja privado. A fim de garantir parte do direito à saúde, o Município pode fomentar o hospital privado ao invés de construir e manter um hospital público se essa opção for melhor na concretização do direito à saúde. Hipótese excepcional em que se supõe que o acesso ao hospital torne-se livre ao cidadão desse município.

entidades que prestem essas atividades ao invés de prestar o serviço público se comprovadamente essa é a melhor forma de concretizar ambos os direitos.

3.6 A qualificação das entidades como organização social

O art. 2º da Lei nº 9.637/98 traz os requisitos necessários para que as pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas às atividades dispostas no art. 1º, habilitem-se à qualificação como organização social:

Art. 2º São requisitos específicos para que as entidades privadas referidas no artigo anterior habilitem-se à qualificação como organização social:

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

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

II – haver aprovação, quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social, do Ministro ou titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social e do Ministro de Estado da Administração Federal e Reforma do Estado.²³¹

Percebe-se que os requisitos para qualificação resumem-se à comprovação de exigências dispostas no ato constitutivo da entidade e à aprovação discricionária pelo Ministro ou titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao objeto social da entidade e do Ministro do Planejamento, Orçamento e Gestão.²³²

²³¹ BRASIL, 1998a.

²³² Apesar de o art. 2º, II, da Lei nº 9.637/98 dispor que compete ao Ministro de Estado da Administração Federal e Reforma do Estado a análise discricionária da qualificação de uma entidade como OS, vale relembrar que as

As exigências tratadas no art. 2º, I, da Lei nº 9.637/98 são bastante simples. Sequer se exige um período de atuação prévio à qualificação da entidade, ou seja, a entidade pode ser constituída com a finalidade exclusiva de obter a qualificação de OS. Certamente, se o legislador exigisse a documentação relativa à habilitação existente nos procedimentos licitatórios, haveria dados objetivos para aceitar ou negar a qualificação. Não se exige das fundações ou associações documentos relativos à capacidade técnica, à qualificação econômico-financeira, à regularidade fiscal e trabalhista, à habilitação jurídica e ao cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da CR/88.

A ausência de critérios objetivos no juízo discricionário existente na qualificação como OS certamente é uma das características que mais enseja dúvidas quanto à constitucionalidade do modelo existente na Lei nº 9.637/98.

As vozes doutrinárias são, em sua maioria, bastantes críticas quanto ao exercício do juízo discricionário concedido ao administrador público. Para Celso Antônio Bandeira de Mello, esse dispositivo ofende frontalmente o cânone básico da igualdade, permitindo favorecimentos inconstitucionais às entidades qualificadas como OS: “trata-se, pois, da outorga de uma discricionariedade literalmente inconcebível, até mesmo escandalosa, por sua desmedida amplitude, e que permitirá favorecimentos de toda espécie.”²³³ No mesmo sentido, é o posicionamento adotado pelos autores da ADI nº 1.923-5/DF: “a incompatibilidade das ‘Organizações Sociais’ com o sistema constitucional se revela, de imediato, pela **inexistência de requisitos que atendam ao princípio da impessoalidade no processo de qualificação**, agredindo-se, por esta via, de início, o ‘caput’ do art. 37.”²³⁴

Também para Sílvio Luís Ferreira da Rocha, o dispositivo é inconstitucional por violar o princípio da igualdade: “não há razão lógica que justifique a decisão administrativa de dentre duas pessoas jurídicas que preencham os requisitos exigidos pelo art. 2º, inciso II, da Lei 9.637, conceder a uma e negar à outra o título de Organização Social.”²³⁵ O autor sugere, como alternativa a essa inconstitucionalidade, a realização de procedimento licitatório para selecionar a entidade mais capacitada a receber a qualificação.²³⁶

Tarso Cabral Violin também entende ser necessária a realização de licitação prévia à qualificação de uma entidade como OS: “[...] entendemos que a regra para a concessão do

atribuições do MARE foram transferidas para o atual Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, conforme explicado em nota de rodapé nº 85.

²³³ BANDEIRA DE MELLO, 2011, p. 244.

²³⁴ BRASIL, 2007a.

²³⁵ ROCHA, 2006, p. 136.

²³⁶ ROCHA, *op. cit.* p. 136.

título de organização social para determinada entidade deve ser a realização prévia de licitação ou processo de escolha que atenda os princípios do Direito Administrativo, para evitar o que Renato Zugno denomina de *golpes de caneta*.²³⁷

Posicionamento distinto é o adotado por Gustavo Justino de Oliveira. Segundo ele, não é necessário submeter a entidade a um processo licitatório, pois bastaria o administrador utilizar um procedimento pautado em critérios objetivos: “para a averiguação de sua capacidade técnico-gerencial e de comprovação de *expertise* na área em que suas atividades são desenvolvidas.”²³⁸

Baseando-se nos posicionamentos doutrinários existentes, entende-se que há dois pontos fundamentais que permeiam a discussão acerca da constitucionalidade do art. 2º, inciso II, da Lei nº 9.637/98. O primeiro ponto é a discricionariedade do ato de qualificação; o segundo é a possível afronta ao princípio da isonomia, o que tornaria o mencionado dispositivo inconstitucional.

Para que essas questões possam ser devidamente compreendidas, primeiramente far-se-á uma análise da discricionariedade nos atos administrativos, posteriormente serão analisados os efeitos da qualificação de uma entidade como OS.

3.6.1 A discricionariedade na qualificação de uma entidade como organização social

Quanto à necessidade de conceber o ato de qualificação como discricionário, entende-se que, na época da elaboração da Lei nº 9.637/98, havia o temor de que inúmeras entidades privadas pleiteassem a qualificação como OS. Essa possível “enxurrada” de pedidos poderia impossibilitar a realização das atividades administrativas, pois se o ato fosse vinculado, bastaria que as entidades cumprissem com os requisitos legais para a obtenção do título.

Como a qualificação como organização social gera efeitos mediatos e imediatos, esses efeitos poderiam sobrecarregar a Administração Pública federal a ponto de ferir normas financeiras.²³⁹

O efeito imediato à qualificação é apenas a atribuição à pessoa jurídica do título de utilidade pública: “Art. 11. As entidades qualificadas como organizações sociais são declaradas

²³⁷ VIOLIN, 2010, p. 206.

²³⁸ OLIVEIRA, Gustavo, 2007, p. 208.

²³⁹ ROCHA, 2006, p. 137-140.

como entidades de interesse social e utilidade pública, para todos os efeitos legais.”²⁴⁰ Sequer é formado o conselho de administração tratado no art. 3º da Lei nº 9.637/98.²⁴¹

Já o efeito mediato é a celebração do contrato de gestão. É por meio desse instrumento contratual que se possibilita a cessão de servidores públicos; a destinação de recursos públicos; a permissão, dispensada a licitação, de uso de bens públicos pela entidade, e também se trata da celebração de contratos de prestação de serviços com a Administração Pública federal. Entende-se que a celebração do contrato de gestão é um efeito mediato, pois sua celebração tanto não decorrerá imediatamente da qualificação da entidade quanto pode não acontecer, conforme será explicado no item referente ao contrato de gestão.

Há, portanto, dois efeitos jurídicos oriundos da qualificação de uma entidade como OS: a) outorga do título de utilidade pública; b) possibilidade de celebrar contrato de gestão com a União.

Todavia, quem sustenta a celebração do contrato de gestão imediatamente à qualificação da entidade como OS alega que a partir da qualificação decorreriam todos os efeitos acima descritos.²⁴² Ou seja, a aprovação discricionária realizada pelos administradores públicos possibilitaria a concessão de todos os benefícios trazidos pelo contrato de gestão.

Não é esse, no entanto, o posicionamento aqui defendido. A Lei nº 9.637/98 trata a qualificação como pressuposto para a celebração do contrato de gestão. Conforme será adiante explicado, tratando-se de um contrato administrativo, a celebração do contrato de gestão deverá antecedida de licitação.

Portanto, ao qualificar uma entidade como OS, está-se imputando os efeitos jurídicos decorrentes do título de utilidade pública. Por isso a discricionariedade na qualificação deve ser analisada sob a luz dos efeitos jurídicos decorrentes da outorga dessa titulação.

²⁴⁰ BRASIL, 1998a. Não há, no ordenamento jurídico pátrio, o título de entidade de interesse social, existe apenas o título de utilidade pública, tratado na Lei nº 91, de 28 de agosto de 1935. Importante não confundir a expressão “interesse social” com o título de “entidade beneficente de assistência social”, tratado na Lei nº 12.101, de 27 de novembro de 2009.

²⁴¹ A formação do conselho de administração está atrelada ao êxito na celebração do contrato de gestão com a União.

²⁴² BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 241-246.

3.6.1.1 A qualificação como entidade de utilidade pública

No âmbito federal, a outorga de título de utilidade pública está disciplinada na Lei nº 91, de 28 de agosto de 1935, regulamentada pelo Decreto 50.517, de 2 de maio de 1961.²⁴³ Segundo Damiano Alves de Azevedo, mesmo antes do advento da Lei nº 91/35, o título já era conferido a certas instituições sem que houvesse critérios claros para a outorga:

No início do século XX encontram-se os primeiros atos que utilizam a expressão “utilidade pública” como uma característica de organizações da sociedade civil. São decretos que declaram de *utilidade pública* certas pessoas jurídicas, mas não fundamentam esta competência e nem esclarecem o significado da declaração. **O traço significativo destas primeiras entidades declaradas de utilidade pública é que se tratavam de instituições privadas de ensino e que a declaração de utilidade pública era sempre vinculada ao reconhecimento público dos diplomas expedidos por aquelas escolas.**²⁴⁴

Nos termos do art. 1º do Decreto nº 50.517/61, podem pleitear o título de utilidade pública as sociedades civis, as associações e as fundações constituídas no País com o fim exclusivo de servir desinteressadamente à sociedade.²⁴⁵

A outorga é concedida pelo Ministro da Justiça, conforme Decreto nº 3.415, de 19 de abril de 2.000, desde que preenchidos os requisitos determinados no art. 2º do Decreto 50.517/61.²⁴⁶ Dentre os requisitos exigidos, destaca-se a necessidade de a entidade, constituída no País, comprovar o efetivo e contínuo funcionamento, nos três anos imediatamente anteriores

²⁴³ Há também títulos de utilidade pública no âmbito estadual e municipal. Em pesquisa realizada aos 22 de dezembro de 2013, constatou-se que há 12.060 (doze mil e sessenta) entidades qualificadas no âmbito federal (BRASIL, 2012).

²⁴⁴ AZEVEDO, 2005, p. 02, destaque nosso.

²⁴⁵ “Art 1º. As sociedades civis, associações e fundações, constituídas no país, que sirvam desinteressadamente à coletividade, poderão ser declaradas de utilidade pública, a pedido ou *ex-officio*”, mediante decreto do Presidente da República” (BRASIL, 1961).

²⁴⁶ “Art 2º. O pedido de declaração de utilidade pública será dirigido ao Presidente da República, por intermédio do Ministério da Justiça e Negócios Interiores, provados pelo requerente os seguintes requisitos: a) que se constituiu no país; b) que tem personalidade jurídica; c) que estêve em efetivo e contínuo funcionamento, nos três imediatamente anteriores, com a exata observância dos estatutos; d) que não são remunerados, por qualquer forma, os cargos de diretoria e que não distribui lucros, bonificados ou vantagens a dirigentes, mantenedores ou associados, sob nenhuma forma ou pretextos; e) que, comprovadamente, mediante a apresentação de relatórios circunstanciados dos três anos de exercício anteriores à formulação do pedido, promove a educação ou exerce atividades de pesquisas científicas, de cultura, inclusive artísticas, ou filantrópicas, estas de caráter geral ou indiscriminado, predominantemente; f) que seus diretores possuem fôlha corrida e moralidade comprovada; g) que se obriga a publicar, anualmente, a demonstração da receita e despesa realizadas no período anterior, desde que contemplada com subvenção por parte da União, neste mesmo período. (Redação dada pelo Decreto nº 60.931, de 4.7.1967) Parágrafo único. A falta de qualquer dos documentos enumerados neste artigo importará no arquivamento do processo” (BRASIL, 1961).

à solicitação, e a impossibilidade de os diretores receberem remuneração.²⁴⁷ Ambas as exigências não são necessárias às pessoas jurídicas que se habilitem à qualificação como OS.

Quanto aos benefícios advindos da titulação, o art. 3º da Lei nº 91/35 nega qualquer direito decorrente do título de utilidade pública, salvo o uso de emblemas, flâmulas, bandeiras ou distintivos próprios, registrados no Ministério da Justiça.²⁴⁸

Entretanto, leis esparsas atribuíram efeitos jurídicos decorrentes da obtenção do título de utilidade pública, que podem ser assim resumidos: “a) receber subvenções, auxílios e doações da União; b) realizar sorteios (art. 4º da Lei nº 5.768/71); [...] d) receber doações de empresas (art. 13, §2º, III, c, da Lei nº 9.249/95 e art. 28, §3º, a, da IN nº 11/96 da STN).”²⁴⁹

Por fim, a desqualificação da entidade ocorrerá se a entidade deixar de preencher os requisitos para sua qualificação, mediante representação do Ministério Público ou de qualquer interessado.²⁵⁰

Em relação ao título de utilidade pública, já há algumas décadas a titulação vem sofrendo críticas, seja pela confusão legislativa e administrativa, seja pela ausência de critérios isonômicos da declaração da entidade.²⁵¹

Ao presente trabalho importa que a qualificação como OS garanta o título de utilidade pública à entidade. Portanto, em um primeiro momento, a análise discricionária na qualificação como OS terá como consequência o recebimento do título de utilidade pública, concedido de forma discricionária.

²⁴⁷ Nos termos do art. 3º do Decreto, denegado o pedido, caberá reconsideração no prazo de 120 dias a partir da publicação do ato denegatório. Se mantida a denegação, a solicitação não poderá ser renovada antes de decorridos dois anos, contados a partir da publicação do despacho denegatório: “Art 3º. Denegado o pedido, não poderá ser renovado antes de decorridos dois anos, a contar da data da publicação do despacho denegatório. Parágrafo único. Do denegatório do pedido de declaração de utilidade pública caberá reconsideração, dentro do prazo de 120 dias, contados da publicação” (BRASIL, 1961).

²⁴⁸ “Art. 3º. Nenhum favor do Estado decorrerá do título de utilidade pública, salvo a garantia do uso exclusivo, pela sociedade, associação ou fundação, de emblemas, flâmulas, bandeiras ou distintivos próprios, devidamente registrados no Ministério da Justiça e a da menção do título concedido” (BRASIL, 1961).

²⁴⁹ PAES (*apud* VIOLIN, 2010, p. 19). A declaração de utilidade pública era pré-requisito para a obtenção do título de entidade de fins filantrópicos. E essa qualificação confere a isenção patronal devida ao INSS, conforme art. 55 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. Todavia, o art. 55 foi revogado pela Lei nº 12.101, de 27 de novembro de 2009.

²⁵⁰ “Art 6º. Será cassada a declaração de utilidade pública da entidade que: a) deixar de apresentar, durante três anos consecutivos, o relatório a que se refere o artigo procedente; b) se negar a prestar serviço compreendido em seus fins estatutários; c) retribuir, por qualquer forma, os membros de sua diretoria, ou conceder lucros, bonificações ou vantagens a dirigentes, mantenedores ou associados. Art 7º. A cassação da utilidade pública será feita em processo, instaurado “*ex-officio*” pelo Ministério da Justiça e Negócios Interiores, ou mediante representação documentada. Parágrafo único. O pedido de reconsideração do decreto que cassar a declaração de utilidade pública não terá efeito suspensivo” (BRASIL, 1961).

²⁵¹ “A principal crítica ao modelo legal da declaração de utilidade pública – além do problema da confusão legislativa e administrativa dos certificados concedidos, no que diz respeito às entidades declaradas de utilidade pública beneficentes, de assistência social e de fins filantrópicos – é a imprecisão dos termos da legislação vigentes, que abre possibilidades de fraudes não só no registro das entidades, como no controle e nas atividades de fomento desempenhadas pelo Estado. [...]” (DIAS, 2008, p. 186).

Conhecida a consequência da qualificação como OS, passa-se à análise das normas orçamentárias a serem observadas.

3.6.1.2 Da observância de normas orçamentárias para a qualificação de uma entidade como OS

A execução das políticas públicas depende em larga medida do planejamento elaborado pelo Poder Público. A partir de um diagnóstico da realidade, por meio do qual analisam-se as carências existentes e os instrumentos disponíveis para atenuá-las, a administração pública elege suas ações, prevendo e predeterminando os resultados.

Todas as atividades administrativas, incluindo o fomento público, devem encontrar-se inseridas em um plano político-econômico.²⁵² A Constituição de 1988 elegeu alguns instrumentos necessários à consecução dos objetivos traçados no planejamento estatal. Destacam-se o art. 165 que faz menção ao plano plurianual (PPA), à lei de diretrizes orçamentárias (LDO) e à Lei orçamentária anual (LOA).²⁵³ Essas normas exigem um planejamento financeiro adequado ao orçamento público existente.

Destaca-se também a Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2.000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) que confere, em seu art. 1º, §1º, maior ênfase à relevância do planejamento no contexto da administração pública.²⁵⁴

²⁵² “A ideia de ‘planejamento’ ficou atrelada aos regimes ditatoriais de ‘esquerda’, sendo absorvidas pelos países marxistas, que reconheciam o ‘planejamento’ como técnica aprimorada e abrangente, de intervenção estatal na ordem econômica, pelo que foi, inicialmente, repelida pelos países liberalistas, que não aceitavam a intervenção do Estado no domínio econômico, já que a base de sua atividade econômica se assentava na liberdade de decisão dos agentes econômicos. Todavia, à medida que os resultados positivos de planejamento emergiram, até mesmo os países liberalistas se convenceram de que o ‘planejamento’ não é critério de transição para o socialismo, mas apenas um instrumento de racionalização da atividade econômica – uma técnica neutra, que pode ser utilizada independentemente da forma e do regime de governo ou da ideologia econômica adotada” (MELLO, Célia, 2003, p. 59-60).

²⁵³ “Essas leis, pelas suas próprias características, tem vigência temporária e processo legislativo peculiar; são de iniciativa privativa e vinculada do Chefe do Poder Executivo, a quem compete o encaminhamento dos projetos de lei ao Legislativo na época própria. Sendo assim, o Chefe do Executivo, e somente ele, tem o dever de encaminhar, no tempo oportuno, os projetos orçamentários para tramitação e aprovação, com ou sem emendas, no Poder Legislativo. O PPA, elaborado no primeiro ano do mandato do Chefe do Executivo, terá vigência durante 4 (quatro) anos; a LDO, editada no primeiro semestre de cada ano, e a LOA, elaborada no segundo semestre, terão vigência no ano seguinte. Cada PPA será desdobrado em 4 (quatro) LDOs; cada LDO orientará a correspondente LOA. Assim, o PPA elaborado para os anos w , x , y e z (PPA $w - z$) servirá de base para a edição da LDO para os anos de w (LDO para w), x , y e z ; cada qual, por sua vez, orientará sua respectiva LOA (*LOA para w* , etc.).” (FURTADO, 2010, p. 145).

²⁵⁴ “Art. 1º. Esta Lei Complementar estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, com amparo no Capítulo II do Título VI da Constituição. §1º – A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação **planejada** e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da

Tanto a Constituição quanto a LC nº 101/00 afirmam que a administração pública não pode prescindir do planejamento, pois por meio dele o orçamento público é elaborado e sua execução é fiscalizada, impedindo ações pontuais com fins de resolver problemas imediatos e destoantes dos problemas sociais que exigem medidas prolongadas.²⁵⁵

Como não há despesa pública que não esteja autorizada pelas leis orçamentárias – e a violação desse preceito deve ser mesmo sancionada, conforme art. 359-D, do Código Penal, art. 10, IX, da Lei nº 8.429/92, art. 1º, V, do Decreto-lei nº 201/67 e art. 11, da Lei nº 1.079/50²⁵⁶ – a despesa com as organizações sociais deve estar prevista no orçamento público.

Por meio da lei orçamentária anual, faz-se a previsão da receita e o modo como a despesa será fixada, conforme art. 165, §8º.²⁵⁷ Ocorre que nem sempre a previsão da receita corresponde à arrecadação. Caso a receita prevista não se confirme, será necessário o contingenciamento de despesa, conforme art. 9º da LRF, sendo que, na ocorrência de imprevistos que frustrem a previsão traçada, é imperativo que os responsáveis demonstrem cabalmente os fatos impeditivos para execução dos planos inicialmente traçados.²⁵⁸

Dito isso, pode-se imaginar que a opção pela qualificação da OS por meio de ato discricionário seria uma solução para evitar o descumprimento das normas orçamentárias. A fim de que seja prevista receita para arcar com a despesa oriunda da qualificação da entidade como OS, poder-se-ia supor a necessidade de uma análise discricionária do responsável pela

seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar. (destaque nosso).”

²⁵⁵ “Assim, para se fugir da concentração em problemas imediatos, da ineficiência e desperdício dos processos produtivos e da inexistência de ações efetivas de governo, o planejamento surge como o propulsor dos ajustes necessários para se superar a constante escassez de recursos, enfrentar desafios e atender às demandas e às aspirações da sociedade” (FURTADO, 2010, p. 126).

²⁵⁶ “Art. 359-D. Ordenar despesa não autorizada por lei: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos” (BRASIL, 1940). “Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação [...] IX – ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente” (BRASIL, 1992a). “Art. 1º. São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipal, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores [...] V – ordenar ou efetuar despesas não autorizadas por lei, ou realizá-las em desacordo com as normas financeiras pertinentes” (BRASIL, 1967). “Art. 11. São crimes contra a guarda e legal emprego dos dinheiros públicos: 1 – ordenar despesas não autorizadas por lei ou sem observância das prescrições legais relativas às mesmas” (BRASIL, 1950).

²⁵⁷ “Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: [...] §8º – A lei orçamentária anual não conterá dispositivo estranho à previsão da receita e à fixação da despesa, não se incluindo na proibição a autorização para abertura de créditos suplementares e contratação de operações de crédito, ainda que por antecipação de receita, nos termos da lei” (BRASIL, 1988).

²⁵⁸ “Art. 9º. Se verificado, ao final de um bimestre, que a realização da receita poderá não comportar o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais, os Poderes e o Ministério Público promoverão, por ato próprio e nos montantes necessários, nos trinta dias subseqüentes, limitação de empenho e movimentação financeira, segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias. §1º – No caso de restabelecimento da receita prevista, ainda que parcial, a recomposição das dotações cujos empenhos foram limitados dar-se-á de forma proporcional às reduções efetivadas” (BRASIL, 2000).

área em que a entidade atuará e também do Ministro do Planejamento, cujas atribuições permitem um conhecimento amplo de todo o orçamento público da União. Esse raciocínio seria lógico, pois a partir do momento em que o particular consente com as medidas de fomento, surgem direitos e obrigações recíprocos, vinculando tanto a entidade qualificada como OS (agente fomentado) quanto o próprio Estado. Dessa forma, as obrigações assumidas pelo Estado impediriam, *a priori*, a obediência às normas financeiras, haja vista o ônus oriundo da qualificação. Ou seja, o Estado não poderia planejar os gastos com as OS, pois se a qualificação fosse vinculada, muitas seriam as entidades qualificadas e não seria possível prever os custos dessa qualificação, ferindo os preceitos legais e constitucionais acerca do planejamento financeiro.

Ocorre que a qualificação como OS gera apenas o direito à outorga do título de utilidade pública, cujos efeitos jurídicos são os seguintes: 1– receber subvenções, auxílios e doações da União; 2– realizar sorteios; 3– receber doações de empresas. Dentre esses efeitos, destaca-se a possibilidade de recebimento de subvenções, auxílios e doações. Porém, mesmo essa possibilidade não ocorre de imediato, pois o art. 4º, *f*, da LC nº 101/00 exige que a LDO fixe os requisitos para o recebimento desses recursos.²⁵⁹ Ou seja, a qualificação como OS não implica a obtenção desses recursos, pois a entidade deve suprir os requisitos estabelecidos na LDO.

Quer-se dizer que a qualificação como OS não gera direito a benefícios financeiros imediatos, não podendo, assim, concluir que o juízo discricionário na qualificação visa garantir a consecução de normas orçamentárias.

3.6.2 *Da afronta ao princípio da isonomia*

A discricionariedade existente no ato de qualificação não se coaduna com a aplicação do princípio da isonomia – já tratado no capítulo anterior. Primeiramente, entende-se que não há razão lógica para que a qualificação de uma entidade ocorra por meio de ato discricionário. Como a qualificação confere, além do título de utilidade pública, a possibilidade de celebração do contrato de gestão, é imprescindível que, visando o princípio da competitividade, a administração pública amplie o número de entidades aptas a celebrar o

²⁵⁹ “Art. 4º A lei de diretrizes orçamentárias atenderá o disposto no §2º do art. 165 da Constituição e: [...] f) demais condições e exigências para transferências de recursos a entidades públicas e privadas” (BRASIL, 2000).

contrato de gestão. E se duas entidades preenchem os requisitos exigidos na Lei nº 9.637/98, não haveria, *a priori*, razão para conceder a qualificação a uma e não a outra.

Como as exigências para a qualificação são meramente formais e bastante simples de serem cumpridas, não há motivo que justifique a adoção de juízo discricionário. Basta que se adote um procedimento objetivo e isonômico para a qualificação da entidade como OS a fim de possibilitar ampla competitividade. Ao se aceitar a qualificação de uma entidade por meio de ato vinculado, por exemplo, favorece-se a competitividade e evita-se discriminação fortuita e gratuita.

Ademais, segundo as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello acerca do princípio da isonomia, o critério discriminatório utilizado deve estar consoante a um valor constitucional. A discricionariedade na qualificação fere o princípio da competitividade que é imprescindível à realização da licitação prévia ao contrato de gestão.

Não há, portanto, razões lógicas, tampouco jurídicas que sustentem a constitucionalidade da qualificação discricionária da entidade como OS.

3.7 O conselho de administração das organizações sociais

Segundo dispõe o art. 2º, I, c, da Lei nº 9.637/98, toda entidade privada que se propõe a receber a qualificação de OS deve cumprir com os requisitos elencados no art. 1º, *caput*, da referida lei e comprovar o registro de um estatuto dispondo sobre a existência de uma diretoria e de um conselho de administração nos moldes descritos pelo legislador. Esse conselho obedecerá às disposições específicas referentes à composição e às atribuições normativas e de controle previstas na Lei nº 9.637/98.²⁶⁰

Os critérios básicos de composição do conselho estão descritos no art. 3º, que também dispõe sobre o período do mandato de seus conselheiros, a frequência mínima de reuniões ordinárias anuais do conselho, a ausência de remuneração de seus membros e a obrigatoriedade de renúncia dos conselheiros, caso sejam eleitos ou indicados para a diretoria da OS.²⁶¹

²⁶⁰ “Art. 2º. São requisitos específicos para que as entidades privadas referidas no artigo anterior habilitem-se à qualificação como organização social: I – comprovar o registro de seu ato constitutivo, dispondo sobre: [...] 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” (BRASIL, 1998a).

²⁶¹ “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,

Ocorre que, os postulantes da ADI nº 1923/DF questionaram a constitucionalidade do art. 3º da Lei nº 9.637/98, sob o argumento de que a composição do conselho de administração consiste em uma intromissão na forma de organização e de constituição das associações, ofendendo, dessa forma, o art. 5º, incisos XVII e XVIII da Constituição.²⁶² Ainda segundo os autores da ação, bastaria uma simples manipulação do estatuto para que o Poder Público interferisse no funcionamento da entidade, mediante a ocupação majoritária de agentes públicos que os representariam no conselho de administração.²⁶³ Sustentaram que o Estado poderia indicar – além dos 20 a 40% de membros natos representantes do Poder Público – os membros eleitos dentre os demais integrantes do conselho (10 a 30%) e os membros indicados ou eleitos na forma estabelecida pelo estatuto (até 10%). Esses membros seriam indicados pelo Poder Público de forma furtiva, ou seja, tais categorias poderiam ser utilizadas como meio de o Estado disfarçadamente aumentar sua participação no conselho de administração das OS.

Josenir Teixeira também sustenta a inconstitucionalidade do art. 3º da Lei nº 9.637/98. Segundo o autor, a inclusão de membros natos representantes do Poder Público no conselho de administração da OS ocorreu com o intuito de propiciar controle estatal sobre as organizações sociais que desempenham as atribuições exercidas pelos extintos órgãos públicos.²⁶⁴ O raciocínio para a criação e para a composição do conselho de administração

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; II – os membros eleitos ou indicados para compor o Conselho devem ter mandato de quatro anos, admitida uma recondução; III – os representantes de entidades previstos nas alíneas "a" e "b" do inciso I devem corresponder a mais de 50% (cinquenta por cento) do Conselho; IV – o primeiro mandato de metade dos membros eleitos ou indicados deve ser de dois anos, segundo critérios estabelecidos no estatuto; V – o dirigente máximo da entidade deve participar das reuniões do conselho, sem direito a voto; VI – o Conselho deve reunir-se ordinariamente, no mínimo, três vezes a cada ano e, extraordinariamente, a qualquer tempo; VII – os conselheiros não devem receber remuneração pelos serviços que, nesta condição, prestarem à organização social, ressalvada a ajuda de custo por reunião da qual participem; VIII – os conselheiros eleitos ou indicados para integrar a diretoria da entidade devem renunciar ao assumirem funções executivas” (BRASIL, 1998a).

²⁶² O art. 5º, XVII e XVIII da constituição será transcrito e analisado no item 3.7.2 Da liberdade de associação.

²⁶³ “Assim, a previsão legal que da presença obrigatória de representantes do Poder Público em entidade *privada* não apenas ofende a liberdade de atuação, mas viabiliza verdadeira *interferência estatal em seu funcionamento*. Observados os limites fixados no art. 3º da Lei nº 9.637/98, desde logo se conclui que a simples manipulação do Estatuto permitiria que entre 40 e 80% dos membros do Conselho sejam acolhidos por indicação do Poder Público, **preservando os liames hierárquicos** entre o Estado e a organização. E, de fato, isso já vem ocorrendo, quando se constata que, numa das organizações sociais já qualificadas para assumir o patrimônio, o acervo, os bens e recursos orçamentários da Fundação Roquette Pinto – a *Associação de Comunicação Educativa Roquette Pinto* –, nada menos do que **9 dos 14 integrantes do Conselho de Administração são ocupantes de cargos públicos na Administração federal**, ligados ao Poder Executivo da União por vínculos de confiança e comissionamento – agentes públicos, portanto, conforme demonstra a relação em anexo a esta petição.” (BRASIL, 2007a).

²⁶⁴ “A participação de membros natos do poder Público no Conselho de Administração das pessoas jurídicas de direito privado tem razão de ser: estas foram criadas a partir da extinção de órgãos públicos. Esse foi o objetivo da criação dos Conselhos de Administração das Organizações Sociais federais” (TEIXEIRA, 2012, p. 135). Reitera-se que o art. 21 da lei nº 9.637/98 extinguiu o Laboratório Nacional de Luz Síncrotron, integrante da estrutura do

pautou-se, segundo o autor, na ideia de publicização, em que as atribuições do órgão público extinto seriam desempenhadas por pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos. Essas entidades recém-criadas também absorveriam os servidores públicos, os bens públicos e atuariam sob o controle do Estado, por meio de seus representantes no conselho de administração.²⁶⁵ Para o autor, o conselho de administração das OS é um instrumento coerente nas organizações sociais que se originaram de extintos órgãos públicos, pois o Estado é diretamente interessado na execução das atividades das OS. Todavia, nas entidades privadas, constituídas por particulares, sem finalidade lucrativa e que pretendem qualificar-se como OS, não há nenhuma razão para a existência do conselho e muito menos que, em sua composição, figurem membros do Poder Público.²⁶⁶ Embora Josenir Teixeira tente justificar a coerência na existência do conselho de administração das OS, ainda assim ele defende que: “as alíneas ‘c’ e ‘d’ do inciso I dos artigos 2º, 3º e incisos IV e VI, 4º, da Lei nº 9.637/98 são inconstitucionais, além de irem de encontro ao previsto no art. 59 do Código Civil.”²⁶⁷ Por fim, sustenta que a

Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq, e a Fundação Roquette Pinto, entidade vinculada à Presidência da República, autorizou a qualificação de ambas como organizações sociais, na qualidade de pessoas jurídicas de direito privado constituídas, conforme anexo I da lei, com as seguintes denominações sociais: Associação Brasileira de Tecnologia de Luz Síncrotron – ABTLus, e Associação de Comunicação Educativa Roquette Pinto – ACERP.

²⁶⁵ “Nessa linha de raciocínio, a premissa era de que somente seriam quantificadas como Organização Social as extintas entidades estatais, justificando, portanto, o surgimento do Conselho de Administração. Afinal, a ideia do Estado não era (nem nunca foi, neste particular) privatizar, mas publicizar, o que significa transferir a execução da prestação de serviços não exclusivos, mas mantendo o controle da pessoa jurídica de direito privado” (TEIXEIRA, 2012, p. 144).

²⁶⁶ TEIXEIRA, *op. cit.* p. 146.

²⁶⁷ “As competências da União estão apresentadas ao longo dos vários incisos dos arts. 21 a 24, CF, e não se verifica em nenhum deles a permissão para interferir na administração de pessoa jurídica de direito privado. E nem poderia ser diferente, haja vista a expressa vedação do inciso XVIII, do art. 5º, da Carta Magna. Não pode o Poder Público fazer parte da gestão e nem interferir na tomada das decisões da entidade privada, muito menos determinar o que deve ou não constar no seu estatuto, ainda que sob o manto da lei (inconstitucional, nos artigos debatidos) e sob a justificativa de que esta exerce atividade pública e recebe bens, verbas e servidores públicos. Isso nada mais é do que o aviltamento do Estado Democrático de Direito, que tem como um dos seus fundamentos o valor social do trabalho e o da livre iniciativa (art. 1º, IV, CF). Essa imposição legal representa hediondo e perigoso retrocesso aos tempos do Estado Novo, no qual a CF de 1937 interrompeu o Estado Democrático iniciado em 1934 e impôs restrições e arbitrariedades sob a justificativa *do estado de apreensão no país pela infiltração comunista* (Preâmbulo). Era Getúlio Vargas, auxiliado por seu ministro da Justiça Francisco Campos, no exercício da ditadura e do afastamento da democracia do país. Os dias passaram, o mundo evoluiu, as Constituições Federais brasileiras sofreram importantes alterações (1946, 1967, 1969 [Trata-se da Emenda Constitucional – EC nº 1/69 –, mas que, pela significativa reforma, é considerada por muitos como outra Constituição] e 1988) e não é possível aceitar que o Poder Público volte a esclarecer regras para o funcionamento das associações, que é o que se via com a permissão constitucional da época de Vargas (CF/37) e, pior, faça parte efetiva da sua administração.” TEIXEIRA, *op. cit.* p. 138. Quanto aos dispositivos do Código Civil, assim argumenta o autor: “O artigo 54 do Código Civil determina o que deve conter no estatuto de uma associação civil, sob pena de impossibilidade de seu registro. Exige o inciso V de tal artigo que se identifique o modo de constituição e funcionamento dos órgãos deliberativos e administrativos. Não se impõe expressa ou tacitamente quais sejam estes órgãos, muito menos a composição deles. Não se exige que a associação tenha no seu estatuto a previsão da existência do Conselho de Administração, sua composição e que parte dos seus componentes seja representantes do Poder Público ou de entidades da sociedade civil, que é o que se impõe as alíneas “c” e “d”, inciso I, artigos 2º e 3º da Lei nº 9.637/98, inúmeras vezes reproduzidas país afora. O tumulto legislativo não para aí. As atribuições do Conselho de Administração verificadas nos incisos IV e VI do artigo 4º da Lei nº 9.637/98 e as suas cópias pelos Poderes Executivos municipais

entidade privada – cuja existência não decorra da extinção de órgãos públicos – que pretenda qualificar-se como organização social, perderá sua identidade, pois pessoas estranhas à sua missão, à sua realidade e ao seu cotidiano tomarão decisões e estabelecerão diretrizes em nome da entidade, sem que isso garanta “o aumento da eficiência e qualidade na prestação de serviços, além de ser fruto de inacreditável irreflexão do legislador que assim agiu.”²⁶⁸

Dessa forma, em razão da composição do conselho de administração disposta no art. 3º da Lei nº 9.637/98, observado o posicionamento contido na ADI nº 1923 e as ideias sustentadas por Josenir Teixeira, faz-se necessário analisar qual o critério utilizado para a escolha desses membros, bem como de quem é a competência pela escolha dos membros de cada categoria de conselheiro. Após a análise desses dois pontos, será averiguada a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do supramencionado art. 3º.

3.7.1 Da composição do conselho de administração das organizações sociais

Entende-se que compete à entidade privada – que solicita a qualificação como OS – a definição inicial sobre a porcentagem exata de cada categoria de membros que irá compor o conselho de administração, desde que obedecidos os limites percentuais descritos no art. 3º, I, da Lei nº 9.637/98.

Diz-se que é livre a escolha inicial da porcentagem de cada uma das categorias dos membros do conselho de administração, pois, como poderão ocorrer alterações no estatuto da entidade, posteriores ao ato de qualificação, essa porcentagem poderá sofrer variações – desde que seja respeitado o limite máximo e mínimo descrito na lei. A possibilidade de alterar a porcentagem de cada grupo de membros existentes no estatuto das OS poderia acarretar duas distintas situações.

Essa alteração poderia dar azo a manobras que possibilitassem ao Poder Público coordenar a entidade e, conseqüentemente, dar-se-ia margem para que a administração pública atuasse sob o escopo de uma entidade privada, sem obedecer às normas de direito público que

e estaduais violam o Código Civil (art. 59, incisos I e III), na medida em que este determina que compete privativamente à assembleia geral eleger e destituir administradores e alterar o estatuto. A Lei nº 9.637/98 e outras estaduais e municipais que são reproduções dela retiram da competência da assembleia geral, que é exclusiva (ou privativa), tais atribuições e as transfere para o Conselho de Administração, desprezando o comando do Código Civil, sem revogá-lo expressamente. E nem poderia, haja vista que aquela lei cuida de qualificação, ou seja, concessão de um título e não de regras para a criação de pessoa jurídica de direito privado de fins não econômicos, que é o que preveem os dispositivos civilistas” (TEIXEIRA, 2012, p. 148-149).

²⁶⁸ TEIXEIRA, *op. cit.* p. 135.

regem sua conduta, ofendendo-se, conseqüentemente, o art. 5º, XVII e XVIII da CR/88. Essa é a hipótese sustentada na ADI nº 1.923.

Por outro lado, eventuais alterações na porcentagem de cada grupo de membros do conselho poderiam não afrontar o ordenamento jurídico. Como a Lei nº 9.637/98 impôs limites de participação para cada grupo de conselheiros, eventuais alterações no estatuto devem obedecer aos limites legais. Esse entendimento impede que o Poder Público escolha a maioria de membros no conselho de administração. Esse, inclusive, é o entendimento aqui sustentado, pois há de se entender que o Poder Público é apenas uma das partes – junto a outros grupos representativos da sociedade civil – responsáveis pela coordenação da OS.²⁶⁹

Em razão da possível ocorrência dessas duas possibilidades, faz-se imperioso compreender como se dá a composição do conselho, a fim de vislumbrar a ocorrência das situações acima descritas.

Para tanto, há de se separar os membros em cinco categorias distintas: a) representantes do Poder Público; b) representantes de entidades da sociedade civil; c) membros indicados ou eleitos na forma estabelecida pelo estatuto; d) pessoas de notória capacidade profissional e reconhecida idoneidade moral, eleitos pelos demais integrantes do conselho; e) membros eleitos pelos associados, tratando-se de associação.

O art. 2º, I, c, da Lei nº 9.637/98 exige da entidade que pleiteia a habilitação como organização social a previsão, em seu estatuto, de um conselho de administração que obedecerá à forma de composição e às atribuições dispostas na referida lei.

Quanto à composição do conselho, o art. 3º, *caput*, dispõe que o conselho de administração deve estar estruturado nos termos traçados pelo estatuto. Como o estatuto é elaborado antes de a entidade pleitear a qualificação como OS, aos responsáveis pela elaboração do estatuto cabe tratar dos critérios para escolha dos membros do conselho de administração. A entidade deve, portanto, determinar a porcentagem exata de cada uma das cinco categorias e, já no estatuto, dispor como será feita a escolha desses membros.

Dito isso, crê-se que compete à entidade que pleiteou a qualificação como OS a escolha dos 20 a 30% de membros natos representantes de entidades da sociedade civil. Essa

²⁶⁹ “Ademais, em nenhuma outra organização do terceiro setor constata-se uma sinergia tão grande entre a sociedade civil e a Administração pública, razão pela qual se sustenta que as organizações sociais são instituto peculiar capaz de cumprir a exigência de uma atuação cooperada da Administração pública com a sociedade civil organizada” (FORTINI; MIRANDA, 2011, p. 1028).

escolha pode ser feita pelos membros da entidade que pleiteou a qualificação de OS, segundo os critérios adotados e dispostos no estatuto que a própria entidade elaborou.²⁷⁰

Tratando-se de associação, também cabe à própria entidade escolher até 10% dos membros eleitos, dentre os associados.²⁷¹ Dessa forma, se a entidade for uma associação, ela poderá escolher até 40% dos conselheiros – somando-se os 10% de associados e os 30% de membros natos representantes da sociedade civil.

Quanto aos 20 a 40% de membros natos representantes do Poder Público, entende-se que compete ao titular de órgão supervisor ou regulador da área da atividade correspondente ao objeto social da entidade que pleiteia a qualificação de OS a escolha desses representantes. Como a qualificação da entidade passa pela análise discricionária desse indivíduo, também é dele a competência para nomear os representantes do Poder Público, desde que sejam membros natos, que serão membros do conselho de administração. Tratando-se de membros natos, entende-se não ser possível que os representantes do Poder Público no conselho de administração possuam vínculo precário com a administração pública. Logo, deve-se tratar de servidor estatutário ou empregado público. Importante também que tenha vínculo de subordinação com o responsável por indicá-lo.²⁷²

Quanto aos 10% de membros indicados ou eleitos na forma estabelecida pelo estatuto, fica ao livre arbítrio daqueles que elaboraram o estatuto a forma de escolher esses conselheiros. Ressalta-se apenas que esses membros não podem ser escolhidos pelo Poder Público, haja vista o limite de 20 a 40% imposto pela Lei.

A partir da escolha dos representantes das categorias acima descritas, resta a escolha das pessoas de notória capacidade profissional e reconhecida idoneidade moral, obedecida a porcentagem de 10 a 30% disposta no estatuto.

Observa-se que o legislador apenas delimitou que esses membros sejam de notória capacidade profissional e reconhecida idoneidade moral. Pelo critério escolhido, há de se reconhecer certo grau de discricionariedade na escolha desses indivíduos.

Por isso, há quem sustente que a escolha desses membros poderia servir de instrumento para ampliar o leque de “representantes” do Poder Público, a fim de que a

²⁷⁰ Nada impede, no entanto, que o critério para escolha dos membros dessa categoria não possibilite aos membros da organização que pleiteou a habilitação como organização social a escolha dos membros natos representantes da sociedade civil. Esses membros podem ser escolhidos pelos demais membros do conselho de administração.

²⁷¹ Se a entidade não for uma associação, não haverá, logicamente, a categoria de membros eleitos pelos associados. A composição do conselho de administração ocorrerá sem essa categoria, devendo a entidade agrupar as categorias de forma a abrigar as demais categorias elencadas no art. 3º.

²⁷² Impende, aqui, rechaçar a possibilidade de ocupantes de cargos de provimento em comissão serem representantes natos do Poder Público no conselho de administração das organizações sociais.

administração pública possuísse maioria de membros no conselho de administração. Esse não é, no entanto, o posicionamento defendido no presente trabalho.

Antes de tudo, vale salientar que não é possível alterar a porcentagem dos membros disposta no art. 3º, I, da Lei nº 9.637/98. Qualquer alteração no estatuto referente à porcentagem disposta nesse artigo é ilegal. Por isso, em momento algum, os representantes do Poder Público podem representar mais de 40% dos membros do conselho de administração das OS.

Esse fato não se confunde com a possibilidade de um servidor público compor o conselho de administração das organizações sociais na qualidade de membro de notória capacidade profissional e reconhecida idoneidade moral, por exemplo. Embora se trate de um servidor público, o motivo de sua escolha refere-se à notória capacidade profissional e à reconhecida idoneidade moral que o sujeito individualmente possui. Ele não será representante do Poder Público pelo simples fato de ser servidor público. Em algumas deliberações podem, até mesmo, compartilhar dos ideais e das sugestões dos representantes do Poder Público e, ainda assim, sua presença não confrontará a Lei nº 9.637/98. Importante que se esclareça que a qualidade de servidor público não torna o indivíduo representante do Poder Público na OS.

Tendo-se em vista todo o exposto, conclui-se que o critério de escolha dos membros do conselho pode permitir a presença de uma pluralidade de pessoas que representem interesses diversos – o que poderia favorecer a participação de parcela da sociedade civil interessada na execução das atividades da entidade. O que é vedado pela Lei nº 9.637/98 é a submissão da OS ao Poder Público, pois a participação estatal no conselho de administração não poderá ultrapassar o limite de 40% dos membros do conselho. Do contrário, haverá ofensa ao art. 5º, incisos XVII e XVIII da CR/88, relativos à liberdade de associação.

Em razão da possível inconstitucionalidade do art. 3º da Lei nº 9.637/98, propõe-se uma análise mais acurada dos direitos fundamentais dispostos no art. 5º, XVII e XVIII da CR/88.

3.7.2 Da liberdade de associação

O constituinte brasileiro garantiu no art. 5º, incisos XVII a XXI da Constituição, a liberdade de associação:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

- XVII – é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;
 XVIII – a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento;
 XIX – as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado;
 XX – ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado;
 XXI – as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente;²⁷³

Segundo José Afonso da Silva, a liberdade de associação contém quatro direitos: *o de criar associação* (e cooperativas na forma da lei), independentemente de autorização; *o de aderir a qualquer associação*, haja vista ninguém ser obrigado a associar-se; *o de desligar-se da associação*, pois assim como ninguém é obrigado a associar-se, também não se pode compelir ninguém a permanecer associado; e *o de dissolver espontaneamente a associação*, porque não se pode obrigar que a associação continue a existir.²⁷⁴ Ainda segundo o autor, correlatas ao direito de associar-se, são estatuídas duas garantias em favor da liberdade de associar-se: a) é vedado ao Estado interferir no funcionamento de associações e cooperativas; b) as associações só serão compulsoriamente dissolvidas ou mesmo ter suas atividades suspensas por decisão judicial, sendo que a suspensão das atividades pode ocorrer por decisão passível de recurso, ao contrário da dissolução compulsória, em que se exige trânsito em julgado.²⁷⁵

De acordo com os impetrantes da ADI nº 1.923, o art. 3º da Lei das OS ofende o art. 5º, incisos XVII e XVIII da CR/88, pois a possibilidade de os representantes do Poder Público ocuparem majoritariamente o conselho de administração das organizações sociais ofende a liberdade de atuação da entidade, haja vista tratar-se de verdadeira interferência no funcionamento da organização.

Entende-se, *data venia*, que o art. 3º da Lei nº 9.637/98 não ofende os dispositivos constitucionais mencionados.

Em relação ao direito de constituir uma associação ou cooperativa e ao direito de aderir a qualquer associação, não há qualquer impedimento ou restrição a esses direitos. A Lei nº 9.637/98 nem trata da constituição de entidades privadas, nem do direito de adesão a elas. Ao se referir ao estatuto constitutivo da organização que pleiteia a qualificação de organização social, está-se apenas impondo condições para que a organização – já constituída livremente

²⁷³ BRASIL, 1988.

²⁷⁴ SILVA, José, 2012, p. 267.

²⁷⁵ SILVA, *op. cit.* p. 267.

pelo particular – receba essa qualificação, sendo que os membros que farão parte da entidade não são obrigados a se associar a ela.

Embora a lei não exija um lapso temporal de existência da entidade que solicite a qualificação de OS – o que pode acarretar na constituição de entidade com a finalidade única de se qualificar como organização social – ainda assim não há que se concluir que o legislador restringiu ou impediu os direitos de constituir ou de se associar a uma associação.

Com a criação da entidade, os particulares gestores da organização possuem liberdade para sujeitá-la a determinada política de fomento, ou seja, depois de exercido o direito disposto no art. 5º, XVII e XVIII da CR/88, é de livre arbítrio da entidade privada a sujeição a uma política de fomento, por exemplo, a qualificação como organização social.²⁷⁶ Ora, nenhuma entidade é obrigada a se qualificar como organização social, a se qualificar como OSCIP ou a celebrar um convênio com o Poder Público.

A partir da manifestação de vontade da entidade – já constituída – em se submeter a uma política de fomento, cabe ao Poder Público dispor as condições para sujeição da entidade ao fomento proposto. A Lei nº 9.637/98 impôs requisitos próprios para qualificação de uma entidade como OS, sem ofender, no entanto, os direitos de constituir uma associação e de associar-se a ela.

Quanto à garantia em favor da liberdade de associar-se, disposta no art. 5º, XVIII da CR/88, referente à vedação estatal na interferência do funcionamento de associações e cooperativas, não se reconhece, conforme exposição do item anterior, a possibilidade de os representantes do Poder Público serem maioria no conselho de administração. Caso seja confirmada a possibilidade de a administração pública indicar a maioria dos membros do conselho de administração, haverá, sim, ofensa ao art. 5º, XVIII, da CR/88, em razão das atribuições privativas do conselho dispostas no art. 4º da Lei nº 9.637/98:

Art. 4º. Para os fins de atendimento dos requisitos de qualificação, devem ser atribuições privativas do Conselho de Administração, dentre outras:

- I – fixar o âmbito de atuação da entidade, para consecução do seu objeto;
- II – aprovar a proposta de contrato de gestão da entidade;
- III – aprovar a proposta de orçamento da entidade e o programa de investimentos;
- IV – designar e dispensar os membros da diretoria;
- V – fixar a remuneração dos membros da diretoria;
- VI – aprovar e dispor sobre a alteração dos estatutos e a extinção da entidade por maioria, no mínimo, de dois terços de seus membros;
- VII – aprovar o regimento interno da entidade, que deve dispor, no mínimo, sobre a estrutura, forma de gerenciamento, os cargos e respectivas competências;

²⁷⁶ Obedecidas às normas vigentes, os indivíduos que constituíram a entidade são livres para elaborar o estatuto. Neste, disporão sobre o funcionamento, a composição, os objetos, as finalidades, a sede e tudo mais que importa na criação de uma entidade.

VIII – 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;

IX – aprovar e encaminhar, ao órgão supervisor da execução do contrato de gestão, os relatórios gerenciais e de atividades da entidade, elaborados pela diretoria;

X – fiscalizar o cumprimento das diretrizes e metas definidas e aprovar os demonstrativos financeiros e contábeis e as contas anuais da entidade, com o auxílio de auditoria externa.²⁷⁷

Conforme se observa do dispositivo legal acima transcrito, o conselho de administração possui atribuições únicas na entidade qualificada como OS. Embora o legislador tenha obrigado que os membros se encontrem ordinariamente apenas três vezes ao ano – conforme art. 3º, VI, da lei nº 9.637/98 –, a função que desempenham é imprescindível na coordenação da entidade.

São os membros do conselho que fixam o âmbito de atuação da entidade para consecução do objeto. Eles delimitam, portanto, como será exercida a atividade. Se a organização atuar na área de ensino, por exemplo, os conselheiros definirão como será a atuação da OS, especificando as ações a serem tomadas, podendo restringir as atividades à prestação de cursos técnicos ou ao ensino de informática para idosos, por exemplo.

Aos conselheiros compete também a aprovação do contrato de gestão, que será elaborado em comum acordo entre o órgão ou a entidade supervisora e a organização social.²⁷⁸ A eles também competem a aprovação e o encaminhamento – ao órgão supervisor da execução do contrato de gestão – dos relatórios gerenciais e de atividades da entidade, elaborados pela diretoria, bem como a fiscalização do cumprimento das diretrizes e metas definidas. Ou seja, além da aprovação do contrato de gestão, os conselheiros fiscalizam e orientam a execução desse instrumento contratual.

Destacam-se essas atribuições, pois será por meio do contrato de gestão que se especificará todo o exercício da atividade administrativa de fomento, bem como a forma pela qual o objeto da entidade será desenvolvido, pois nele se regulamenta o programa de trabalho proposto pela organização social.²⁷⁹

²⁷⁷ BRASIL, 1998a

²⁷⁸ “Art. 6º. O contrato de gestão, elaborado de comum acordo entre o órgão ou entidade supervisora e a organização social, discriminará as atribuições, responsabilidades e obrigações do Poder Público e da organização social. Parágrafo único. O contrato de gestão deve ser submetido, após aprovação pelo Conselho de Administração da entidade, ao Ministro de Estado ou autoridade supervisora da área correspondente à atividade fomentada” (BRASIL, 1998a).

²⁷⁹ “Art. 7º. Na elaboração do contrato de gestão, devem ser observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e, também, os seguintes preceitos: I – especificação do programa de trabalho proposto pela organização social, a estipulação das metas a serem atingidas e os respectivos prazos de execução, bem como previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de qualidade e produtividade; II – a estipulação dos limites e critérios para despesa

Também aos conselheiros compete estabelecer os critérios e os limites com a remuneração e as vantagens recebidas pelos dirigentes e empregados, fixar a remuneração dos membros da diretoria, designar e dispensar os diretores e aprovar por maioria, no mínimo de dois terços de seus membros, o plano e a estrutura de cargos, formas de gerenciamento e respectivas competências, salários e benefícios dos empregados da entidade. Assumem, portanto, um papel de coordenação na área de recursos humanos da entidade, pois tratam de vários aspectos relativos à remuneração, contratação e demissão de pessoal e da estrutura dos cargos existentes na entidade.

Quanto às finanças da organização social, é de competência dos membros do conselho de administração a aprovação da proposta de orçamento da entidade e do programa de investimentos, dos demonstrativos financeiros e contábeis e das contas anuais da entidade, com o auxílio de auditoria externa. Todos os aspectos financeiros relevantes da organização social passam pela aprovação dos conselheiros.

Ao conselho de administração cabe também a aprovação 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. Considerando a possibilidade de toda a verba utilizada pelas organizações sociais advir de repasse do Poder Público, por meio do contrato de gestão, aos conselheiros foi concebida importante atribuição. Um regulamento que não respeita os princípios administrativos propicia o mau uso da coisa pública, podendo ensejar o ajuizamento de ação de improbidade administrativa, por exemplo.

Por fim, consiste em atribuição do conselho de administração a aprovação e a disposição, por maioria de no mínimo dois terços de seus membros, acerca da alteração dos estatutos e da extinção da entidade. Ora, formado o conselho, seus membros podem modificar o estatuto da entidade privada, ou seja, podem alterar os rumos inicialmente elaborados por seus criadores. Aos conselheiros foi concebida a prerrogativa de até extinguir a entidade.

Por isso, observadas todas as atribuições do conselho de administração, constata-se que a qualificação de uma entidade como organização social pode alterar toda sua estrutura. Como os conselheiros podem alterar o estatuto da entidade, organizar o plano de carreira de diretores e demais empregados, especificar o âmbito de atuação, dentre outras ações, há de se

com remuneração e vantagens de qualquer natureza a serem percebidas pelos dirigentes e empregados das organizações sociais, no exercício de suas funções. Parágrafo único. Os Ministros de Estado ou autoridades supervisoras da área de atuação da entidade devem definir as demais cláusulas dos contratos de gestão de que sejam signatários” (BRASIL, 1998a).

reconhecer que os efeitos da qualificação não se restringem ao objeto do contrato de gestão celebrado com a União, pois toda a estrutura da entidade sofrerá influência dessa qualificação.

Por essa razão, destaca-se que, na hipótese de a União controlar a indicação dos membros do conselho de administração, haverá sim interferência estatal no funcionamento da entidade privada, ofendendo, portanto, o art. 5º, XVIII da CR/88. Embora o art. 3º da Lei nº 9.637/98 não confira ao Poder Público o controle das indicações dos membros do conselho de administração – lembrando que o particular que constituiu a entidade é livre para dispor a porcentagem de membros, dentre os 20 a 40% de representantes do Poder Público –, há de se salientar que após a qualificação da entidade e a composição do conselho de administração, os conselheiros não poderão alterar o estatuto visando possibilitar o controle da escolha dos membros pelo Estado.

Nesse ponto, é preciso ressaltar a importância dos órgãos de controle na fiscalização da escolha dos membros do conselho de administração, pois é vedado o controle do Poder Público na escolha desses conselheiros.²⁸⁰ Essa vedação justifica-se tanto pela afronta ao art. 5º, XVIII, da CR/88, quanto pela exigência do legislador, de que os representantes do Poder Público ocuparão de 20 a 40% das cadeiras dos membros do conselho de administração das OS.

Esclarecida a impossibilidade de se manejar a escolha dos membros do conselho de administração das organizações sociais, o art. 3º da Lei nº 9.637/98 não ofende o art. 5º, XVIII, da CR/88. Em momento algum se impõe o domínio dos membros do Poder Público na composição do conselho de administração das OS.

Na hipótese de os representantes do Poder Público não ultrapassarem o limite legal de 20 a 40%, não há ofensa ao art. 5º, XVIII, pois esses representantes são parte do grupo que constitui o conselho e não podem impor os comandos do Estado. Desta feita, não há ingerência na entidade, mas sim uma participação estatal na gestão da OS.

3.7.3 A utilidade dos representantes do Poder Público no conselho de administração das organizações sociais

A execução das diversas atividades de interesse público pela administração pública pede a participação de representantes de diferentes setores sociais na condução dessas

²⁸⁰ Ao se referir a Poder Público, o presente estudo entende que é vedado o controle da União. Nada impede, por exemplo, que os membros de notória capacidade profissional e reconhecida idoneidade moral sejam agentes públicos estaduais ou municipais, desde que estejam atuando sem representar os interesses dos Estados e Municípios aos quais estejam vinculados. Ou seja, veda-se que um ente público sujeite a entidade privada ao seu controle por meio da escolha majoritária dos membros do conselho de administração.

atividades, haja vista a pluralidade de interesses públicos existentes na sociedade contemporânea. É interessante, portanto, que o exercício de atividades de interesse público ocorra de forma a buscar a participação popular.²⁸¹

A disposição do conselho de administração das organizações sociais reflete, *a priori*, a busca pela diversificação de pessoas na gestão das OS, a fim de que o exercício da atividade possa ser realizado em consonância com os diferentes posicionamentos existentes acerca da satisfação do interesse zelado. A organização da entidade, a elaboração do contrato de gestão e as demais atribuições dos conselheiros serão realizadas de forma a propiciar que diferentes setores da sociedade civil – interessados na satisfação adequada do objeto da entidade – tenham representantes na OS.

Nesse ponto, questiona-se a utilidade da nomeação de representantes do Poder Público nesse conselho. Inicialmente, poder-se-ia sustentar a desnecessidade do fomento público a uma atividade que o Estado poderia prestar sozinho, a título de serviço público. Já que a administração pública é diretamente interessada na satisfação da atividade desenvolvida pela organização social, é possível questionar as razões pelas quais o próprio Poder Público não opte por desempenhar essas atividades – a título de serviço público – em que se poderia prever a participação social por meio de mecanismos diversos, como a audiência pública e as consultorias.

Ocorre que, o compartilhamento do controle da entidade – voltada ao desempenho de atividade de interesse público – em detrimento da concentração do controle, pela administração pública, é válido. Crê-se que o legislador reconheceu a necessidade de se juntar pessoas com conhecimento valioso e singular (*know how*), a fim de satisfazer interesses de toda

²⁸¹ “Com a promulgação da Constituição cidadã, parte da coletividade abandona uma postura de mera expectadora – muitas vezes decorrente do regime político autocrático existente à época da ditadura, que impunha um abismo entre o Poder Público e a sociedade civil – e paulatinamente assume um papel proativo no desenvolvimento e controle das funções públicas. Essa busca pela participação popular nas atividades administrativas fortaleceu-se tanto em razão do advento de um Estado substancialmente democrático – não apenas formalmente democrático – quanto pela patente incapacidade governamental de cumprir com seus objetivos. Diante dessa conjuntura social e política reiterou-se a imprescindibilidade de um novo modelo de atuação das entidades públicas. Pugnou-se por um modelo de governança democrática que superasse a dicotomia Estado-sociedade e que incluísse o cidadão no processo de determinação do interesse público, que deixa de ser compreendido como um monopólio estatal. Sob o prisma desse modelo de governança exige-se a disseminação dos círculos decisórios, haja vista a pluralidade de interesses públicos existentes e a necessidade de se conferir legitimidade na formulação e na eficácia da implantação de políticas públicas. O brado por essa nova modelagem de atuação estatal parte tanto de *fora para dentro*, por meio da sociedade civil organizada em movimentos democráticos participativos, quanto de *dentro para fora*, com a elaboração e a execução de políticas públicas baseadas na participação popular. O desejo pela implantação e aperfeiçoamento desse modelo cooperativo de atuação governamental é perceptível quando se verifica o crescimento exponencial de entidades do terceiro setor e o número crescente de campanhas sociais com objetivos políticos e sociais. Pela perspectiva do Poder Público, é cada vez mais comum a adoção de políticas públicas e demais mecanismos que promovem a participação popular nas atividades governamentais” (FORTINI; MIRANDA, 2013a).

coletividade sob óticas distintas. Um grupo diverso de pessoas possui, ao menos em tese, diferentes posicionamentos sobre uma mesma atividade. Essa diversificação de membros pode incrementar a coordenação da entidade.

A lógica adotada na instituição do conselho de administração das organizações sociais não é tão distinta da lógica adotada por algumas empresas em que as vontades daqueles envolvidos com a empresa – os grupos de sócios e os empregados – são representadas por algum representante nos conselhos administrativos. A estrutura organizacional das organizações sociais possui alguma semelhança com a estrutura de uma sociedade anônima, haja vista a existência de um conselho de administração e de uma diretoria.²⁸² Ocorre que nas sociedades

²⁸² A comparação entre o conselho de administração da OS com os conselhos existente em empresas privadas não é absurda se se constatar que não há nas normas que tratam das associações a obrigatoriedade de criação de qualquer tipo de conselho, cf: art. 54 da Lei nº 1046/02 (Código Civil) e art. 120 da Lei nº 6.015/73 (Lei dos Registros Públicos). Embora o conselho fiscal, por exemplo, seja comum nas associações, o legislador não impôs a obrigatoriedade de sua constituição. Diferentemente do que ocorre com as sociedades por ações em que se exige a criação do conselho de administração (art. 138, §2º, da Lei nº 6.404/76), assim como há essa mesma exigência em qualquer tipo de sociedade anônima (art. 161, da Lei nº 6.404/76). O conselho de administração das OS, assim como o Conselho de Administração disposto na Lei das Sociedades Anônimas, pauta-se na ideia de governança corporativa. Pode-se, portanto, entender que o conselho das organizações sociais é um instrumento que poderá aprimorar a administração da entidade. Em sentido distinto, é o posicionamento de Josenir Teixeira, cuja opinião vale ser transcrita: “Os Conselhos constituem-se em eficazes instrumentos de gestão. Alguns são instituídos por imposição legal. Outros, a partir da vontade dos idealizadores e constituidores das pessoas jurídicas, que inserem dispositivos nos atos constitutivos das pessoas jurídicas. Nas sociedades anônimas, a figura dos Conselhos tem feito parte da estratégia de governança corporativa e, por força das alterações advindas da Lei nº 12.431/11, que alterou o artigo 146 da Lei nº 6.404/76, levou à busca da profissionalização, uma vez que não há mais a necessidade de os membros do Conselho de Administração serem acionistas. Compete ao Conselho de Administração das sociedades anônimas (art. 142, Lei nº 6.404/76, por exemplo: fixar a orientação geral dos negócios da companhia, eleger e destituir os diretores da companhia e fixar-lhes as atribuições, observado o que a respeito dispuser o estatuto, fiscalizar a gestão dos diretores, manifestar-se previamente sobre o relatório da administração e as contas da diretoria. [...] No panorama mundial, o Conselho de Administração ganhou destaque com a crise financeira global que se propagou em 2008, onde muitos apontaram a sua inoperância a até mesmo convivência com as práticas adotadas pelas empresas em geral. Não se pode afirmar que a ideia do Conselho de Administração imposto pela Lei nº 9.637/98 às entidades sem fins lucrativos de direito privado seja subsidiária da Lei nº 6.404/76. O cerne da primeira quanto à existência do Conselho de Administração é a escancarada intromissão na existência e no desenvolvimento de atividades pela entidade privada vez que impõe na sua composição a presença de 20 a 40% de membros representantes do Poder Público (alínea “a”, inciso I, art. 3º)” (TEIXEIRA, 2012, p. 131). Para fins didáticos, vale transcrever os dispositivos acima mencionados: “Art. 54. Sob pena de nulidade, o estatuto das associações conterà: I – a denominação, os fins e a sede da associação; II – os requisitos para a admissão, demissão e exclusão dos associados; III - os direitos e deveres dos associados; IV - as fontes de recursos para sua manutenção; V – o modo de constituição e de funcionamento dos órgãos deliberativos; VI – as condições para a alteração das disposições estatutárias e para a dissolução. VII – a forma de gestão administrativa e de aprovação das respectivas contas” (BRASIL, 2002a). “Art. 120. O registro das sociedades, fundações e partidos políticos consistirá na declaração, feita em livro, pelo oficial, do número de ordem, da data da apresentação e da espécie do ato constitutivo, com as seguintes indicações: I – a denominação, o fundo social, quando houver, os fins e a sede da associação ou fundação, bem como o tempo de sua duração; II – o modo por que se administra e representa a sociedade, ativa e passivamente, judicial e extrajudicialmente; III – se o estatuto, o contrato ou o compromisso é reformável, no tocante à administração, e de que modo; IV – se os membros respondem ou não, subsidiariamente, pelas obrigações sociais; V – as condições de extinção da pessoa jurídica e nesse caso o destino do seu patrimônio; VI – os nomes dos fundadores ou instituidores e dos membros da diretoria, provisória ou definitiva, com indicação da nacionalidade, estado civil e profissão de cada um, bem como o nome e residência do representante dos exemplares. Parágrafo único. Para o registro dos partidos políticos, serão obedecidos, além dos requisitos deste artigo, os estabelecidos em lei específica” (BRASIL, 1973). “Art. 138. “À administração da companhia competirá, conforme dispuser o estatuto, ao conselho de administração e à diretoria, ou somente à diretoria. [...] §2º As

anônimas, o conselho de administração é um órgão de deliberação intermediário entre a assembleia geral e a diretoria.²⁸³

Feito esse paralelo com o conselho de administração das sociedades empresariais, há de se entender que nas organizações sociais, o Poder Público é apenas uma das partes interessadas na execução das atividades e um dos responsáveis na coordenação da OS.

Ademais, conforme já exposto no presente estudo, existem vários interesses públicos dispostos no ordenamento jurídico e, muitas vezes, há conflito entre eles. Como o Estado atua como um mediador na efetivação dos diversos interesses públicos, é imperiosa a participação popular na delimitação de determinado interesse em detrimento de outro. Dessa forma, a atuação conjunta de membros distintos da sociedade civil e do Poder Público no conselho de administração das OS demonstra ser uma tentativa de satisfazer de forma democrática as atividades de interesse público dispostas no *caput* do art. 1º da Lei nº 9.637/98.

O modo como se dá a escolha dos grupos de conselheiros das organizações sociais traduz, portanto, a forma íntima e cooperada de atuação do Estado com setores distintos da sociedade civil. A presença de representantes do Poder Público retrata, assim, a busca por uma sinergia entre o Estado e membros diversos da sociedade civil na consecução de uma atividade de interesse público. Ou seja, a presença do Estado justifica-se à medida que possui interesse na administração da entidade. É do interesse do Poder Público que a administração da entidade fomentada por ela seja ótima. Entretanto, não só o legítimo interesse do Estado na satisfação excelente das atividades prestadas pelas OS, como também a fiscalização sobre as contribuições designadas pela administração pública justificam a existência de seus representantes no conselho de administração. A presença de representantes do Poder Público é útil, portanto, também, na fiscalização de todo o aporte estatal feito às entidades qualificadas como organização social. Esses agentes públicos são responsáveis por averiguar o andamento escorreito e lícito da organização social sob a ótica estatal. No exercício de suas atribuições como conselheiro, os agentes públicos fiscalizam a utilização de bens, servidores e verbas públicas, além de auxiliar com seu *expertise* na administração da organização social.

companhias abertas e as de capital autorizado terão, obrigatoriamente, conselho de administração. Art. 161. A companhia terá um conselho fiscal e o estatuto disporá sobre seu funcionamento, de modo permanente ou nos exercícios sociais em que for instalado a pedido de acionista” (BRASIL, 1976).

²⁸³ Segundo muito bem anotou Sílvio Luís Ferreira da Rocha: “Mas, enquanto numa Sociedade Anônima eventuais atritos entre a diretoria e o conselho de administração são minimizadas pelo fato de os membros do conselho de administração serem também os acionistas controladores, na Organização Social esses atritos poderão ocorrer com maior frequência, pois o conselho de administração será composto, em sua maioria, por pessoas estranhas ao quadro social da pessoa jurídica. O conselho de administração na Organização Social, apresenta-se como uma nova instância de poder, superior à própria assembleia ou ao conselho curador, já que dentre as suas atribuições foram arroladas algumas exclusivas da Assembleia, como aprovar a alteração dos estatutos e extinguir a entidade por maioria, no mínimo, de dois terços de seus membros (art. 3º, VI, da Lei 9.637/98)” (ROCHA, 2006, p. 119).

Outro ponto favorável à presença dos representantes do Poder Público no conselho é sua capacidade técnica. Ou seja, além de ser “um braço” do Estado na entidade, não se pode negar a possível *expertise* desses indivíduos em determinados assuntos – o que elevaria a qualidade da gestão da OS. A esses conselheiros compete, portanto, propor boas ideias na coordenação da entidade, sob a ótica do Poder Público.

Compreendida a utilidade da existência de representantes do Poder Público no conselho de administração, vale compreender a legalidade dessa participação.

3.7.3.1 Da legalidade da participação dos agentes públicos no conselho de administração das organizações sociais

Antes de sustentar a legalidade da participação de agentes públicos no conselho de administração das OS, destaca-se que no conselho das organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP), qualificadas nos termos da Lei nº 9.790/99, é permitida a participação de servidores públicos.²⁸⁴ Embora o texto original da Lei nº 9.790/99 não dispusesse nada a respeito, o art. 6º da Medida Provisória nº 37, de 08 de maio de 2002 – que dispõe sobre a estruturação de órgãos, cria cargos em comissão no âmbito do Poder Executivo Federal e dá outras providências – propôs uma alteração no parágrafo único do art. 4º da lei das OSCIP. Com a conversão da Medida Provisória na Lei federal nº 10.539, de 23 de novembro de 2002, a redação sofreu alteração e ficou assim contemplada:

Art. 4º. Atendido o disposto no art. 3º, exige-se ainda, para qualificarem-se como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, que as pessoas jurídicas interessadas sejam regidas por estatutos cujas normas expressamente disponham sobre: [...]

III – a constituição de conselho fiscal ou órgão equivalente, dotado de competência para opinar sobre os relatórios de desempenho financeiro e contábil, e sobre as operações patrimoniais realizadas, emitindo pareceres para os organismos superiores da entidade;

Parágrafo único. **É permitida a participação de servidores públicos na composição de conselho de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, vedada a percepção de remuneração ou subsídio, a qualquer título.**²⁸⁵

²⁸⁴ Desde já vale destacar que o conselho das OSCIP é distinto do conselho de administração das organizações sociais. Nas OSCIP, há um conselho fiscal ou órgão equivalente com competência para opinar sobre os relatórios de desempenho financeiro e contábil, bem como sobre operações patrimoniais da entidade. É nesse conselho que se permite a participação de servidor público em percentual não definido em lei. As funções do conselho fiscal das OSCIP são muito menos abrangentes do que as atribuições impostas ao conselho de administração das OS, qualificadas nos termos da lei nº 9.637/98.

²⁸⁵ BRASIL, 2002b, destaque nosso.

Observado o dispositivo acima transcrito, entende-se que não há no ordenamento jurídico vedação à participação de servidores públicos no conselho fiscal das OSCIP. Feita essa breve observação, entende-se que também não há no ordenamento jurídico vedação à participação de representantes natos do Poder Público no conselho de administração das OS e a disposição legal constante na Lei nº 9.637/98 é suficiente para garantir a legalidade dessa participação.

Sustenta-se, todavia, que esses representantes devem possuir os seguintes requisitos para tornarem-se aptos a representar o Poder Público: a) possuir *expertise* para propor soluções adequadas à ótima gestão da entidade, do contrário seria inócua sua participação; b) possuir vínculo não precário com a administração pública, pois assim impede-se que o representante do Poder Público fique à mercê de obedecer todo e qualquer tipo de ordem de seus superiores – mesmo aquelas contrárias ao interesse público –, sob pena de perderem o cargo que ocupam, caso não cumpram as orientações traçadas.

Crê-se que, dentre todos os tipos de agentes públicos, as categorias dos servidores públicos estatutários e dos empregados públicos são as mais adequadas para a escolha dos conselheiros representantes do Poder Público, pois é a capacidade técnica que os tornam hábeis a compor o quadro de pessoal da administração pública e ambas as categorias possuem vínculo não precário com o Poder Público.

3.7.4 Das possíveis restrições impostas aos conselheiros na destituição de diretores e na alteração do estatuto da organização social

Conforme demonstrado nos itens anteriores, o presente estudo entende ser constitucional a participação de representantes do Poder Público no conselho de administração das entidades qualificadas como organização social. Viu-se também que, dentre as pessoas jurídicas de direito privado passíveis de pleitearem a qualificação de OS, somente as fundações e associações – nos termos da fundamentação desenvolvida neste trabalho – são aptas para tanto.

Ocorre que, o art. 4º, IV e VI, da Lei nº 9.637/98 arrola como atribuições do conselho de administração das OS a designação e dispensa de membros da diretoria e a aprovação e disposição sobre a alteração dos estatutos e a extinção da entidade por maioria, no mínimo, de dois terços de seus membros.

Tratando as entidades qualificadas como organização social de fundação ou de associação, essas atribuições conferidas ao conselho de administração poderiam ser aceitas com ressalvas, haja vista as vedações contidas no Código Civil. Apesar desse posicionamento não ser aceito no presente trabalho, vale mencioná-lo.

Conforme art. 59 do Código Civil, cuja redação foi dada pela Lei nº 11.127, de 28 de junho de 2005, em uma associação, compete privativamente à assembleia geral: “I – destituir os administradores; II – alterar o estatuto”. Nos termos do parágrafo único: “Para as deliberações a que se referem os incisos I e II deste artigo é exigido deliberação da assembléia especialmente convocada para esse fim, cujo quorum será o estabelecido no estatuto, bem como os critérios de eleição dos administradores.”²⁸⁶

A destituição dos administradores e a alteração do estatuto poderiam até ser propostas pelo conselho de administração, mas seriam os membros que compõem a assembleia geral os únicos competentes a exercer tais atribuições. Ou seja, com a promulgação da Lei nº 11.127/05, não se poderia mais aceitar que o conselho de administração das associações qualificadas como OS fosse competente para exercer as atribuições dispostas no art. 4º, IV e VI da Lei nº 9.637/98.

Entretanto, adotando-se o critério de especialidade da norma, há prevalência da norma especial sobre a geral.²⁸⁷ Por isso, a Lei nº 9.637/98 prevalecerá sobre o Código Civil, pois trata-se de norma específica. Portanto, as associações e as fundações qualificadas como OS deverão obedecer ao disposto na Lei nº 9.637/98.

Nas associações qualificadas como OS, o conselho de administração será sim competente para designar e dispensar os membros da diretoria e também aprovará a alteração dos estatutos e a extinção da entidade por maioria, no mínimo, de dois terços de seus membros.

Quanto às fundações, fazem-se ressalvas quanto às alterações no estatuto da entidade qualificada como OS. Os estatutos podem até sofrer alteração posterior, mas para que essa alteração possa vigorar, seria *mister* que se obedecesse aos requisitos dispostos no art. 67 do Código Civil:

Art. 67. Para que se possa alterar o estatuto da fundação é mister que a reforma:
I – seja deliberada por dois terços dos competentes para gerir e representar a fundação;
II – não contrarie ou desvirtue o fim desta;

²⁸⁶ BRASIL, 2002a.

²⁸⁷ “Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. §1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. §2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior. §3º Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência” (BRASIL, 1942).

III – seja aprovada pelo órgão do Ministério Público, e, caso este a denegue, poderá o juiz supri-la, a requerimento do interessado.²⁸⁸

As fundações qualificadas como organização social podem, após a qualificação, alterar o estatuto mediante a aprovação de dois terços dos componentes responsáveis pela gestão e representação da fundação. Até aqui, não se nega a possibilidade do conselho de administração das OS – cujos membros podem ser compreendidos como responsáveis pela gestão e representação da fundação – alterar o estatuto mediante aprovação de dois terços de seus membros. Todavia, vale observar que, nos termos do art. 46, III, do Código Civil, as pessoas jurídicas serão representadas, ativa e passivamente, nos atos judiciais e extrajudiciais, por quem os respectivos estatutos designarem, ou, não o designando, pelos seus diretores.²⁸⁹ Ou seja, se o estatuto não apontar que os membros do conselho de administração são os responsáveis pela gestão e representação da fundação, eles não poderiam alterar o estatuto da entidade, pois serão os diretores – da fundação qualificada como OS – os responsáveis por essa atribuição. Todavia, como a Lei nº 9.637/98 dispôs a competência do conselho de administração para alterar o estatuto, também nas fundações qualificadas como OS, é do conselho a competência para tanto.

Por, fim, dispõe o art. 68 do Código Civil, que, caso a alteração não houver sido aprovada “por votação unânime, os administradores da fundação, ao submeterem o estatuto ao órgão do Ministério Público, requererão que se dê ciência à minoria vencida para impugná-la, se quiser, em dez dias”²⁹⁰ e a alteração do estatuto deve ser aprovada pelo órgão do Ministério Público. Novamente, reitera-se o argumento de que a Lei nº 9.637/98, por se tratar de norma específica, prevalece sobre o CC/02, razão pela qual a alteração do estatuto não precisará obedecer a esses critérios: ciência à minoria vencida e aprovação da alteração pelo Ministério Público.

3.8 O contrato de gestão

O contrato de gestão origina-se dos contratos de programa (contratos de empresas, contratos de plano, contratos de objetivos) utilizados na França em meados do século XX.²⁹¹ O

²⁸⁸ BRASIL, 2002a

²⁸⁹ “Art. 46. O registro declarará: III – o modo por que se administra e representa, ativa e passivamente, judicial e extrajudicialmente” (BRASIL, 2002a).

²⁹⁰ BRASIL, 2002a. Nos termos do art. 48, parágrafo único, a minoria vencida na modificação dos estatutos terá prazo de decadência de três anos para promover-lhe a anulabilidade, quando a decisão violar a lei ou estatuto ou estiver eivada de erro, dolo, simulação ou fraude. (Cf. BRASIL, 2002a).

²⁹¹ DI PIETRO, 2008, p. 250.

Relatório Nora, apresentado em 1967, recomendou a celebração desses contratos entre o Estado francês e as empresas estatais, a fim de modernizá-las para não privatizá-las.²⁹² Em suma, esses contratos estipulavam metas condizentes com os planos governamentais, que seriam alcançadas pelas empresas estatais francesas mediante a outorga de maior autonomia e através da redução do controle sobre suas atividades – que se limitaria à análise estatal dos resultados alcançados.²⁹³

No ordenamento jurídico brasileiro, a expressão “contrato de gestão” foi utilizada pela primeira vez no Decreto nº 137, de 27 de maio de 1991, que instituiu o programa de Gestão das Empresas Estatais.²⁹⁴

Baseando-se nesse Decreto, os primeiros contratos de gestão foram celebrados com a Companhia Vale do Rio Doce (CVRD) e com a Petrobrás (Decreto s/nº, de 10 de junho de 1992 e o Decreto nº 1.050, de 27 de janeiro de 1994, respectivamente). Os artigos 2º e 3º de ambos os Decretos apontam os dois principais objetivos dos contratos de gestão: aumentar a eficiência e reduzir o controle exercido pela administração pública.²⁹⁵ Segundo bem analisou

²⁹² Baseando-se nas lições de Michel Durupty, sustenta Maria Sylvia Zanella Di Pietro que: “os contratos de programa foram inspirados no Relatório apresentado em 1967, por Simon Nora (relator de um grupo de trabalho interministerial das empresas públicas), que sugeria, para as empresas nacionais prestadoras de serviço público, diante do agravamento de sua situação financeira, uma nova definição dos papéis do Estado e das empresas, em que o primeiro permaneceria como o guardião dos equilíbrios fundamentais, e as empresas como responsáveis como responsáveis exclusivas pela gestão industrial e comercial. Esta nova repartição das competências vai conduzir a um esquema de relações de tipo contratual cujos elementos essenciais são a autonomia de gestão em proveito das empresas, a compensação de encargos sociais decorrentes da prestação do serviço público, a melhoria da rentabilidade financeira e a contratualização das relações entre as empresas públicas e o Estado” (DI PIETRO, *op. cit.* p. 252).

²⁹³ “Daí porque utilizou-se a expressão contratualização do controle” (DI PIETRO, *op. cit.* p. 253).

²⁹⁴ O Decreto nº 137/91 – revogado pelo Decreto nº 3.735, de 24 de janeiro de 2001 – instituiu o Programa de Gestão das Empresas Estatais (PGE) com o objetivo de promover a eficiência e a competitividade das empresas estatais. As empresas que se submetessem ao Programa submeteriam ao Estado propostas de contratos individuais de gestão, visando o aumento de sua eficiência e de sua competitividade, conforme art. 8º do Decreto nº 137/91 (BRASIL, 1991a).

²⁹⁵ Decreto s/nº/92: “Art. 2º. Salvo expressa e especial disposição em contrário, a CVRD, após a celebração do contrato individual de gestão, ficará sujeita, no âmbito do Poder Executivo, exclusivamente às normas de controle interno e supervisão ministerial, estabelecidas neste decreto e no referido contrato. Art. 3º O contrato individual de gestão a ser firmado com a CVRD visará a incrementar a sua eficiência e competitividade, assegurando-lhe maior autonomia administrativa, dentro do regime jurídico próprio de empresas privadas, conforme preceituado no art. 173, §1º, da Constituição, e terá os seguintes objetivos: I – eliminar fatores restritivos à flexibilidade da ação administrativa e empresarial da CVRD, com vistas a alcançar seus objetivos estratégicos; II – atingir metas e resultados específicos, fixados periodicamente e aferidos, por meio de indicadores, sistemática e conjuntamente pela União e a CVRD; III – contribuir para o cumprimento de obrigações assumidas pela CVRD em compromissos nacionais e internacionais, de modo a preservar a credibilidade da empresa junto aos mercados, clientes e associados; IV – consolidar o perfil da CVRD como empresa diversificada e competitiva, de âmbito internacional, de recursos naturais, indústrias e serviços correlatos” (BRASIL, 1992b). Decreto nº 1.050/94: “Art. 2º. Ressalvados os casos previstos em lei e salvo expressa e especial disposição em contrário, a PETROBRÁS, após a celebração do contrato individual de gestão, ficará sujeita, no âmbito do Poder Executivo, exclusivamente às normas de controle interno e supervisão ministerial estabelecidas neste decreto e no referido contrato, não lhe sendo aplicáveis as restrições regulamentares oriundas do Poder Executivo, em especial, o Decreto nº 825, de 28 de maio de 1993, suspendendo-se, por consequência, a respectiva eficácia normativa. Art. 3º. O contrato individual de gestão a ser firmado com a PETROBRÁS visará a aumentar a eficiência e incrementar a competitividade,

Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “as dispensas de controle prévio não podiam ser feitas com infringência a normas legais que disciplinem a matéria”.²⁹⁶ Apesar de reconhecer a possibilidade de os contratos de gestão serem úteis ao Estado e às empresas, a autora critica veementemente a afronta ao direito positivo. Adotando o mesmo posicionamento da autora, o TCU analisou o contrato de gestão celebrado com a Companhia Vale do Rio Doce e os Ministros concluíram que as empresas estatais estão sujeitas às normas constitucionais e infraconstitucionais, como a obrigatoriedade de contratar mediante concurso público (art. 37, II, da CR/88), observância do limite de remuneração dos dirigentes (art. 37, XI, da CR/88) e o cumprimento das normas de licitação e contratos (art. 37, XXI, da CR/88 e Lei nº 8.666/93), razão pela qual não poderia um Decreto derrogar tais normas.²⁹⁷

Baseando-se, também, no Decreto nº 137/91, foi editada a Lei nº 8.246, de 22 de outubro de 1991, que instituiu o Serviço Social Autônomo Associação das Pioneiras Sociais e autorizou o Poder Executivo a celebrar contrato de gestão com essa entidade privada.²⁹⁸ O Ministério da Saúde e a Secretaria da Administração Federal²⁹⁹ definiram os termos do contrato de gestão que estipulava objetivamente os prazos e as responsabilidades de cada parte além de definir os critérios para avaliação do retorno obtido com a aplicação dos recursos repassados ao Serviço Social Autônomo Associação das Pioneiras Sociais. A supervisão e a fiscalização do contrato de gestão competem ao Ministério da Saúde e ao TCU, respectivamente.³⁰⁰

assegurando-lhe maior autonomia de gestão administrativa e empresarial, dentro do regime jurídico próprio das empresas privadas, conforme preceituado no art. 173, §1º, da Constituição Federal, e terá os seguintes objetivos: I – eliminar fatores restritivos à flexibilidade da ação administrativa e empresarial da PETROBRÁS, com vistas a alcançar seus objetivos estratégicos; II – atingir metas e resultados específicos, fixados periodicamente e aferidos, conjuntamente pela União e a PETROBRÁS, por meio de indicadores e sistemática de avaliação; III – contribuir para o cumprimento de obrigações assumidas pela PETROBRÁS em compromissos internacionais e no País para assegurar o abastecimento do mercado Nacional de Petróleo, gás natural e derivados, de modo a consolidar a credibilidade da empresa junto aos mercados e às comunidades onde atua, clientes, acionistas empregados e à sociedade; IV – consolidar a atuação da PETROBRÁS como empresa integrada de petróleo e competitiva no âmbito internacional” (BRASIL, 1994a).

²⁹⁶ DI PIETRO, 2008, p. 257. Completa a autora: “[...] o que é importante ressaltar, por ora, é a dificuldade de aplicar-se às entidades da Administração Indireta os contratos de gestão, inspirados nos contratos franceses acima mencionados, diante das peculiaridades do direito positivo brasileiro. A dificuldade decorria do sistema rígido de restrições e controles estabelecido para tais entidades. Ocorre que no afã de copiar modelos do direito estrangeiro, foram sendo criadas situações à margem da lei. Isto porque os contratos de gestão, se, de um lado criam compromissos para as empresas estatais que os celebram, por outro lado exigem a outorga de maior autonomia de gestão, nem sempre possível diante do direito positivo brasileiro.”

²⁹⁷ BRASIL, 1994b.

²⁹⁸ Nos termos do art. 1º da Lei nº 8.246/91, o Serviço Social Autônomo Associação das Pioneiras Sociais constitui: “pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos, de interesse coletivo e de utilidade pública, com o objetivo de prestar assistência médica qualificada e gratuita a todos os níveis da população e de desenvolver atividades educacionais e de pesquisa no campo da saúde, em cooperação com o Poder Público” (BRASIL, 1991b).

²⁹⁹ A Secretaria da Administração Federal é um órgão de assistência direta e imediata ao Presidente da República, nos termos do art. 1º, §1º, b, da Lei nº 8.490, de 19 de novembro de 1992.

³⁰⁰ Segundo Sílvio Luís Ferreira da Rocha: “A finalidade do contrato de gestão também não está bem definida na lei. O contrato de gestão ora se apresenta como instrumento de realização do princípio da eficiência, ora se

O contrato de gestão também foi previsto no PDRAE. Trataram-no como mecanismo a ser utilizado pelas organizações sociais e pelas agências executivas para garantir: a) a eficiência no exercício de suas respectivas atividades; b) o aperfeiçoamento e o aumento do controle exercido tanto por parte do ministério supervisor, do Legislativo e do Judiciário, quanto da sociedade, sobre as atividades prestadas; c) a condução de suas atividades de acordo com as políticas públicas adotadas.³⁰¹ Percebe-se, portanto, que o contrato de gestão foi baseado em três pilares: 1) **eficiência** na execução das metas propostas, mediante a apresentação de indicadores de desempenho dessas metas;³⁰² 2) ampliação do **controle** sobre as atividades³⁰³ e 3) atuação segundo as políticas públicas traçadas.³⁰⁴

Sob a influência do PDRAE, o termo “contrato de gestão” foi inserido no ordenamento jurídico pátrio e nos dias atuais é comumente utilizado para se referir a duas

apresenta como um dos modos de exercício de controle da Administração pública sobre seus atos” (ROCHA, 2006, p. 52-53).

³⁰¹ “O contrato de gestão é um compromisso institucional, firmado entre o Estado, por intermédio de seus ministérios, e uma entidade pública estatal, a ser qualificada como Agência Executiva, ou uma entidade não-estatal, qualificada como Organização Social. Seu propósito é contribuir ou reforçar o atingimento de objetivos de políticas públicas, mediante o desenvolvimento de um programa de melhoria da gestão, com vistas a atingir uma superior qualidade do produto ou serviço prestado ao cidadão. Um contrato de gestão especifica metas (e respectivos indicadores), obrigações, responsabilidades, recursos, condicionantes, mecanismos de avaliação e penalidades. Por parte do Poder Público contratante, o contrato de gestão é um instrumento de implementação, supervisão e avaliação de políticas públicas, de forma descentralizada, racionalizada e autonomizada, na medida em que vincula recursos ao atingimento de finalidades públicas. Por outro lado, no âmbito interno das organizações (estatais ou não-estatais) contratadas, o contrato de gestão se coloca como um instrumento de gestão estratégica, na medida em que direciona a ação organizacional, assim como a melhoria da gestão, aos cidadãos/clientes beneficiários de determinadas políticas públicas. O contrato de gestão, enquanto instrumento-chave que regula o relacionamento entre ministérios e entidades (estatais ou não-estatais) executoras de atividades sob sua supervisão, destina-se, principalmente, a: • clarificar o foco da instituição, interna e externamente; • oferecer uma base para se proceder à comparação entre o atual desempenho da instituição e o desempenho desejado; • definir níveis de responsabilidade e responsabilização; • possibilitar os controles social, por resultados e por comparação com outras instituições” (BRASIL, 1998c, p. 35).

³⁰² Como cláusula básica dos contratos de gestão, impôs-se os indicadores de desempenho: “forma de representação quantificável, e também de natureza qualitativa, para mensuração do atingimento das metas propostas, tendo como base um determinado padrão de excelência, adotado ou convencionado, para julgamento da adequação do nível de realização de cada meta programada, considerando o horizonte de tempo da avaliação” (BRASIL, 1998c, p. 37).

³⁰³ Também como cláusula básica do contrato de gestão, há uma sistemática de avaliação assim definida nos documentos do Caderno da MARE: “tri ou quadrimestralmente o ministério supervisor e a instituição deverão programar reuniões de acompanhamento e avaliação, para a verificação objetiva do grau de atingimento das metas, com base nos seus indicadores. Os resultados alcançados deverão ser objeto de análise, pelo ministério supervisor, que norteará as correções necessárias de rumo, para possibilitar a plena eficácia do instrumento. Durante esse acompanhamento, é importante a avaliação da eficácia de seus indicadores, podendo, em comum acordo com o ministério supervisor, alterá-los por meio de aditivos ao contrato, caso se mostrem inadequados à aferição que se pretende realizar. Os relatórios parciais e final deverão ser encaminhados ao ministério supervisor, para parecer técnico, o qual será encaminhado ao MARE” (BRASIL, 1998c, p. 37).

³⁰⁴ “A dinâmica do contrato de gestão, que deverá ser orientado pelos objetivos das políticas públicas num ambiente mutante e norteador da ação organizacional da entidade contratada, requer flexibilidade e acompanhamento constantes, de modo que eventuais desvios possam induzir alterações nos objetivos ou na sua forma de implementação. Nesse sentido, vale lembrar que, em nome do cumprimento das metas acordadas, o ministério supervisor tem sempre a possibilidade de interferir na situação, via conselho de administração ou direção, e via renegociação do contrato de gestão” (BRASIL, 1998c, p. 42).

situações distintas³⁰⁵: a) nos termos do art. 37, §8º, da CR/88, o contrato de gestão é usado para aumentar a autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta, por meio da fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade³⁰⁶; b) nos termos do art. 5º, da Lei nº 9.637/98, o contrato de gestão é definido como “o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas relacionadas no art. 1º.”³⁰⁷

Em razão da proposta do presente trabalho, a análise do contrato de gestão será restrita ao âmbito das OS, disciplinadas na Lei nº 9.637/98.

3.8.1 *A natureza jurídica do contrato de gestão celebrado com as organizações sociais*

A natureza jurídica do contrato de gestão gera divergências na doutrina brasileira. Embora seja denominado “contrato”, para Maria Sylvania Zanella Di Pietro, o contrato de gestão possui natureza jurídica de acordo, assim como o convênio e o termo de parceria.³⁰⁸ Marçal Justen Filho também considera que o contrato de gestão, assim como o termo de parceria, pode configurar como uma modalidade de convênio.³⁰⁹

Para Sílvio Luís Ferreira da Rocha, o contrato de gestão possui peculiaridades existentes tanto no contrato administrativo quanto no convênio, mas com “leve predominância do regime do contrato administrativo, porém não em sua totalidade, o que autoriza-nos a

³⁰⁵ Diz-se que o contrato de gestão é frequentemente utilizado para se referir às duas situações acima mencionadas, mas não se ignora que a nomenclatura também é utilizada para tratar dos vínculos entre a administração pública e alguns serviços sociais autônomos.

³⁰⁶ “Art. 37 [...] §8º A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) I – o prazo de duração do contrato; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) II – os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) III – a remuneração do pessoal” (BRASIL, 1988). Nem se ignora a divergência quanto à natureza jurídica desse tipo de contrato de gestão, nem se ignora as controvérsias acerca de sua constitucionalidade. Como esse não é o objetivo do presente trabalho, não serão tecidos comentários acerca da questão. Ater-se-á à análise do contrato de gestão celebrado com as OS.

³⁰⁷ BRASIL, 1998a.

³⁰⁸ DI PIETRO, 2008, p. 260.

³⁰⁹ “Em síntese, as figuras do contrato de gestão e do termo de parceria podem configurar uma modalidade de convênio, hipótese em que haveria inexigibilidade de licitação por inviabilidade de competição. [...] No entanto e ainda nessa hipótese, será imperioso um processo seletivo quando existir uma pluralidade de particulares em situação equivalente, cada qual propondo soluções distintas e excludentes para a utilização de recursos públicos escassos. [...] Se houver pluralidade de alternativas ou pretendentes, será obrigatória a realização de processo formal de avaliação da solução mais satisfatória, de acordo com critérios objetivos” (JUSTEN FILHO, 2012, p. 39-40).

classificar o contrato de gestão como um *contrato degradado*. Falta-lhe, na essência, o reconhecido direito ao equilíbrio econômico financeiro do administrado.”³¹⁰

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, trata-se de contrato administrativo cuja celebração a Lei nº 9.637/98 pretendeu permitir sem licitação.³¹¹ Tarso Cabral Violin, também sustenta que os contratos de gestão possuem natureza de contrato administrativo.³¹²

Para que se possa definir a natureza jurídica do contrato de gestão, antes deve-se esclarecer que o presente estudo considera contrato como o “negócio jurídico constituído por duas ou mais partes que acordam quanto ao objeto, tendo por finalidade adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos.”³¹³

Para que exista um contrato, é necessário o consenso entre partes (acordo de vontades) para a produção de efeitos jurídicos. Esse acordo mútuo é imprescindível, pois as partes devem manifestar suas respectivas vontades – até porque é inadmissível que exista contrato com uma parte que não pretendeu celebrá-lo.³¹⁴

Nesse consenso, as partes ocupam posição jurídica distinta na relação jurídica formada: “a oposição das partes refere-se à posição que ocupam na relação jurídica, não sendo necessário que sejam antagônicos os interesses dos contratantes. Em razão da posição distinta ocupada por cada parte em um contrato é que se faz necessário consentir quanto ao seu objeto.”³¹⁵

Quanto ao objeto, este pode ou não ter conteúdo patrimonial. A necessidade de produção de efeitos obrigacionais na esfera patrimonial não caracteriza o contrato.³¹⁶

³¹⁰ ROCHA, 2006, p. 67.

³¹¹ “[...] seriam, pois, em princípio, pura e simplesmente, ‘contratos administrativos’, figura jurídica perfeitamente conhecida. Deveras, aqui nada mais haveria senão – como é corrente no Direito Administrativo – relacionamento de natureza contratual entre o Poder Público e um outro sujeito encartado no universo privado” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 240).

³¹² “[...] neles [contrato de gestão] há interesses contraditórios, nos quais a Administração pretende que determinado serviço seja realizado e pagará para que as organizações sociais o realizem. Nos contratos de gestão também há as prerrogativas da Administração pública existentes nos contratos administrativos. É claro que os contratos de gestão têm algumas peculiaridades, e às vezes até são semelhantes aos convênios, mas não há como, pela importância dos serviços realizados pelas organizações sociais, que estas tenham apenas vínculo de convênio com a Administração pública, situação em que elas possam denunciar a qualquer momento, sem penalidades” (VIOLIN, 2010, p. 256).

³¹³ MAGALHÃES, 2012, p. 135.

³¹⁴ MAGALHÃES, 2012, p. 136. Por isso é imprescindível a manifestação de vontade. O desejo psíquico do indivíduo é juridicamente irrelevante, assim como também é irrelevante o interesse da parte que não é manifestado.

³¹⁵ MAGALHÃES, *op. cit.* p. 136. Importante destacar também que parte não se confunde com pessoa. Uma parte contratual pode, por exemplo, ser composta por inúmeras pessoas.

³¹⁶ “A dinâmica da vida cotidiana, bem como as complexas e diversas relações sociais formadas nas inúmeras e diferentes culturas, não se limitam a relações contratuais de caráter econômico. Incontáveis são os contratos envolvendo direitos personalíssimos, por exemplo, em que não se formam relações patrimoniais” (MAGALHÃES, *op. cit.* p. 138). No mesmo sentido: “O objeto não importa; pode ser de natureza patrimonial ou familiar, ou mesmo incluir-se na esfera do Direito Privado ou na do Direito Público” (BATISTA JÚNIOR, 2007, p. 203). Em sentido contrário: “O objeto de um contrato deve ter valor econômico, podendo ser avaliado em dinheiro. Aliás, é desse

E só haverá contrato se as partes manifestarem suas respectivas vontades livremente e se as vontades manifestadas não confrontarem o ordenamento jurídico vigente.³¹⁷ Entretanto, desde o modelo de contrato vigente no Estado Liberal, não se permite uma liberdade contratual absoluta, haja vista o intervencionismo estatal.³¹⁸ Muitos são os valores a serem preservados nos contratos que impedem uma liberdade contratual irrestrita. Por isso, a liberdade inerente à noção de contrato muitas vezes estará restrita à aceitação ou não das cláusulas contratuais elaboradas integralmente pela outra parte, o que ocorre no contrato de adesão, amplamente utilizado na sociedade contemporânea.

Por fim, a característica que mais importa ao presente estudo são os interesses contrapostos existentes em um contrato. A formação de um contrato não exige a contraposição de interesse das partes contratantes, pois importa é que os efeitos reflitam nas partes que dele façam parte. Por essa razão, Carlos Ferreira de Almeida sustenta que o contrato é um acordo reflexivo.³¹⁹ Valendo-se novamente das lições de Gustavo Alexandre Magalhães, entende-se que: “a ideia de contraposição de interesses foi concebida tendo por norte única e exclusivamente os contratos de troca, cujo exemplo maior é o contrato de compra e venda. A contraposição de interesses não se confunde com a divergência de interesses.”³²⁰

Compreendidas as características do contrato, percebe-se que todas as suas características encontram-se no contrato de gestão, que é um acordo de vontades entre o Poder

tipo de deveres, ou seja, deveres jurídico patrimoniais, que cuida o Direito das Obrigações, no qual se inserem os contratos, enquanto fonte de obrigações. A ausência desse requisito torna o contrato negócio jurídico inexistente. Não é contrato a combinações entre duas pessoas de se abraçarem todas as manhãs” (FIÚZA, 2006, p. 399).

³¹⁷ MAGALHÃES, *op. cit.* p.138-139.

³¹⁸ “A liberdade para contratar jamais foi ilimitada e, ademais, com o contrato de adesão, bem como com o contrato coativo (como, por exemplo, o seguro obrigatório), vai-se verificar, cada vez mais, o dirigismo estatal” (GOMES, 2001, p. 30-31). Nesse sentido, complementa Gustavo Alexandre Magalhães: “Dessa forma, razão não há para ainda se valer das premissas utilizadas pela doutrina tradicional, vinculada até hoje aos ideais liberais. Assim, apresenta-se como princípio norteador de todo contrato o princípio da liberdade contratual que, ante a evolução do entendimento de autonomia privada, sofreu inevitáveis modificações que o restringiram a fim de se poder alcançar os fins do Estado Democrático de Direito” (MAGALHÃES, *op. cit.* p. 142).

³¹⁹ “O contrato não implica sempre na contraposição de interesses, mas enquanto ato de autonomia, o acordo por que se forma reflete-se sempre nas pessoas que nele são parte. O contrato é um acordo reflexivo” (ALMEIDA, 2005, p. 37).

³²⁰ MAGALHÃES, 2012, p. 144. A fim de embasar a argumentação tecida, o autor menciona a doutrina de Pontes de Miranda que ao tratar de negócios jurídico bilaterais ou plurilaterais, sustenta que as vontades de duas ou mais pessoas devem ser diferentes e **enantiomórficas**. Os interesses manifestados são **enantiomórficos**, pois não são idênticos, tampouco se sobrepõem, mas são complementares, pois se relacionam para atender ao interesse das diferentes partes, (cf.: MAGALHÃES, *op. cit.* p. 145). Vale transcrever as lições de Pontes de Miranda: “Se há duas ou mais pessoas que manifestam vontades diferentes e enantiomórficas, há negócio jurídico bilateral ou plurilateral, porque a enantiomorfia, partindo de esferas jurídicas diferentes, tem de exprimir o que as duas vontades exprimem. Se há diferença sem haver enantiomorfia, há pluralidade de negócios jurídicos, e não negócios jurídicos bilaterais ou plurilaterais. Só é bilateral o negócio jurídico quando a enantiomorfia é admitida no mundo jurídico (= suscetível de composição para entrar no mundo jurídico); doar e receber doação, vender e comprar, trocar a por b, dar e receber em locação, prestar serviço e receber salário” (PONTES DE MIRANDA, 2000, p. 176).

Público e a OS (partes contratuais), com vista a executar as atividades tratadas no art. 1º da Lei nº 9.637/98, por meio do fomento estatal.

Atendo-se à definição legal de contrato administrativo disposta no art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, deve-se considerar o contrato de gestão um contrato administrativo, pois suas características enquadram-se na definição constante nesse artigo:

Art. 2º [...]

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.³²¹

Trata-se, dessa forma, de contrato administrativo cujo objeto é a regulamentação do fomento destinado às entidades qualificadas como OS, celebrado entre a Administração Pública federal e a entidade privada qualificada como organização social.

3.8.2 *O regime jurídico do contrato de gestão*

O contrato de gestão é contrato administrativo, logo, submete-se ao regime jurídico de direito público. O art. 7º, da Lei nº 9.637/98, expressamente determina a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e economicidade.

Como se trata de um contrato administrativo, necessariamente a sua celebração deve ser antecedida por um procedimento licitatório, nos termos do art. 37, XXI, da Constituição. Como o legislador não dispensou a licitação, tampouco a tornou inexigível quando da celebração de contrato de gestão com as OS, não há justificativa legal para tanto.³²²

A submissão prévia ao procedimento licitatório não se justifica “apenas” pela exigência constitucional, pois há que se lembrar de que o contrato de gestão é o instrumento responsável pelo fomento estatal destinado às OS. Por meio dele é que se permite a cessão de servidores públicos, com ônus para a origem, a destinação de recursos orçamentários e bens públicos, dispensada a licitação, bem como o exercício das atividades contempladas no contrato de gestão pela OS mediante contrato de prestação de serviços, com dispensa de licitação (art. 24. XXIV, da CR/88). Ou seja, salvo o recebimento do título de utilidade pública, todo o fomento destinado às OS é efetuado pelo contrato de gestão.

³²¹ BRASIL, 1993a.

³²² Também Sílvio Luís Ferreira da Rocha e Tarso Cabral Violin sustentam a necessidade de realizar licitação previamente à celebração dos contratos de gestão, a não ser nos casos de dispensa e inexigibilidade (VIOLIN, 2010, p. 257; ROCHA, 2006, p. 141-142).

Como a administração pública deve assegurar a todos os interessados a possibilidade de disputar o direito de contratar com ela, a instauração de processo competitivo evita a ocorrência de favorecimentos injustos. Ou seja, não só o princípio da isonomia deve ser resguardado, mas também é imprescindível que se garanta a ampla concorrência entre os licitantes a fim de que a administração obtenha a proposta mais vantajosa.

É descabido que o Poder Público contrate uma entidade sem que ela comprove estar apta a ser contratada. A aplicação da Lei nº 8.666/93 exige que as entidades interessadas em participar do certame habilitem-se, apresentando a documentação relativa a: I – habilitação jurídica; II – qualificação técnica; III – qualificação econômico-financeira; IV – regularidade fiscal e trabalhista; V – cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal, conforme exige o art. 27 da Lei nº 8.666/93.

Com as organizações sociais não é diferente, pois ela também deve apresentar toda documentação exigida no art. 27. Por isso todo o fomento destinado às entidades qualificadas como organização social, nos termos definidos pelo contrato de gestão, estará sujeito à licitação, preservando-se, assim, o princípio da isonomia – haja vista o fomento ocorrer nos termos do contrato de gestão e não pela qualificação da entidade.

Mesmo que em determinada situação se comprove a dispensa ou mesmo a inexigibilidade de licitação, a administração pública deve instaurar procedimento administrativo que aponte a necessidade de contratação direta.

3.8.3 A elaboração e execução do contrato de gestão

Via de regra, o contrato administrativo é de adesão, ou seja, suas cláusulas são previamente estabelecidas pela administração pública, cabendo aos particulares aceitá-las ou não.³²³ O art. 6º, da Lei nº 9.637/98, estabelece, no entanto, que o contrato de gestão será “elaborado de **comum acordo** entre o órgão ou entidade supervisora e a organização social, discriminará as atribuições, responsabilidades e obrigações do Poder Público e da organização

³²³ “Todas as cláusulas dos contratos administrativos são fixadas unilateralmente pela Administração. Costuma-se dizer que, pelo instrumento convocatório da licitação, o poder público faz uma oferta a todos os interessados, fixando as condições em que pretende contratar; a apresentação de propostas pelos licitantes equivale à aceitação da oferta feita pela Administração. Essa ideia se confirma com a norma do artigo 40, §2º, da Lei nº 8.666, segundo a qual, dentre os anexos do edital da licitação, deve constar necessariamente ‘a minuta do contrato a ser firmado entre a Administração e o licitante vencedor’; com isto, fica a minuta do contrato sujeita ao princípio da vinculação ao edital. Mesmo quando o contrato não é precedido de licitação, é a Administração que estabelece, previamente, as cláusulas contratuais, vinculada que está às leis, regulamentos e ao princípio da indisponibilidade do interesse público” (DI PIETRO, 2012, p. 275).

social.”³²⁴ Embora não se ignore a exigência disposta no art. 6º, da Lei nº 9.637/98, a maioria das cláusulas não serão elaboradas de comum acordo, pois tratando-se de um contrato administrativo, o contrato de gestão deverá obedecer aos dispositivos da Lei nº 8.666/93, especialmente o art. 55, que trata das cláusulas necessárias, e o art. 61. Ou seja, o Estatuto das licitações exige uma gama de cláusulas que impede que todo o contrato seja elaborado em comum acordo.

A participação da OS na elaboração do contrato de gestão refere-se tanto ao programa de trabalho proposto por ela, cuja aprovação e especificação ficam sob o crivo do Poder Público, quanto às demais especificações tratadas no art. 7º, da Lei nº 9.637/98³²⁵, quais sejam: a) estipulação de metas para cumprir a proposta; b) definição dos prazos de execução de cada etapa e dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados pelo Poder Público; c) estipulação dos limites e dos critérios para despesa com remuneração de pessoal e as vantagens de qualquer natureza recebidas pelos dirigentes e empregados das organizações sociais.³²⁶ Ou seja, a participação da OS na elaboração do contrato de gestão é limitada, haja vista as exigências da Lei nº 8.666/93, por isso o art. 6º, da Lei nº 9.637/98, deve ser interpretado restritivamente.

Vale destacar também que no contrato de gestão será descrita a forma de atuação da entidade, especificando o modo como a atividade será prestada – se gratuita ou onerosa – e o segmento de atuação da entidade. Importante observar que a OS não é obrigada a prestar suas atividades gratuitamente – sequer é obrigada, *a priori*, a prestar parcela do serviço gratuitamente –, tampouco os serviços prestados devem, necessariamente, visar à generalidade

³²⁴ BRASIL, 1998a, destaque nosso.

³²⁵ “Art. 7º. Na elaboração do contrato de gestão, devem ser observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e, também, os seguintes preceitos: I – especificação do programa de trabalho proposto pela organização social, a estipulação das metas a serem atingidas e os respectivos prazos de execução, bem como previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de qualidade e produtividade; II – a estipulação dos limites e critérios para despesa com remuneração e vantagens de qualquer natureza a serem percebidas pelos dirigentes e empregados das organizações sociais, no exercício de suas funções. Parágrafo único. Os Ministros de Estado ou autoridades supervisoras da área de atuação da entidade devem definir as demais cláusulas dos contratos de gestão de que sejam signatários” (BRASIL, 1998a).

³²⁶ Nesse ponto, é importante destacar a participação da organização social na elaboração do contrato de gestão. Do contrário, se apenas o Estado o elaborasse, o art. 7º, II, da Lei nº 9.637/98, seria inconstitucional, pois confrontaria o art. 5º, XVIII, da CR/88, haja vista tratar-se de hipótese em que se configuraria interferência estatal no funcionamento da associação ou fundação qualificada como OS. Se o Estado elaborasse todo o contrato de gestão – sem a participação da OS – necessariamente teria que estipular os limites e critérios para despesa com remuneração e vantagens de qualquer natureza a serem percebidas pelos dirigentes e empregados das organizações sociais, no exercício de suas funções, o que, para o presente estudo, seria uma interferência estatal na entidade, confrontando o art. 5º, XVIII, da CR/88.

das pessoas, pois é possível que o tipo de atividade seja específico o suficiente a ponto de impedi-lo.³²⁷

Após elaborado o contrato de gestão, deve-se submetê-lo à aprovação pelo conselho de administração e, depois, à aprovação do Ministro ou autoridade supervisora da área corresponderá à atividade fomentada para aprovação.³²⁸

Aprovado o contrato por ambas as partes, inicia-se a execução. Nos termos do art. 8º da Lei nº 9.637/98, compete à OS apresentar relatório da execução das atividades ao término de cada exercício ou a qualquer momento. Os resultados atingidos serão analisados por comissão de avaliação, indicada pela autoridade supervisora da área correspondente, composta por especialistas de notória capacidade e adequada qualificação. Essa comissão encaminhará à autoridade supervisora relatório conclusivo sobre a avaliação procedida.³²⁹

Qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou bens de origem pública deverá ser comunicada ao TCU, ao Ministério Público ou à Advocacia-Geral da União.³³⁰

³²⁷ Em sentido contrário: “As posições extremadas quanto à gratuidade devem ser evitadas. A Lei não exige a prestação gratuita integral de serviços pelas entidades, para que elas possam obter o título de Organização Social e celebrar o contrato de gestão. No entanto, parece-nos necessário que parcela substancial do atendimento pela Organização Social seja feito de modo gratuito, sem a cobrança de qualquer contraprestação pecuniária, ou que, pelo menos, os serviços gratuitos correspondam, no mínimo, ao total do volume de recursos (financeiros, humanos e materiais) repassados pelo Estado à Organização Social, sob pena de haver por parte delas, apenas, a mera apropriação de recursos públicos, sem a respectiva contraprestação. O requisito da universalidade, por sua vez, pode restringir-se ao que pode ser definido como ‘universo restrito’, desde que não haja discriminação. Quer dizer, não se exige que a Organização Social atenda a todos que a procurarem, mas ela pode especializar-se n atendimento de um determinado segmento da população. Creio ser necessário exigir-se um mínimo de generalidade na prestação de serviços educacionais, assistenciais ou culturais, porque a Organização Social, ao substituir o Estado na prestação de relevantes serviços à população, deve observar, minimamente, o regime jurídico administrativo, que, entre outros princípios, segue o da igualdade dos administrados em face da Administração e o da universalidade da ação administrativa” (ROCHA, 2006, p. 143-144).

³²⁸ “Art. 6º [...] Parágrafo único. O contrato de gestão deve ser submetido, após aprovação pelo Conselho de Administração da entidade, ao Ministro de Estado ou autoridade supervisora da área correspondente à atividade fomentada” (BRASIL, 1998a).

³²⁹ “Art. 8º. A execução do contrato de gestão celebrado por organização social será fiscalizada pelo órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade fomentada. §1º – A entidade qualificada apresentará ao órgão ou entidade do Poder Público supervisora signatária do contrato, ao término de cada exercício ou a qualquer momento, conforme recomende o interesse público, relatório pertinente à execução do contrato de gestão, contendo comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados, acompanhado da prestação de contas correspondente ao exercício financeiro. §2º – Os resultados atingidos com a execução do contrato de gestão devem ser analisados, periodicamente, por comissão de avaliação, indicada pela autoridade supervisora da área correspondente, composta por especialistas de notória capacidade e adequada qualificação. §3º – A comissão deve encaminhar à autoridade supervisora relatório conclusivo sobre a avaliação procedida” (BRASIL, 1998a).

³³⁰ “Art. 9º. Os responsáveis pela fiscalização da execução do contrato de gestão, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou bens de origem pública por organização social, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária. Art. 10. Sem prejuízo da medida a que se refere o artigo anterior, quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público, havendo indícios fundados de malversação de bens ou recursos de origem pública, os responsáveis pela fiscalização representarão ao Ministério Público, à Advocacia-Geral da União ou à Procuradoria da entidade para que requeira ao juízo competente a decretação da indisponibilidade dos bens da entidade e o sequestro dos bens

A execução do contrato de gestão deve tanto obedecer aos dispositivos da Lei nº 9.637/98 quanto à Lei nº 8.666/93. Por isso o Poder Público não apenas acompanha e fiscaliza a execução do contrato de gestão, mas também deve orientar, intervir e aplicar penalidades quando cabíveis. Todas as chamadas cláusulas exorbitantes são aplicadas ao contrato de gestão.

Na execução do contrato de gestão, a OS poderá exigir o cumprimento das obrigações assumidas pelo Poder Público.

3.8.4 A extinção do contrato de gestão

A extinção do contrato de gestão poderá ocorrer pelas vias normais, ou seja, pelo **término do prazo de duração do contrato** ou pelo **atendimento do objeto do contrato**, se a atividade não tiver por característica a continuidade – como a elaboração de um projeto científico determinado, por exemplo, a construção de um robô ou a descoberta de uma determinada vacina.

Como todo contrato administrativo, pode extinguir-se de forma bilateral (hipótese em que há consenso), ou pela via unilateral pela administração pública: por razões de interesse público de alta relevância e amplo conhecimento (art. 78, XII)³³¹ ou em razão das faltas cometidas pelo contratado (art. 78, I a VIII e XVIII).³³² A OS poderá, via Poder Judiciário, rescindir o contrato de gestão em razão de descumprimento de obrigações do Poder Público.

dos seus dirigentes, bem como de agente público ou terceiro, que possam ter enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público. §1º – O pedido de seqüestro será processado de acordo com o disposto nos arts. 822 e 825 do Código de Processo Civil. §2º – Quando for o caso, o pedido incluirá a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações mantidas pelo demandado no País e no exterior, nos termos da lei e dos tratados internacionais. §3º – Até o término da ação, o Poder Público permanecerá como depositário e gestor dos bens e valores seqüestrados ou indisponíveis e velará pela continuidade das atividades sociais da entidade” (BRASIL, 1998a).

³³¹ “Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato: [...] XII – razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato” (BRASIL, 1993a).

³³² “Art. 78. [...] I – o não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos; II – o cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos e prazos; III – a lentidão do seu cumprimento, levando a Administração a comprovar a impossibilidade da conclusão da obra, do serviço ou do fornecimento, nos prazos estipulados; IV – o atraso injustificado no início da obra, serviço ou fornecimento; V – a paralisação da obra, do serviço ou do fornecimento, sem justa causa e prévia comunicação à Administração; VI – a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato; VII – o desatendimento das determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a sua execução, assim como as de seus superiores; VIII – o cometimento reiterado de faltas na sua execução, anotadas na forma do §1º do art. 67 desta Lei [...] XVIII – descumprimento do disposto no inciso V do art. 27, sem prejuízo das sanções penais cabíveis” (BRASIL, 1993a).

Observa-se que o inadimplemento do contrato pela OS gera, além da extinção do contrato de gestão, a desqualificação da entidade e a responsabilização solidária dos diretores da Organização Social pelos danos causados:

Art. 16. O Poder Executivo poderá proceder à desqualificação da entidade como organização social, quando constatado o descumprimento das disposições contidas no contrato de gestão. §1º A desqualificação será precedida de processo administrativo, assegurado o direito de ampla defesa, respondendo os dirigentes da organização social, individual e solidariamente, pelos danos ou prejuízos decorrentes de sua ação ou omissão. §2º A desqualificação importará reversão dos bens permitidos e dos valores entregues à utilização da organização social, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.³³³

Por fim, vale mencionar o art. 79, §2º que possibilita a rescisão contratual por motivo de caso fortuito ou força maior. Estabelece esse dispositivo que, na ocorrência dessas hipóteses e comprovada a impossibilidade da execução do contrato, o contratado será ressarcido dos prejuízos regularmente comprovados.

Entende-se que, nessa hipótese, não havendo atuação culposa das partes, ainda quando verificada força maior ou caso fortuito, o contrato rescinde-se sem que uma parte tenha o dever de indenizar a outra por perdas e danos: “cada parte tem o direito às prestações executadas até o momento em que o evento se verificou.”³³⁴ Ou seja, na ocorrência de caso fortuito ou força maior que impossibilite a execução contratual, há rescisão inequívoca e natural do vínculo contratual.

3.9 Cessão de servidores públicos às organizações sociais

Uma forma de fomentar as atividades prestadas pelas entidades qualificadas como organização social é a cessão de servidores públicos, com ônus para o Poder Público, conforme art. 14 da Lei nº 9.637/98:

Art. 14. É facultado ao Poder Executivo a cessão especial de servidor para as organizações sociais, com ônus para a origem
 §1º Não será incorporada aos vencimentos ou à remuneração de origem do servidor cedido qualquer vantagem pecuniária que vier a ser paga pela organização social.
 §2º Não será permitido o pagamento de vantagem pecuniária permanente por organização social a servidor cedido com recursos provenientes do contrato de gestão, ressalvada a hipótese de adicional relativo ao exercício de função temporária de direção e assessoria.³³⁵

³³³ BRASIL, 1998a.

³³⁴ JUSTEN FILHO, 2012, p. 858.

³³⁵ BRASIL, 1998a.

§3o O servidor cedido perceberá as vantagens do cargo a que fizer jus no órgão de origem, quando ocupante de cargo de primeiro ou de segundo escalão na organização social.³³⁶

A cessão de servidores públicos também é tratada no art. 22, I, do mesmo diploma legal. Esse dispositivo refere-se à cessão de servidores públicos – irrecusável para estes – lotados em entidades e órgãos públicos extintos cujas atividades sejam absorvidas por organizações sociais:

Art. 22. As extinções e a absorção de atividades e serviços por organizações sociais de que trata esta Lei observarão os seguintes preceitos:

I – os servidores integrantes dos quadros permanentes dos órgãos e das entidades extintos terão garantidos todos os direitos e vantagens decorrentes do respectivo cargo ou emprego e integrarão quadro em extinção nos órgãos ou nas entidades indicados no Anexo II, sendo facultada aos órgãos e entidades supervisoras, ao seu critério exclusivo, a cessão de servidor, irrecusável para este, com ônus para a origem, à organização social que vier a absorver as correspondentes atividades, observados os §§1º e 2º do art. 14.³³⁷

Não há na doutrina especializada muitos estudos aprofundados acerca do tema. Ao tratar do disposto no art. 14, *caput*, Maria Tereza Fonseca Dias limita-se a sustentar que essa hipótese de cessão de servidores públicos às organizações sociais – mantido o regime jurídico de origem, inclusive quanto à remuneração e regime previdenciário – consiste em vinculação dessas entidades ao regime jurídico-administrativo.³³⁸

Ao criticar o modelo das OS, Maria Sylvia Zanella Di Pietro inclui a cessão de servidores no conjunto de prerrogativas concedidas às OS; que demonstraria a “nítida a intenção do legislador de instituir um mecanismo de fuga do regime jurídico de direito público a que se submete a Administração Pública.”³³⁹

³³⁶ BRASIL, 1998a.

³³⁷ BRASIL, 1998a.

³³⁸ DIAS, 2008, p. 194. Embora sustente que a cessão de servidores públicos seja uma característica que vincule as OS ao regime jurídico-administrativo, a autora critica o modelo das organizações sociais regido pela Lei nº 9.637/98, pois para ela, trata-se de uma tentativa da Administração pública de utilizar essas entidades para fugir do regime jurídico de direito público: “A Lei das OSs criou mecanismos que podem dar azo à transformação de organismos que antes eram públicos em instituições privadas sem finalidade lucrativa. Na realidade fática, a criação das OSs significa, contrariamente aos ditames constitucionais, exatamente a transferência ao setor privado de determinadas atividades públicas, como *fuga para o direito privado*, conforme assinalou Eros Grau, no primeiro voto que proferiu quando do julgamento supra-referenciado da medida liminar da ADIN nº 1.923-5, mesmo que, ao final do julgamento da medida, tenha modificado sua posição” (DIAS, 2008, p. 200).

³³⁹ DI PIETRO, 2012, p. 567. Complementa a autora: “O fato de a organização social absorver atividade exercida por ente estatal e utilizar o patrimônio público e **os servidores públicos antes a serviço desse mesmo ente**, que resulta extinto, não deixa dúvida de que, sob a roupagem de entidade privada, o real objetivo é o de mascarar uma situação que, sob todos os aspectos, estaria sujeita ao direito público. É a mesma atividade que vai ser exercida pelos mesmos servidores públicos e com utilização do mesmo patrimônio. Por outras palavras, a ideia é de que os próprios servidores da entidade a ser extinta constituam uma pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, se habilitem com organizações sociais, para exercer a mesma atividade que antes exerciam e utilizem o mesmo patrimônio, porém sem a submissão àquilo que se costuma chamar de ‘amarras’ da Administração pública” (DI

Outro crítico das organizações sociais federais é Celso Antônio Bandeira de Mello, que sustenta a inconstitucionalidade da cessão de servidores públicos. Para o autor, trata-se de uma benesse concedida sem a adoção de um procedimento prévio que garanta a isonomia dos interessados, além de ofender diversos princípios de Direito, como o princípio do concurso público:

Acresce que a possibilidade aberta pela lei de que os servidores públicos sejam, como é claro a todas as luzes, cedidos a organizações sociais a expensas do Poder Público aberra dos mais mezinhos princípios de Direito. Tais servidores jamais poderiam ser obrigados a trabalhar em organizações particulares. Os concursos que prestaram foram para entidades estatais, não entidades particulares. Destarte, pretender impor-lhes que prestem seus serviços a outrem violaria flagrantemente seus direitos aos vínculos de trabalho que entretêm. Mesmo descartada tal compulsoriedade, também não se admite que o Estado seja provedor de pessoal de entidades particulares.³⁴⁰

Vale mencionar também o argumento utilizado na ADI nº 1.923-DF para sustentar a inconstitucionalidade existente na cessão tratada na Lei nº 9.637/98. Segundo argumentam os petionários da referida ação, há ofensa a direito previdenciário dos servidores públicos cedidos:

Ora, sendo o servidor público mantido nessa condição, mas cedido à organização social – que opera com recursos públicos, ou mediante receitas advindas da prestação de *serviço público* – fica desde logo evidente a ofensa ao princípio constitucional assegurado no art. 40 da Constituição, notadamente em seus incisos I, II e III e §4º, uma vez que, mediante o artifício de cessão, são rompidos os direitos à aposentadoria integral e à paridade de reajustes entre ativos e inativos e pensionistas. Para atingir tal efeito, bastaria que a *organização social*, mediante o uso de *receitas próprias*, advindas da prestação de serviços *públicos* aos seus usuários, estabeleça o pagamento de vantagem pecuniária tal como ‘adicional de produtividade’ ou ‘gratificação de desempenho’, a qual, *ex vi* do citado artigo 14, **não seria estendida aos inativos e pensionistas**, nem tampouco *incorporada à remuneração de origem do servidor cedido*, para fins de cálculo do provento de inatividade. Trata-se de manobra com o efetivo objetivo de *reduzir despesas*, incentivando a autossuficiência financeira de instituições públicas voltadas à prestação de serviços cuja característica principal deve ser a *gratuidade*, sob promessa de pagamento de vantagens aos seus servidores – cedidos ou por ela diretamente contratados *sem concurso público* – as quais *não se incorporam* aos proventos da inatividade, burlando, em tese, o conteúdo do artigo 40 da Carta Magna. [...] Desse artifício decorre, mais uma vez, a tentativa de *fraude à Constituição* mediante a descaracterização do *ente público* com o qual mantém o

PIETRO, *op. cit.*, p. 567, destaque nosso). As críticas feitas pela autora não se restringem a possibilidade aventada no art. 20 da Lei nº 9.637/98, que prevê a absorção de atividades desenvolvidas por órgãos ou entidades públicos da União pelas organizações sociais. Para ela, as OS federais – independentemente de se absorverem ou não as atividades de órgãos e entidades públicas extintas – consistem em um instrumento de privatização utilizado pelo governo: “aparentemente, a organização social vai exercer atividade e natureza privada, com, incentivo do Poder Público, dentro da atividade de fomento. Mas na realidade, o real objetivo parece ser o de **privatizar a forma de gestão de serviço público** delegado ao Estado” (DI PIETRO, *op. cit.*, p. 566). Por isso, o posicionamento da autora acerca da cessão de servidores públicos às OS não se restringem nem à cessão disposta no art.14 nem à cessão tratada no art. 20, I, ambos da Lei nº 9.637/98. Em ambas as hipóteses de cessão de servidores públicos, é tratada como mecanismo utilizado pelo legislador para possibilitar a fuga do regime jurídico público a que se submete a administração pública.

³⁴⁰ BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 246.

servidor a relação estatutária, atribuindo-se ao *ente privado* a capacidade não apenas de fixar remuneração, sem a necessária aprovação de lei própria, ***mas também a possibilidade de que este acréscimo não seja integrado ao patrimônio jurídico do servidor***, para efeitos do cálculo dos proventos da inatividade, nem seja estendido, ao teor do art. 40, §4º, aos inativos e pensionistas ocupantes de idênticos cargos. Inconstitucionalidade, portanto, que deve ser repelida, sob pena, mais uma vez, de por meio de artifícios lograr-se a inefetividade do ordenamento jurídico constitucional.³⁴¹

Em razão do pouco interesse doutrinário na questão e tendo em vista os fundamentos que embasam as críticas acerca da cessão de servidores públicos às organizações sociais, faz-se necessário analisar o tema de forma detida.

3.9.1 Considerações iniciais sobre a cessão de servidores públicos

O servidor público pode ser cedido a outro órgão ou entidade, hipótese em que desempenhará suas funções em local diverso. Os efeitos da cessão assemelham-se à suspensão do contrato de trabalho, prevista no art. 471 e seguintes da CLT, em que o vínculo profissional fica mantido com o ente cedente.³⁴² A semelhança justifica-se em razão da possibilidade de, ao fim da cessão e da suspensão do contrato de trabalho, o servidor e o empregado manterem a relação de trabalho nas mesmas condições anteriores. A cessão constitui-se, assim, em um afastamento do servidor para desempenho de funções em outro órgão ou outra pessoa jurídica. Em termos leigos, o servidor cedido é “emprestado”.

O instituto da cessão pode ser utilizado em situações distintas. Pode apresentar-se como uma oportunidade para o servidor público adquirir experiência profissional em outro órgão ou ente público com a possibilidade de ganho remuneratório e, na hipótese de ser cedido para ocupar cargo em comissão, o agente tem ainda a vantagem de poder optar a qualquer momento pelo retorno ao seu cargo de origem.³⁴³ Há, ainda, a possibilidade de a “cessão” decorrer de situações previstas em lei, como na hipótese em que servidores estaduais e municipais são “cedidos” ao Tribunal Eleitoral para suprir aumento da demanda administrativa inerente às eleições.

Mesmo sendo um instituto constantemente utilizado pela administração pública, por razões diversas, pouquíssimos estudos acerca do tema foram produzidos. Por isso o presente

³⁴¹ BRASIL, 2007a.

³⁴² “Art. 471. Ao empregado afastado do emprego, são asseguradas, por ocasião de sua volta, todas as vantagens que, em sua ausência, tenham sido atribuídas à categoria a que pertencia na empresa. Art. 472. O afastamento do empregado em virtude das exigências do serviço militar, ou de outro encargo público, não constituirá motivo para alteração ou rescisão do contrato de trabalho por parte do empregador” (BRASIL, 1943).

³⁴³ Essa ideia foi desenvolvida em discussões acadêmicas com o Dr. Gustavo Alexandre Magalhães.

trabalho propõe-se a estudá-lo – sem a intenção de exaurir o tema – a fim de compreender sua utilização pelas OS. Para tanto, serão abordados a natureza jurídica do instituto, o regime jurídico aplicável, os reflexos da cessão no regime previdenciário a que o servidor cedido está vinculado e as condições em que se autoriza a cessão, tendo-se em vista a relação de trabalho que entretêm com a administração pública.

3.9.2 Natureza jurídica da cessão de servidores públicos

No presente item pretende-se apontar aspectos essenciais que caracterizam a cessão de servidor público e são determinantes para o seu regime jurídico, segundo o posicionamento dominante na doutrina e jurisprudência pátrias. Busca-se, por meio desse objetivo, compreender os fundamentos que autorizam uma entidade pública a alocar um servidor público vinculado a ela, a fim de que ele preste serviço em outro órgão ou pessoa jurídica.

É pacífico o entendimento jurisprudencial acerca da natureza jurídica da cessão de servidores públicos. Conforme entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça, trata-se de ato discricionário e precário, podendo, portanto, ser revogado a qualquer tempo, por juízo de conveniência e oportunidade da administração pública:

[...] A cessão temporária de servidor público, bem como sua remoção definitiva, é ato precário, passível de ser revogado a qualquer momento, por juízo de conveniência e oportunidade da Administração. 2. Ausência de ilegalidade do ato que, com base na supremacia do interesse público, indeferiu o pedido de remoção definitiva da impetrante devido à necessidade de seu retorno à comarca de origem, cuja única vaga de psicóloga judicial estaria desocupada diante de sua cessão temporária. 3. Recurso ordinário improvido.³⁴⁴

[...] A cessão de servidor público, sendo ato precário, confere à Administração, a qualquer momento, por motivos de conveniência e oportunidade, a sua revogação, sem necessidade de motivação, cujo controle escapa ao Poder Judiciário, adstrito unicamente a questões de ilegalidade. – Precedente. – Recurso ordinário desprovido.³⁴⁵

³⁴⁴ BRASIL, 2007b, destaque nosso.

³⁴⁵ BRASIL, 2002c, destaque nosso. Trata-se de entendimento consolidado há alguns anos no STJ, conforme se observa em julgados de décadas anteriores: “[...] **A CESSÃO DE SERVIDOR PÚBLICO É SEMPRE PRECÁRIA, PODENDO SER REVOGADA, A QUALQUER TEMPO, SEGUNDO OS CRITÉRIOS DA CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE DA ADMINISTRAÇÃO, CUJO MÉRITO ESCAPA AO EXAME PELO JUDICIÁRIO.** 2. NÃO HÁ DIREITO LÍQUIDO E CERTO DE PERMANÊNCIA DO SERVIDOR NO ÓRGÃO AO QUAL FOI CEDIDO. [...]” (BRASIL, 1993b, destaque nosso). No mesmo sentido: “[...] 1. **SENDO A CESSÃO DO SERVIDOR SEMPRE PRECÁRIA E PODENDO SER REVOGADA SEGUNDO OS CRITÉRIOS DA CONVENIÊNCIA E DA OPORTUNIDADE DA ADMINISTRAÇÃO, NÃO HÁ DIREITO LÍQUIDO E CERTO DE PERMANÊNCIA NO ÓRGÃO PARA O QUAL FOI CEDIDO.** 2.

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais também entende a cessão de servidor público como um ato discricionário e precário:

[...] Autoridade coatora, para fins de mandado de segurança, é a pessoa que ordena ou omite a prática do ato impugnado e responde pelas suas conseqüências administrativas. II – Verifica-se a legitimidade do Governador do Estado para figurar no pólo passivo de mandado de segurança impetrado contra ato por ele praticado. III – **A cessão temporária de servidor público, por ser ato discricionário, sujeita-se ao juízo de conveniência e oportunidade da Administração, e, via de conseqüência, encontra-se infenso ao crivo do Poder Judiciário.** IV – Ausente demonstração de violação de direito líquido e certo, a hipótese é de denegação da segurança.³⁴⁶

Esse também é o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

Hipótese em que servidor público municipal de Barra Mansa foi permutado mediante cessão ao município de Rio Claro, sofrendo perdas remuneratórias. 2. **O ato de cessão de servidor público é precário e temporário e não prejudica o vínculo originário mantido entre o servidor e a administração pública cedente, mantendo-se os direitos remuneratórios da origem.** 3. Tratando a cessão de servidor de ato discricionário cooperativo de ambos os entes públicos envolvidos, na ausência de especificação, deve-se entender que a cessão foi realizada sem ônus para o cessionário. 4. Sendo assim, é ilícita a supressão de vantagens salariais inerentes ao cargo originariamente ocupado pelo servidor cedido com ônus para o cedente, por importar em violação da irredutibilidade de vencimentos.³⁴⁷

Tratando-se de um ato discricionário, entende-se que a cessão é faculdade disponível à administração pública para que esta satisfaça o interesse público, respeitadas as normas que regulam a relação de trabalho entre a administração pública e o servidor público.

A opção pela cessão justifica-se se, e somente se, o interesse público for atendido se o servidor exercer atividades em outro órgão ou entidade.³⁴⁸ Essa avaliação é causuística e depende de uma análise fática do administrador público. É por isso que a cessão é tratada como um ato discricionário, pois depende da conveniência e oportunidade. É possível que em

INEXISTE ILEGALIDADE NO ATO PRATICADO PELA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA COM BASE EM DECRETO GOVERNAMENTAL, INSUSCETÍVEL DE SER IMPUGNADO VIA MANDADO DE SEGURANÇA POR SUA CARACTERÍSTICA DE LEI EM TESE.” (BRASIL, 1993c, destaque nosso).

³⁴⁶ MINAS GERAIS, 2013. No mesmo sentido: “**O servidor público estadual não goza da garantia da inamovibilidade, podendo ser revogada a cessão temporária antes concedida, bem como indeferido o pedido de remoção definitiva em prol do interesse público, através de ato discricionário da Administração pública.** Acolhida a preliminar de ilegitimidade passiva do Desembargador 2º Vice-Presidente, denega-se a segurança”. (MINAS GERAIS, 2005, destaque nosso.)

³⁴⁷ RIO DE JANEIRO, 2013, destaque nosso.

³⁴⁸ Há que lembrar que o Estado é pessoa jurídica constituída com a finalidade única de zelar pelo interesse público. Toda atividade administrativa visa, portanto, à tutela de determinado interesse público. Como a cessão de servidor é um instrumento da atividade administrativa de fomento das entidades qualificadas como OS, consistiria em desvio de finalidade a cessão de servidor para o desempenho de atividade voltada à satisfação de interesse particular.

determinados momentos não seja possível a cessão em razão de eventual aumento de serviço realizado pelo servidor, mas em outros momentos seria perfeitamente possível a ocorrência da cessão. Todavia, essa análise é discricionária.

Já a precariedade da cessão justifica-se em razão da possível variação da existência ou não de interesse público e da necessidade de a administração pública se resguardar de situações prementes que exijam a atuação do servidor junto ao Poder Público cedente. Por isso, o vínculo deve ser precário, podendo-se romper a partir do instante em que a permanência do servidor na entidade cessionária deixe de representar o interesse público – segundo análise da cedente –, sem que a entidade cessionária possa exigir indenização.

Entende-se que a natureza discricionária e precária de cessão de servidor público decorre da subordinação jurídica existente em toda relação de trabalho, incluindo a relação estabelecida entre os servidores públicos e a administração pública. Vale observar que a subordinação jurídica é um dos elementos caracterizadores da relação de emprego, sendo, inclusive, marco distintivo que permite ao jurista cotejar e discriminar inúmeras situações fático-jurídicas semelhantes à relação de emprego.³⁴⁹ No Direito do Trabalho, a subordinação – encarada sob o prisma objetivo, focada, portanto, no modo em que se realiza a prestação do serviço e não sobre a pessoa do trabalhador – é compreendida como um fenômeno jurídico “derivado do contrato estabelecido entre trabalhador e tomador de serviços, pelo qual o primeiro acolhe o direcionamento objetivo do segundo sobre a forma de efetuação da prestação de trabalho.”³⁵⁰

Também nas relações de trabalho formadas entre a administração pública e os servidores públicos há uma relação de subordinação objetiva, em que se formam relações jurídicas pautadas no escalonamento das atribuições e responsabilidades.³⁵¹ Assim como um

³⁴⁹ “O cotejo de hipóteses excludentes (trabalho subordinado *versus* trabalho autônomo) abrange inúmeras situações recorrentes na prática material e judicial trabalhista: trabalhadores autônomos prestando serviços habituais a empresas (como profissionais de consultoria, auditoria, contabilidade, advocacia etc.); trabalhadores autônomos pactuando a confecção de obra certa para determinado tomador (empreitada); representantes comerciais ou agentes e distribuidores regidos por legislação própria; contratos de parcerias rurais etc. Em todos esses casos, a desconstituição do contrato civil formalmente existente entre as partes supõe a prova da subordinação jurídica, em detrimento do caráter autônomo aparente de que estaria se revestindo o vínculo” (DELGADO, 2006, p. 302).

³⁵⁰ DELGADO, 2006, p. 303. Completa o autor: “A *natureza jurídica* do fenômeno da subordinação é hoje, portanto, entendimento hegemônico entre os estudiosos do Direito do Trabalho. A subordinação que deriva do contrato de trabalho é de caráter jurídico, ainda que tendo por suporte e fundamento originário a assimetria social característica da moderna sociedade capitalista. A *subordinação jurídica* é o pólo reflexo e combinado do poder de direção empresarial, também de matriz jurídica. Ambos resultam da natureza da relação de emprego, da qualidade que lhe é ínsita e distintiva perante as demais formas de utilização do trabalho humano que já foram hegemônicas em períodos anteriores da história da humanidade: a escravidão e a servidão” (DELGADO, *op. cit.* p. 303-304).

³⁵¹ Entende-se que os servidores são trabalhadores, prestadores de serviços ao Estado, submetidos a normas específicas. Ao tornarem-se servidores públicos, estes estabelecem uma relação jurídica com o Estado. Nessa

empregador privado beneficia-se da mão de obra alheia, em contraposição ao risco por ele assumido, que é inerente a qualquer atividade econômica, também o Poder Público beneficia-se da mão de obra do servidor público, em contraposição ao exercício da função pública cuja satisfação foi incumbida ao Estado pelo legislador.

A partir da constituição dessa relação de trabalho entre servidor e administração pública, surge a subordinação objetiva, cuja existência faz-se imprescindível em razão da indeterminação e da variação do objeto da relação jurídica estabelecida.³⁵² Ora, como o Poder Público visa sempre à satisfação dos diversos interesses públicos, faz-se necessário que ele possua instrumento capaz de organizar, coordenar e fiscalizar a atividade do servidor para garantir a satisfação dos interesses públicos.

Como nem sempre o interesse público é facilmente identificável e constantemente altera-se, haja vista o dinamismo dos interesses públicos considerados pela sociedade contemporânea, entende-se ser plenamente possível que, após análise discricionária, seja concluído que determinado interesse público será atendido se o servidor prestar atividades em outro órgão ou entidade pública ou privada.

Essa análise é possível se se considerar todas as atividades da entidade à qual o servidor encontra-se vinculado. Ou seja, o afastamento do servidor não pode impactar nem na eficiência, nem na harmonia das atribuições da entidade cedente. Por isso, previamente à autorização de cessão do servidor, deve-se analisar toda atividade da entidade cedente, de forma que essas atividades continuem a ser satisfeitas de modo eficiente e coordenada, mesmo com a ausência do servidor.

relação, ambas as partes obedecem ao ordenamento jurídico. Logo, são igualmente sujeitos de direitos e deveres, não havendo uma superioridade jurídica do Estado frente ao servidor. O fato de o Poder Público possuir mais competências – dispostas expressamente no ordenamento jurídico – apenas retrata a imensa gama de interesses a serem protegidos, não se podendo, a partir dessa constatação, concluir pela sua superioridade jurídica ante ao servidor público. Ao estabelecerem a relação de trabalho, tanto o servidor quanto o Estado assumem direitos e deveres recíprocos, em obediência às normas vigentes. Como bem anotou Gustavo Magalhães: “Perante o ordenamento jurídico, todas as pessoas são iguais. Como sujeitos de direitos, todas as pessoas, físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, estão isonomicamente submetidas às normas gerais e abstratas editadas pelo Poder Legislativo. Isto significa que nas relações entre o Poder Público e os indivíduos não há que se falar em superioridade estatal, ao contrário do que ocorria quando a relação administrativa era tida como relação de poder” (MAGALHÃES, 2005, p. 112). Dessa forma, há que se entender que a entidade da administração pública que estabelece uma relação jurídica com o servidor público submete-se – assim como se submete o próprio servidor público – ao ordenamento jurídico disposto pelo Estado-ordem-jurídica, sem que haja supremacia jurídica de uma parte sobre a outra, pois ambas as partes possuem direitos e deveres, assim como ocorre na relação de trabalho existente entre pessoas privadas (empregado – empregador). Não se pode, portanto, aceitar que a Administração pública negue direitos subjetivos e deveres concedidos aos servidores públicos, inclusive na relação de trabalho que estabelecem, conforme prescrições legais.

³⁵² Sob o ponto de vista da relação de trabalho constituída entre o servidor e a administração pública, há de se reconhecer tanto o direito da Administração em coordenar e organizar as atividades prestadas por aquele, quanto aos direitos subjetivos do servidor oponíveis ao Poder Público.

Nesse ponto, destaca-se o poder hierárquico, responsável por coordenar as atividades dos servidores públicos e dos órgãos públicos.³⁵³ Como bem anotou Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a organização administrativa é baseada em dois pressupostos, quais sejam, a hierarquia e a distribuição de competência:

O direito positivo define as atribuições dos vários órgãos administrativos, cargos e funções e, para que haja harmonia e unidade de direção, ainda estabelece uma relação de **coordenação** e **subordinação** entre os vários órgãos que integram a Administração pública, ou seja, estabelece a hierarquia.³⁵⁴

Essa relação de coordenação e subordinação – existente entre os diversos órgãos e entre os agentes públicos – é definida em lei. Por isso o ordenamento jurídico determina a relação hierárquica – se existente³⁵⁵ – entre subordinado e hierarca, apontando direitos e deveres.

³⁵³ Segundo Odete Medauar, o poder hierárquico é um: “[...] instrumento para que as atividades de um órgão ou ente sejam realizadas de modo coordenado, harmônico, eficiente, como observância da legalidade e do interesse público” (MEDAUAR, 2006, p. 118).

³⁵⁴ DI PIETRO, 2012, p. 96. Segundo a autora, há dois sentidos jurídicos e um sentido político para hierarquia. Atendo-se aos dois aspectos jurídicos, a hierarquia corresponde – segundo um dos aspectos jurídicos – a um “**ordenamento hierárquico** definido por lei e que implica diversidade de funções atribuídas a cada órgão; essa distribuição de competências pode ser mais ou menos rígida, podendo ser **concorrente** ou **exclusiva**; dependendo da maior ou menor rigidez, os órgãos superiores terão maior ou menor possibilidade de controle sobre os subordinados; sob o terceiro aspecto (ainda jurídico), a hierarquia corresponde a uma **relação** pessoal, obrigatória, de natureza pública, que se estabelece entre os titulares de órgãos hierarquicamente ordenados; é uma relação de coordenação e de subordinação do inferior frente ao superior, implicando um poder de dar ordens e o correlato dever de obediência. Vale dizer que o **ordenamento jurídico** é fixado pela lei e que desse ordenamento resulta uma **relação de coordenação e subordinação**, que implica os já referidos poderes para a Administração” (DI PIETRO, *op. cit.* p. 97). Acerca da explicação sobre a hierarquia, vale transcrever os ensinamentos de Odete Medauar: “A *hierarquia* ocorre quando há diferença de posição dos órgãos no escalonamento estrutural, de tal modo que o órgão superior nas relações com o subordinado exerce uma série de poderes aos quais o subordinado se sujeita. Trata-se de *relações de supremacia – subordinação*. Existe hierarquia entre órgãos inseridos na mesma estrutura, ou seja, no âmbito da estrutura interna da mesma pessoa jurídica. No ordenamento brasileiro, pode-se dizer que a hierarquia é vínculo que ocorre entre órgãos da Administração direta ou no interior de cada entidade da Administração indireta. A hierarquia apresenta-se, assim, inerente à estrutura administrativa desconcentrada. Pode ser visualizada como um tipo de vínculo entre órgãos e como um tipo de vínculo funcional entre servidores. Por vezes, os dois aspectos se mesclam no dia-a-dia das atividades administrativas. A existência de hierarquia nas relações entre órgãos e nas relações funcionais entre servidores ou autoridades leva ao exercício de poderes e faculdades do superior sobre o subordinado, vistos como desdobramentos ou decorrência do poder hierárquico” (MEDAUAR, 2006, p. 118).

³⁵⁵ “Há que se observar que a **relação hierárquica** é acessória da organização administrativa. Pode haver distribuição de competências dentro da organização administrativa, excluindo-se a relação hierárquica com relação a determinadas atividades. É o que acontece, por exemplo, nos órgãos consultivos que, embora incluídos na hierarquia administrativa para fins disciplinares, por exemplo, fogem à relação hierárquica no que diz respeito ao exercício de suas funções. Trata-se de determinadas atividades que, por sua própria natureza, são incompatíveis com uma determinação de comportamento por parte do superior hierárquico. Outras vezes, acontece o mesmo porque a própria lei atribui uma competência, com exclusividade, a determinados órgãos administrativos, em especial os colegiados, excluindo, também, a interferência de órgãos superiores” (DI PIETRO, *op. cit.* p. 97).

O poder hierárquico permite, dessa forma, conhecer a quem o servidor encontra-se subordinado, apontando o responsável pela realização da cessão, bem como impõe que a análise da cessão seja feita tendo em vista toda a atividade da entidade.

3.9.3 Regime jurídico aplicável

A cessão de agente público mencionada na Lei nº 9.637/98 restringe-se aos servidores públicos, compreendidos como “os agentes que mantêm com o poder público relação de trabalho, em caráter profissional, de modo permanente ou temporário, vinculados a cargo, emprego ou função pública pertencente a quadro de pessoal do estado ou da administração indireta.”³⁵⁶

Em razão da atividade que desempenham, os servidores públicos podem ser civis ou militares.³⁵⁷ Quanto aos servidores públicos civis, pode-se classificá-los – segundo o exercício de suas funções – em permanentes e em temporários. São permanentes os servidores que desempenham suas atribuições com predisposição de continuidade, sejam estáveis ou em

³⁵⁶ ARAÚJO, 2011, p. 34. Muito bem observa o autor: “A expressão *servidor público civil* é comumente usada para designar apenas os *servidores das pessoas jurídicas de direito público*, ou seja, da administração direta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como das autarquias, aqui incluídas as fundações de direito público, o que restringe os sentidos das palavras *servidor* e *civil*. Em sentido mais amplo, porém, a expressão abrange também os *servidores públicos das pessoas de direito privado da administração indireta*, ou seja, das empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações de direito privado da administração pública. Os pertencentes a este segundo conjunto de pessoas da administração pública são todos regidos, necessariamente, pelo direito trabalhista, ao passo que o regime de direito administrativo somente pode ser adotado pelas pessoas de direito público. No Brasil, a admissão de servidores de regime trabalhista, por estas pessoas, é polêmico, mas permanece ocorrendo. Em qualquer caso, porém, a opção pelo direito trabalhista dar-se-á com as necessárias derrogações impostas pelo regime jurídico-administrativo, ao qual se submetem todas as pessoas da administração pública” (ARAÚJO, *op. cit.* p. 36).

³⁵⁷ Observa-se que a Emenda Constitucional nº 18, de 05 de fevereiro de 1998, alterou as denominações das Seções II e III, do Capítulo VII do Título III da Constituição. A seção II, que era intitulada *Dos Servidores Públicos Civis*, passou a ser denominada *Dos Servidores Públicos*. Já a Seção III, antes intitulada *Dos Servidores Públicos Militares*, recebeu a designação *Dos Militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios*. Mesmo com essa mudança no texto constitucional, ainda assim entende-se que os militares continuam sendo servidores públicos, como muito bem esclarece Florivaldo Dutra de Araújo: “Trata-se de lamentável opção do legislador, uma vez que os militares continuam sendo servidores públicos. A alteração do Texto Constitucional não afeta, contudo, a classificação aqui posta, uma vez que a função da doutrina é estabelecer a sistematização teórica apropriada ao entendimento do direito, e não simplesmente seguir o legislador na preferência vocabular e no modo de dispor as regras jurídicas, o que – muito comumente – é feito sem cuidados lógico-sistemáticos”. (ARAÚJO, *op. cit.* p. 35). Esse também é o entendimento de José dos Santos Carvalho Filho: “A despeito da alteração introduzida pela EC 18/98, que substituiu a expressão ‘*servidores públicos civis*’ por ‘*servidores públicos*’ e da eliminação da expressão ‘*servidores públicos militares*’, substituída por ‘*Militares dos Estados, Distrito Federal e Territórios*’ (Seção III, mesmos Capítulo e Título, art. 42), com a inclusão dos militares federais no Capítulo das Forças Armadas (Título V, Capítulo II, arts. 142 e 143), o certo é que, em última análise, todos são servidores públicos *lato sensu*, embora diversos os estatutos jurídicos reguladores, e isso porque, vinculados por relação de trabalho subordinado às pessoas federativas, percebem remuneração como contraprestação pela atividade que desempenham. Por tal motivo, parece-nos correta a expressão *servidores públicos militares*” (CARVALHO FILHO, 2009, p. 566). José Afonso da Silva também sustenta que os militares são servidores públicos, (Cf: SILVA, José, 2012, p. 680).

vias de adquirir estabilidade; já os servidores temporários exercem suas funções por tempo determinado ou para satisfazer uma necessidade transitória.³⁵⁸

Os servidores públicos também são classificados de acordo com a natureza das normas que regem o vínculo que os ligam aos entes para os quais prestam serviço. Os vínculos podem ser regidos predominantemente pelo direito do trabalho – comumente denominados de empregados públicos – ou podem ser regidos pelo direito público.

Por fim, quanto ao ente da federação a que se encontram vinculados, os servidores podem ser federais, estaduais, distritais ou municipais.

Como a Lei nº 9.637/98 trata da qualificação de entidades no âmbito da União, a cessão de servidores mencionada nessa lei restringe-se aos servidores federais. Dessa forma, todo o estudo acerca da cessão de servidores realizado no presente trabalho ater-se-á ao regime jurídico incidente aos servidores da União. Será, portanto, analisado o plexo de deveres e direitos dos servidores públicos vinculados à União, obedecendo-se ao objetivo do presente estudo.

3.9.3.1 Militares

Segundo o art. 142 da Constituição da República, os servidores militares federais são os membros das forças armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica.³⁵⁹

Antes de verificar se as normas que regem os servidores militares permitem a cessão às entidades privadas qualificadas como organizações sociais, faz-se importante destacar que, embora não seja comum que a administração pública, por meio de entidades militares, fomenta as atividades prestadas pelas organizações da sociedade civil – incluindo organizações do terceiro setor –, há previsão legislativa para tanto.³⁶⁰ O art. 21 da Lei nº 12.464, de 04 de agosto de 2011, que dispõe sobre o ensino na Aeronáutica, trata da possibilidade de a Aeronáutica

³⁵⁸ “[...] se o regime é determinado por regras de direito administrativo (neste caso, geralmente denominados *estatutários*, se o vínculo é permanente, admitindo-se, ainda, a *contratação temporária* pelo regime jurídico-administrativo)” (ARAÚJO, *op. cit.* p. 36).

³⁵⁹ “Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem” (BRASIL, 1988).

³⁶⁰ Embora o presente estudo não possua dados acerca da atividade de fomento desenvolvida pelas entidades militares, percebe-se, pelas notícias veiculadas pela mídia e pelos dados oficiais sobre o fomento público às entidades do terceiro setor, a pouca atuação de órgãos e entidades militares.

celebrar contratos e convênios com instituições privadas a fim de complementar as atividades de ensino desenvolvidas pelo seu Sistema de Ensino (SISTENS):

Art. 21. A Aeronáutica poderá firmar **contratos e convênios** com **instituições de ensino**, públicas ou **privadas**, militares ou **civis**, nacionais ou estrangeiras, para a realização de cursos, programas de pesquisa, ciclos de conferências, seminários e outras atividades correlatas, em complemento às atividades de ensino do SISTENS, conforme a legislação federal vigente.³⁶¹

Também o Decreto nº 7.274, de 25 de agosto de 2010, que dispõe sobre a Política de Ensino de Defesa PEnsD e dá outras providências, trata de parcerias entre órgãos militares e entidades da sociedade civil. Vale transcrever o art. 5º desse Decreto:

Art. 5º. Os órgãos envolvidos na elaboração dos atos complementares à execução da PEnsD deverão observar as seguintes orientações: I – cooperar com as instituições que venham a participar de atividades de estudos de interesse da defesa nacional; II – estimular a pesquisa e o estudo, bem como a busca e o aproveitamento do conhecimento científico existente, em benefício da defesa nacional; **III – estimular iniciativas conjuntas envolvendo instituições de ensino, civis e militares, de interesse da defesa nacional;** e IV – atender às demandas da Política e da Estratégia Nacional de Defesa, bem como às orientações de organismos internacionais dos quais o Brasil é signatário, no que diz respeito ao ensino.³⁶²

Constata-se, dessa forma, que a atividade de fomento prestada pela administração pública ocorre segundo o interesse do administrador, independentemente de tratar-se de órgãos e entidades públicas civis ou militares.

Dentre as diversas ações de fomento, há, conforme já exposto, a cessão de servidores públicos. Das normas que regulam os servidores militares federais, destaca-se a Lei nº 6.880, de 09 de dezembro de 1980 (estatuto dos militares). O art. 80 da Lei nº 6.880/80 trata da agregação dos militares, entendida como a “situação na qual o militar da ativa deixa de ocupar vaga na escala hierárquica de seu Corpo, Quadro, Arma ou Serviço, nela permanecendo sem número.”³⁶³ E o art. 82, XII, da Lei nº 6.880/80, trata da possibilidade dos militares agregados serem afastados temporariamente do serviço ativo para ficarem à disposição de Ministério Civil, de órgão do Governo Federal, de Governo Estadual, de Território ou Distrito Federal, para exercer função de natureza civil.³⁶⁴ Percebe-se, portanto, que o estatuto dos

³⁶¹ BRASIL, 2011a, destaque nosso.

³⁶² BRASIL, 2010b, destaque nosso.

³⁶³ BRASIL, 1980.

³⁶⁴ “Art. 82. O militar será agregado quando for afastado temporariamente do serviço ativo por motivo de: [...] XII – ter passado à disposição de Ministério Civil, de órgão do Governo Federal, de Governo Estadual, de Território ou Distrito Federal, para exercer função de natureza civil; [...] §3º – A agregação de militar nos casos dos itens XII e XIII é contada a partir da data de posse no novo cargo até o regresso à Força Armada a que pertence ou

militares possibilita que os militares prestem serviço em órgão público civil, distinto daquele onde prestava, ou seja, embora o legislador não tenha utilizado o termo cessão, o art. 80 e 82 tratam da cessão de militares a órgãos públicos.

Vale registrar também que, no Exército, há a portaria nº 796, de 22 de outubro de 2009, que aprova a diretriz sobre Cessão de Militar da Ativa para Órgãos não Pertencentes ao Comando do Exército. Essa portaria estabelece procedimentos e responsabilidades para a cessão de militares da ativa do Comando do Exército a órgãos públicos civis para exercerem cargo de natureza militar ou cargo público civil temporário, de natureza não eletiva.³⁶⁵

Observados, assim, os dispositivos legais acima mencionados, reconhece-se a possibilidade de ocorrer a cessão de servidores militares a entidades e órgãos públicos, militares e civis. Embora não haja uma vedação expressa quanto à cessão de militares às entidades privadas, não há, nas normas analisadas, menção a esse tipo de cessão.

Pela ausência de autorização disposta em lei específica sobre os militares, poder-se-ia entender pela impossibilidade dos servidores militares serem cedidos a entidades privadas, em respeito ao princípio da legalidade.

Ocorre que esse raciocínio só procede se se entender que a Lei nº 9.637/98 não poderia tratar da cessão de servidores militares. Como a referida lei não restringiu a categoria de servidores a que estava se referindo, entende-se possível a ocorrência dessa cessão. Como se trata de lei federal, o legislador é competente para promulgar lei sobre servidor público federal, militar ou civil, razão pela qual a Lei nº 9.637/98 permite a cessão de servidores públicos às OS.

Ocorre que, em razão da especificidade das atividades desenvolvidas pelos membros das Forças Armadas, talvez seja pouco comum a cessão de militares às OS, fato que não impede a possibilidade de cessão. É possível, por exemplo, vislumbrar parcerias entre os militares e ONGs no desenvolvimento tecnológico e no ensino, haja vista existirem entidades militares de muito prestígio nesses dois campos, o que poderia dar ensejo ao desenvolvimento de projetos em cooperação. Cita-se o exemplo da Fundação de Apoio Casimiro Montenegro Filho, que possui um programa de capacitação tecnológica apoiado por professores de diversas instituições de ensino, incluindo o Instituto Tecnológico de Aeronáutica (ITA).³⁶⁶

transferência *ex officio* para a reserva” (BRASIL, 1980). Conforme art. 85, a agregação se faz por ato do Presidente da República ou da autoridade à qual tenha sido delegada a devida competência, cf: BRASIL, 1980.

³⁶⁵ BRASIL, 2009a.

³⁶⁶ “O Programa de Capacitação Tecnológica da Fundação Casimiro Montenegro Filho abrange diversos segmentos de mercado sendo formatado para buscar soluções tecnológicas específicas para a resolução de dificuldades apresentadas pelas empresas, além de permitir a aproximação destas com os pesquisadores das Instituições de Pesquisa e Universidades de Ensino Superior. Capacitam profissionais em ciência e tecnologia e

3.9.3.2 Servidores públicos contratados temporariamente por excepcional interesse público

O art. 37, IX, da Constituição contempla a contratação por tempo determinado de servidores públicos para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público, segundo lei específica.³⁶⁷ Trata-se de norma constitucional de eficácia limitada, pois depende de lei específica que trate do tema. Na esfera da União, foi promulgada a Lei nº 8.745, de 09 de dezembro de 1993.

Antes de tratar da cessão de servidor público temporário, faz-se necessário destacar as principais características do regime especial ao qual se submetem.

Inicialmente, destaca-se a determinabilidade temporal da contratação. Os contratos firmados devem possuir prazo determinado, ao contrário da indeterminação do prazo comum nos regimes estatutário e trabalhista.³⁶⁸ A permanência do servidor nos quadros da administração pública restringe-se ao tempo necessário ao atendimento da necessidade momentânea.³⁶⁹

gestão do conhecimento, proporcionando a interação entre a teoria e a prática de forma a integrá-los rapidamente aos planos estratégicos das empresas. A Fundação Casimiro Montenegro Filho é apoiada por um grupo de colaboradores e conta com a competência de professores, pesquisadores, alunos de pós-graduação de diversas Instituições de Ensino, entre elas o Instituto Tecnológico de Aeronáutica – ITA e também conta com quadro de consultores especializados independentes. Os Termos Aditivos aos Convênios de Cooperação Científica e Tecnológica permitem que a Fundação Casimiro Montenegro Filho formate Cursos, Programas de treinamento, Simpósios, Painéis Setoriais e outros eventos destinados à atualização do conhecimento, sempre em conjunto e customizados para os parceiros” (FUNDAÇÃO, 2013). Vale destacar que o ITA foi criado pelo Decreto nº 27.695, de 16 de janeiro de 1950, definido pela Lei nº 2.165, de 05 de janeiro de 1954. Trata-se de uma Instituição Universitária especializada no Campo do Saber Aeroespacial, inicialmente vinculada ao Ministério da Aeronáutica que foi transformado em Comando da Aeronáutica (COMAER), que atualmente compõe o Ministério da Defesa, conforme art. 17, X e art. 16 da Medida Provisória nº 2.216, de 31 de agosto de 2001, (BRASIL, 2001a).

³⁶⁷ “Art. 37. [...] IX – a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público.” (BRASIL, 1988).

³⁶⁸ CARVALHO FILHO, 2009, p. 575.

³⁶⁹ O art. 4º da Lei nº 8.745/93 dispõe acerca do período de duração do contrato: “Art. 4º. As contratações serão feitas por tempo determinado, observados os seguintes prazos máximos: I – 6 (seis) meses, nos casos dos incisos I, II e IX do *caput* do art. 2º desta Lei; II – 1 (um) ano, nos casos dos incisos III e IV, das alíneas d e f do inciso VI e do inciso X do *caput* do art. 2º; III – 2 (dois) anos, nos casos das alíneas b, e e m do inciso VI do art. 2º; IV – 3 (três) anos, nos casos das alíneas h e l do inciso VI e dos incisos VII e VIII do *caput* do art. 2º desta Lei; V – 4 (quatro) anos, nos casos do inciso V e das alíneas a, g, i e j do inciso VI do *caput* do art. 2º desta Lei. Parágrafo único. É admitida a prorrogação dos contratos: I – nos casos dos incisos III e IV, das alíneas b, d e f do inciso VI e do inciso X do *caput* do art. 2º, desde que o prazo total não exceda a 2 (dois) anos; II – no caso do inciso VI, alínea e, do art. 2º, desde que o prazo total não exceda três anos; III – nos casos do inciso V, das alíneas a, h, l e m do inciso VI e do inciso VIII do *caput* do art. 2º desta Lei, desde que o prazo total não exceda a 4 (quatro) anos; IV – no caso das alíneas g, i e j do inciso VI do *caput* do art. 2º desta Lei, desde que o prazo total não exceda a 5 (cinco) anos; V – no caso do inciso VII do art. 2º, desde que o prazo total não exceda 6 (seis) anos. VI – nos casos dos incisos I e II do *caput* do art. 2º desta Lei, pelo prazo necessário à superação da situação de calamidade pública ou das situações de emergências em saúde pública, desde que não exceda a 2 (dois) anos” (BRASIL, 1993d).

O fato de o contrato possuir um prazo limite mostra-se bastante delicado, haja vista que o excepcional interesse público possui duração imprevisível na maioria das situações.³⁷⁰ Importa, dessa forma, que a duração do vínculo possua relação direta com a transitoriedade das atividades exercidas, mas sempre obedecendo ao prazo limite estabelecido pelo legislador, evitando-se, assim, fraudes ao concurso público. Logo, faz-se imprescindível a conjugação do prazo limite estabelecido pelo legislador com o interesse público excepcional, evitando, de um lado, o perecimento de determinado interesse público, sem ofender, de outro lado, o art. 37, II, da CR/88.³⁷¹

Na hipótese do contrato ser rescindido unilateralmente pela administração pública, o servidor temporário terá direito à indenização “correspondente à metade do que lhe caberia referente ao restante do contrato”, conforme art. 12, §2º, da Lei nº 8.745/93.

O segundo aspecto a ser destacado é o tipo de função – permanente ou não – a ser desempenhado pelo servidor público temporário. Embora parte da doutrina sustente que à administração pública estaria vedado contratar servidores para o cumprimento de funções permanentes, sustenta-se, em consonância com o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal, ser equivocado adotar esse pressuposto.³⁷² Observa-se que o Supremo Tribunal Federal – no julgamento da ADI nº 3.068-0, ocorrido aos 25 de agosto de 2004 – aceitou a contratação de servidores temporários para o cumprimento de função permanente pelo Conselho

³⁷⁰ “Observe-se, por exemplo, a celebração de contrato por tempo determinado em virtude de epidemia que apresente risco à saúde de toda a população. Não há como antecipar qual deve ser o prazo de contratação, pois é desconhecida a duração do ataque epidemiológico” (MAGALHÃES, 2005, p. 176).

³⁷¹ “A conjugação do limite temporal a ser previsto pelo legislador com a viabilização do atendimento ao interesse público é condição para a efetivação do princípio constitucional da proporcionalidade. Se, por um lado, é importante que o Estado não permita o perecimento de interesses relevantes para a coletividade, o princípio da proporcionalidade veda o excesso desnecessário. Qualquer contratação que ultrapasse o tempo necessário e suficiente para a satisfação do interesse público excepcional deverá ser declarada inconstitucional, por ofensa ao art. 37, II, da CR/88” (MAGALHÃES, 2005, p. 176-177). Vale observar que em se tratando de contratação não urgente, faz-se necessária a realização de concurso público “visto que a impossibilidade de nomeação em caráter efetivo é que caracteriza a excepcionalidade, e não a impossibilidade de realização de processo seletivo” (MAGALHÃES, 2005, p. 17).

³⁷² Vale destacar que autores renomados, como José dos Santos Carvalho Filho, defendem que a contratação por tempo determinado não pode ser feita para o exercício de funções permanentes: “Está, por isso, descartada a admissão de servidores temporários para o exercício de funções permanentes; se tal ocorrer, porém haverá indistigável simulação, e a admissão será inteiramente inválida. Lamentavelmente, algumas Administrações, insensíveis (para dizer o mínimo) ao citado pressuposto, tentam fazer contratações temporárias para funções permanentes, em flagrante tentativa de fraudar a regra constitucional. Tal conduta, além de dissimular a ilegalidade do objetivo, não pode ter outro elemento mobilizador senão o de favorecer a alguns apaniguados para ingressarem no serviço público sem concurso, o que caracteriza inegável desvio de finalidade” (CARVALHO FILHO, 2009, p. 575-576). Por mais de uma década, a posição dominante do STF foi a de vedar a contratação por tempo determinado para o exercício de funções permanentes. Vale lembrar a ADI nº 2.229-6 em que os ministros concederam por unanimidade a liminar visando suspender a eficácia da Lei nº 6.094, de 20 de janeiro 2000, do Estado do Espírito Santo, que dispunha a contratação temporária, emergencial, de defensores públicos. Também no julgamento do mérito da ação, o STF reafirmou seu posicionamento.

Administrativo de Defesa Econômica (CADE), haja vista tratar-se de uma situação excepcional de desorganização administrativa.³⁷³

Como o art. 37, IX, da CR/88 não distingue atividades permanentes e atividades temporárias, apenas determina a contratação por tempo determinado para atender à necessidade temporária, entende-se possível que a atividade seja permanente.³⁷⁴ Embora se sustente a possibilidade de contratação temporária para o exercício de atividades permanentes, trata-se de hipótese excepcional, necessária ao cumprimento das funções administrativas, devendo a contratação ser devidamente motivada, sempre.

Outro aspecto a ser observado é a excepcionalidade do interesse público, compreendido como um interesse ímpar, fora do comum, singular, e não uma necessidade transitória. Segundo bem definiu Gustavo Alexandre Magalhães: “pode-se conceituar, pois, o interesse público excepcional como necessidades extraordinárias cuja satisfação é indispensável para o não perecimento de interesses da coletividade.”³⁷⁵ Salienta-se, todavia, que as situações excepcionais não são, necessariamente, urgentes, pois basta que o excepcional interesse público “destine-se a atender situações relevantes e indispensáveis.”³⁷⁶ Essa ideia é intimamente vinculada à necessidade transitória que abrange tanto situações de urgência, que necessitam de providências imediatas, quanto situações em que as atividades são incompatíveis

³⁷³ “1. O art. 37, IX, da Constituição do Brasil autoriza contratações, sem concurso público, desde que indispensáveis ao atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público, quer para o desempenho das atividades de caráter eventual, temporário ou excepcional, quer para o desempenho das atividades de caráter regular e permanente. 2. A alegada inércia da Administração não pode ser punida em detrimento do interesse público, que ocorre quando colocado em risco o princípio da continuidade da atividade estatal. 3. Ação direta julgada improcedente (BRASIL, 2005a). A referida ação tratou da constitucionalidade do art. 81-A da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, inserido pela Medida Provisória nº 136, de 17 de novembro de 2003, posteriormente convertida na Lei nº 10.843, de 27 de fevereiro de 2004. Determinava o dispositivo: “O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE poderá efetuar, nos termos do art. 37, inciso IX, da Constituição Federal, e observado o disposto na Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993, contratação por tempo determinado, pelo prazo de 12 (doze) meses, do pessoal técnico imprescindível ao exercício de suas competências institucionais, limitando-se ao número de 30 (trinta)” (BRASIL, 2005a).

³⁷⁴ Como bem exemplifica Florivaldo Dutra de Araújo: “Suponha-se a ocorrência de uma epidemia, a exigir, por certo tempo, maior número de servidores da área da saúde. As atividades desse setor são permanentes para a administração pública, mas uma *necessidade* temporária obriga à contratação por tempo determinado” (ARAÚJO, Florivaldo, 2009, p. 123). Outra hipótese é a contratação de servidores que necessitam de substitutos provisórios para o exercício de atividades permanentes. Cita-se o exemplo de servidores que se afastam para se aperfeiçoarem ou afastam-se em razão de uma enfermidade.

³⁷⁵ MAGALHÃES, 2005, p. 181. Ainda segundo o autor, a expressão excepcional interesse público deve ser entendida em sentido amplo: “não seria razoável que o art. 37, IX, abrangesse apenas as hipóteses tão excepcionais e relevantes que, por interpretação implícita das regras e princípios de sentido de satisfazer a necessidades coletivas, determinaria, por si só, o atendimento de situações de extrema relevância e urgência. Assim, a Administração pública está autorizada a proceder à contratação temporária para atender a necessidades transitórias que dependam efetivamente da contratação. Há que se considerar o atendimento do interesse público como indispensável, mas não como crucial para a sobrevivência de toda a coletividade” (MAGALHÃES, *op. cit.* p. 182).

³⁷⁶ MAGALHÃES, *op. cit.* p. 182-183. Completa o autor: “Lembre-se que a contratação temporária para situações não urgentes não prescinde da realização de concurso público. Nestes casos, o excepcional interesse público deve ser atendido porque relevante e indispensável, mas não precisa ser atendido imediatamente porque não se trata de necessidades urgentes” (MAGALHÃES, *op. cit.* p. 183).

com o provimento em caráter efetivo, como a contratação de professor substituto em razão de férias do titular.³⁷⁷

Por fim, destaca-se a previsão legal dos casos de contratação temporária. O Supremo Tribunal Federal já se posicionou pela exigência de previsão legal específica dos casos de contratação temporária.³⁷⁸ Entende-se, *data venia*, equivocada essa interpretação, pois como bem anotou Florivaldo Dutra de Araújo: “por mais que o legislador queira, não é capaz de imaginar, *a priori*, todos os casos específicos em que, no futuro, poderão surgir necessidades temporárias de excepcional interesse público.”³⁷⁹

Por isso o rol de hipóteses para contratação temporária é exemplificativo, pois sempre que a administração pública necessitar contratar servidores temporários em razão de excepcional interesse público, deverá fazê-lo.³⁸⁰

Observadas algumas das características importantes da contratação de servidor público temporário – ainda que de forma sucinta, haja vista o objeto do presente item – questiona-se a possibilidade de cessão dos servidores temporários às organizações sociais.

A Lei nº 8.745/93 não traz previsão de cessão de servidor temporário a órgãos e entidades públicas, tampouco a entidades privadas,³⁸¹ e apesar do presente trabalho adotar um posicionamento contrário às interpretações excessivamente restritivas do art. 37, IX, da CR/88, o que, conforme visto, amplia as possibilidades de contratação de servidor público temporário, ainda assim, não há de se aceitar a cessão desses servidores em razão dos pressupostos que norteiam sua contratação.

O servidor público temporário só é contratado para suprir uma necessidade transitória em razão de um interesse público excepcional. A cessão de servidor público às OS deve guiar-se por um planejamento. Há, portanto, uma previsão da mão de obra necessária à

³⁷⁷ MAGALHÃES, *op. cit.* p. 182.

³⁷⁸ Cf: ADI nº 2.125-7. BRASIL, 2000b.

³⁷⁹ ARAÚJO, Florivaldo, 2009, p. 123.

³⁸⁰ Vale, no entanto, evitar abusos e equívocos, pois como bem anotou Florivaldo Dutra de Araújo: “Tal como em relação à contratação temporária para exercício excepcional de tarefas permanentes, os casos declarados pela administração como ensejadores dessa contratação devem ser motivados e estarão sujeitos ao controle judicial em todos os seus aspectos, devendo o Judiciário coibir abusos e equívocos na aplicação do Texto Constitucional” (ARAÚJO, Florivaldo, *op. cit.*, p. 126).

³⁸¹ Não se aplica o disposto no art. 93 da Lei nº 8.112/91 – que dispõe sobre cessão de servidores públicos aos órgãos ou entidades dos Poderes da União, dos Estados ou do Distrito Federal e dos Municípios – aos servidores públicos contratados temporariamente, conforme art. 11 da Lei nº 8.745/93: “Art. 11. Aplica-se ao pessoal contratado nos termos desta Lei o disposto nos arts. 53 e 54; 57 a 59; 63 a 80; 97; 104 a 109; 110, incisos, I, *in fine*, e II, parágrafo único, a 115; 116, incisos I a V, alíneas a e c, VI a XII e parágrafo único; 117, incisos I a VI e IX a XVIII; 118 a 126; 127, incisos I, II e III, a 132, incisos I a VII, e IX a XIII; 136 a 142, incisos I, primeira parte, a III, e §§1º a 4º; 236; 238 a 242, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.” (BRASIL, 1993d).

realização do projeto proposto. Todo o pessoal designado possui funções específicas previamente determinadas.

Já o servidor contratado temporariamente é designado para uma função própria e transitória, decorrente de um interesse público excepcional distinto do interesse público existente na atividade – em que a execução é devidamente planejada – a ser executada pelo servidor cedido às OS.

Mesmo que o prazo limite para contratação de servidor temporário seja de difícil mensuração em algumas situações – haja vista o interesse público possuir duração imprevisível – ainda assim, veda-se a cessão desses servidores em hipóteses cujo interesse público tenha sido devidamente tutelado, mas o contrato ainda esteja em vigor. Nessa hipótese, o servidor ainda estaria à disposição do Estado, podendo-se, portanto, cogitar de sua cessão à OS como meio de auxiliar a satisfação das atividades desenvolvidas por essas entidades. Se a União, por exemplo, contratasse médicos em caráter temporário para suprir um surto epidemiológico por dois anos e, ao fim do primeiro ano, o surto estivesse devidamente controlado, não sendo mais necessários os serviços prestados por esses profissionais, poder-se-ia cogitar a cessão desses profissionais aos hospitais hipoteticamente qualificados como OS. Ocorre que, o presente estudo sustenta que a cessão de servidor às OS é restrita, para que se evitem abusos administrativos. Por isso, sempre deve haver um planejamento adequado para a cessão de servidores, sendo a contratação temporária um meio específico e peculiar de a administração pública tutelar interesse público excepcional decorrente de situação transitória. Dessa forma, mesmo na ocorrência da hipótese mencionada, entende-se vedada a cessão de servidor temporário às organizações sociais.

3.9.3.3 Servidores públicos estatutários

Servidores públicos estatutários são aqueles que se submetem ao conjunto de direitos e deveres – impostos unilateralmente pelo Estado – que regem a relação de trabalho entre eles e a administração pública. Diz-se estatutário, pois o estatuto é comumente entendido como “um conjunto de normas que estabelecem o regime jurídico, sobre o qual não há qualquer ingerência ou participação do trabalhador.”³⁸²

³⁸² MAGALHÃES, 2005, p. 55. O autor ainda observa – baseando-se nas lições de Themistocles Brandão Cavalcanti – que os estatutos podem ser gerais ou especiais: “os primeiros aplicam-se a todos os funcionários públicos, ao passo que os estatutos especiais aplicam-se apenas a determinada categoria. É nesta última concepção que se fala, por exemplo, em ‘Estatuto do Magistério’, ou ainda em Estatuto da Magistratura” (MAGALHÃES, *op. cit.* p. 60-61). No mesmo sentido: “Nos estatutos estão inscritas todas as regras que incidem sobre a relação jurídica, razão por que nelas se enumeram os direitos e deveres dos servidores e do Estado. Essa categoria ainda

Baseando-se no entendimento doutrinário e jurisprudencial majoritário, o presente estudo julga necessário elencar – ainda que de forma muito sucinta – as principais características que qualificam o servidor estatutário. A primeira característica é a natureza regulamentar do regime estatutário. Todas as normas que regem a relação de trabalho são fixadas previamente pelo legislador – de modo que a autonomia da vontade do servidor limite-se à aceitação ou não da nomeação – diferentemente do regime contratual.³⁸³ Tanto a doutrina quanto a jurisprudência reafirmam a natureza estatutária, considerando-a não contratual.³⁸⁴

Outra característica do regime estatutário é a formação do vínculo entre o servidor público e o Estado. Trata-se de uma relação formada por ato complexo, resultado da nomeação do agente público pelo Estado e da aceitação do servidor.³⁸⁵

Segundo doutrina majoritária, o regime estatutário caracteriza-se ainda pela possibilidade de o Estado alterá-lo unilateralmente, sem que o servidor possa alegar a existência de direito adquirido. Essa possibilidade funda-se no princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado.³⁸⁶ Ao contrário das relações contratuais, em que os efeitos oriundos do advento de uma nova lei não incidem sobre o contrato, prevalecendo a lei vigente à época da contratação, no vínculo estatutário, uma nova lei incide sobre a relação já constituída, não se podendo alegar direito adquirido. Nas relações contratuais, a autonomia de vontade das partes permite a alteração das cláusulas, tendo em vista a mudança dos interesses dos

admite uma subdivisão: a dos servidores públicos sujeitos ao *estatuto geral* da pessoa federativa correspondente, e a dos servidores sujeitos a *estatutos especiais*. De fato, como regra, ao lado do estatuto geral dos servidores públicos, que disciplina os quadros funcionais em geral, com suas classes e carreiras, vicejam estatutos especiais, que regulam a relação jurídica de trabalho de certas categorias específicas de servidores” (CARVALHO FILHO, 2009, p. 567).

³⁸³ A partir da aceitação da nomeação pelo servidor público, este ocupará um cargo público instituído por lei que também dispõe as atribuições dos cargos constituídos. Segundo bem definiu Hely Lopes Meirelles: “*Cargo público* é o lugar instituído na organização do serviço público, com denominação própria, atribuições e responsabilidades específicas e estipêndio correspondente, para ser provido e exercido por um titular, na forma estabelecida em lei” (MEIRELLES, 2007, p. 419).

³⁸⁴ “Essa relação não tem natureza contratual, ou seja, inexistente contrato entre o Poder Público e o servidor estatutário. Tratando-se de relação própria do direito público, não pode ser enquadrada no sistema dos negócios jurídicos bilaterais de direito privado. Nesse tipo de relação jurídica não-contratual, a conjugação de vontades que conduz à execução da função pública leva em conta outros fatores tipicamente de direito público, como o provimento do cargo, a nomeação, a posse e outros do gênero. A conclusão, pois, é a de que o regime estatutário, como tem em vista regular a relação jurídica estatutária, não pode incluir normas que denunciem a existência de negócio contratual” (CARVALHO FILHO, 2009, p. 569). No mesmo sentido, é o entendimento dos Tribunais brasileiros: “1. **É incontroverso na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que o regimento jurídico estatutário, que disciplina o vínculo entre o servidor público e a Administração, não tem natureza contratual.** Por isso, o servidor público não tem direito à imutabilidade de situação jurídica, ou seja, à inalterabilidade do regime remuneratório, por predominar, no caso, o interesse público” (BRASIL, 2007c, destaque nosso).

³⁸⁵ MAGALHÃES, 2005, p. 56.

³⁸⁶ “É que o servidor é regido pelo estatuto, não importando qual o seu conteúdo. Se as disposições mudam em razão do interesse público, o servidor tem a obrigação de simplesmente se adequar às novas disposições. Vale salientar que eventuais direitos previstos no estatuto só se incorporam ao patrimônio jurídico do agente se ele já tiver preenchido todos os requisitos para adquiri-los” (MAGALHÃES, *op. cit.* p. 57-58).

envolvidos. Já no regime estatutário, as partes não poderiam alterar o vínculo, mas uma nova lei poderá incidir sobre a relação estabelecida.³⁸⁷

Observadas essas características, vale lembrar a competência para legislar sobre os estatutos. O art. 39 da Constituição dispõe que é de competência de cada ente federativo legislar sobre os direitos e obrigações de seus respectivos servidores.³⁸⁸ Há, pois, estatutos funcionais

³⁸⁷ Entende-se necessário reavaliar a relação Estado-servidor, pois parte da doutrina distingue o regime estatutário do regime contratual, adotando pressupostos que o presente trabalho julga equivocados. Inicialmente, cumpre destacar que o regime incidente sobre a relação estatutária é instituído pelo legislador e não pelas partes, razão pela qual as partes (Administração pública e servidores públicos) ficam impedidas de alterar as condições da relação de trabalho – o que seria impensável no modelo de contrato existente no período Liberal, pois a liberdade de estabelecer as cláusulas caracterizava o contrato. Entretanto, a concepção liberal de contrato sofreu alterações a ponto de não mais se aceitar a ampla liberdade das partes elaborarem as cláusulas contratuais. Por isso, em um contrato de trabalho, as partes também devem obedecer a determinadas normas que impedem a liberdade irrestrita entre as partes. E é importante não confundir o legislador (Estado-ordem-jurídica) com a Administração pública. Da mesma forma que o legislador altera normas incidentes sobre a relação estatutária, ele também altera as regras do regime jurídico trabalhista. Ou seja, a administração pública não altera o regime jurídico incidente sobre a relação de trabalho estabelecida com o servidor público. Esse posicionamento é importante para rechaçar a distinção entre o regime contratual e o regime estatutário feito a partir da inexistência de direito adquirido no regime estatutário. Doutrina majoritária sustenta que, no regime contratual, a regra é a regência de todo o vínculo pelo regime existente na época da celebração do vínculo, não podendo lei posterior modificar a relação contratual previamente estabelecida, ao passo que no regime estatutário, que é previsto integralmente em lei, os direitos e obrigações serão aqueles surgidos a partir da vigência de lei nova. Essa diferenciação baseia-se na distinção entre situações jurídicas objetivas e situações jurídicas subjetivas. Filiando-se ao posicionamento esposado por Gustavo A. Magalhães, entende-se que: “as situações jurídicas objetivas não impedem a incidência imediata da lei nova, ao passo que, em se tratando de situações jurídicas subjetivas, somente normas de ordem pública podem incidir de plano. Não se tratando de normas cogentes, que protegem interesse geral, o vínculo será rígido, até seu término final, pela lei vigente no momento de sua formação. O problema da incidência imediata da lei nova sobre o regime jurídico não envolve a natureza estatutária ou contratual do vínculo, mas o enquadramento da situação jurídica como objetiva ou subjetiva. Nesse último caso, deve-se ainda investigar a natureza da lei nova, a qual incidirá sobre os vínculos em curso somente nos casos em que se tratar de norma de ordem pública. Observe-se que, na relação de função pública, a regra geral é que se trata de situação jurídica objetiva, visto que o regime é normalmente padronizado. Dessa forma, a lei nova tem incidência imediata, sendo irrelevante a natureza estatutária ou contratual do vínculo. Caso (em tese) a Administração e o agente público tenham liberdade para negociar individualmente parcela do regime, a possibilidade de o conteúdo variar de servidor para servidor caracteriza a situação como subjetiva. Nesses casos, se a lei nova veicular normas de ordem pública, incidirá imediatamente sobre o vínculo jurídico independentemente de sua natureza ser estatutária ou contratual. Por outro lado, se veicular interesses meramente privados, as partes envolvidas na relação jurídica terão direito adquirido ao regime jurídico instituído inicialmente. O vínculo estatutário e o regime jurídico de natureza contratual não podem ser distinguidos em função dos efeitos jurídicos produzidos em face de alteração legislativa. O fato de os servidores estatutários não terem direito adquirido em face da lei nova decorre da previsão do regime jurídico integralmente em lei. Trata-se das situações objetivas, gerais, impessoais ou estatutárias, as quais possuem sempre natureza cogente. Além disso, considerando a existência de autonomia da vontade no momento da celebração do vínculo estatutário, não há qualquer razão para lhe negar natureza contratual. E se o regime estatutário e o contratual possuem a mesma natureza, seria inadmissível falar-se em distinção quanto aos efeitos. Em outras palavras: duas coisas que são iguais na essência não podem produzir efeitos diversos, pois o que têm de diferente é apenas o nome. A não ser que o ordenamento jurídico expressamente assim prevesse, o que não é o caso. Portanto, ou existe direito adquirido a regime jurídico tanto no vínculo estatutário quanto no contratual, ou a lei sempre poderá alterar as relações já vigentes quando da sua publicação. O que pode fazer (e faz) diferença é a natureza das normas jurídicas – imperativas ou dispositivas – e não do vínculo, visto que diferença inexistente quanto a este último aspecto” (MAGALHÃES, 2005, p. 207-208).

³⁸⁸ “Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes.” (BRASIL, 1988). O §3º traz ainda um rol mínimo de direitos conferidos aos servidores estatutários, podendo cada ente federativo dispor estatutos especiais com direitos adequados a cada núcleo de servidor: “§3º Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII,

federais, estaduais, distrital e municipais, cada um autônomo em relação aos demais. Dessa forma, o presente estudo ater-se-á ao estatuto geral dos servidores públicos civis da União, Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, haja vista a Lei nº 9.637/98 não ter especificado quaisquer categorias de servidor público cedido às OS, não sendo necessário, portanto, o estudo sobre o estatuto de determinada categoria específica de servidor.

O art. 93, inserido no Capítulo V – Dos afastamentos – da Lei federal nº 8.112/90, trata da cessão de servidores públicos da seguinte forma:

Art. 93. O servidor poderá ser cedido para ter exercício em outro órgão ou entidade dos Poderes da União, dos Estados, ou do Distrito Federal e dos Municípios, nas seguintes hipóteses:

I – para exercício de cargo em comissão ou função de confiança;

II – em casos previstos em leis específicas.

§1º Na hipótese do inciso I, sendo a cessão para órgãos ou entidades dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, o ônus da remuneração será do órgão ou entidade cessionária, mantido o ônus para o cedente nos demais casos.

§2º Na hipótese de o servidor cedido à empresa pública ou sociedade de economia mista, nos termos das respectivas normas, optar pela remuneração do cargo efetivo ou pela remuneração do cargo efetivo acrescida de percentual da retribuição do cargo em comissão, a entidade cessionária efetuará o reembolso das despesas realizadas pelo órgão ou entidade de origem.

§3º A cessão far-se-á mediante Portaria publicada no Diário Oficial da União.

§4º Mediante autorização expressa do Presidente da República, o servidor do Poder Executivo poderá ter exercício em outro órgão da Administração Federal direta que não tenha quadro próprio de pessoal, para fim determinado e a prazo certo.

§5º Aplica-se à União, em se tratando de empregado ou servidor por ela requisitado, as disposições dos §§1º e 2º deste artigo.

§6º As cessões de empregados de empresa pública ou de sociedade de economia mista, que receba recursos de Tesouro Nacional para o custeio total ou parcial da sua folha de pagamento de pessoal, independem das disposições contidas nos incisos I e II e §§1º e 2º deste artigo, ficando o exercício do empregado cedido condicionado à autorização específica do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, exceto nos casos de ocupação de cargo em comissão ou função gratificada.

§7º O Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, com a finalidade de promover a composição da força de trabalho dos órgãos e entidades da Administração pública Federal, poderá determinar a lotação ou o exercício de empregado ou servidor, independentemente da observância do constante no inciso I e nos §§1º e 2º deste artigo.³⁸⁹

Percebe-se que o art. 93 restringe a cessão de servidores aos entes da administração pública direta e indireta, o que não impede que o legislador tratasse da cessão a pessoas jurídicas privadas – como as entidades qualificadas como organização social – não pertencentes à administração pública.³⁹⁰

XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir” (BRASIL, 1988).

³⁸⁹ BRASIL, 1990.

³⁹⁰ Nesse sentido: OLIVEIRA, Antônio, 2006, p. 40.

O art. 93 encontra-se regulamentado pelo Decreto nº 4.050, de 12 de dezembro de 2001. Merecem destaque três pontos tratados no decreto. O primeiro aspecto refere-se à abrangência da cessão. Pela leitura do art. 2º do decreto, é possível vislumbrar a possibilidade de a cessão ocorrer em hipóteses tratadas em leis específicas que não seja a cessão para entes da administração pública direta e indireta, o que possibilita a ocorrência de cessão a pessoas jurídicas de direito privado não pertencentes à administração pública, como as OS.³⁹¹

Outro ponto importante refere-se à remuneração do servidor público cedido. O art. 14 da Lei nº 9.637/98 dispõe que o ônus pela cessão é do Poder Público (cedente), embora o art. 4º e 6º do decreto, ao tratar da cessão de servidor entre entes públicos, disponha ser de responsabilidade do cessionário o ônus do servidor cedido, haja vista ser ele o beneficiado pelos serviços prestados pelo servidor cedido.³⁹² Como a cessão de servidor às organizações sociais é tratada em lei específica, nada impede que o ônus decorrente da cessão seja tratado de forma distinta daquela disposta no Decreto nº 4.050/01.

Por fim, destaca-se que a Lei nº 8.112/90 não definiu cessão, tampouco o fez a Lei nº 9.637/98, por isso adota-se a definição posta do art. 1º do Decreto nº 4.050/01:

³⁹¹ “Art. 2º. O servidor da Administração pública Federal direta, suas autarquias e fundações poderá ser cedido a outro órgão ou entidade dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluindo as empresas públicas e sociedades de economia mista, para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança **e, ainda, para atender a situações previstas em leis específicas**. Parágrafo único. Ressalvadas as cessões no âmbito do Poder Executivo e os casos previstos em leis específicas, a cessão será concedida pelo prazo de até um ano, podendo ser prorrogado no interesse dos órgãos ou das entidades cedentes e cessionários” (BRASIL, 2001b, destaque nosso). Percebe-se que o parágrafo único deste artigo aponta um norte importante quanto ao tempo que o servidor vinculado à União ficará cedido e também ressalta o caráter precário e discricionário da cessão. O legislador impôs o prazo de um ano, passível de prorrogação, segundo os critérios dos órgãos e entidades cedentes e cessionários – não havendo menção a vontade do servidor cedido. Esse dispositivo legal demonstra a discricionariedade do vínculo sustentada pela doutrina e jurisprudência majoritárias. Mas a estipulação de prazo na cessão impõe o dever de ressarcimento dos prejuízos oriundos do fim da cessão antes do término do prazo estipulado.

³⁹² “Art. 4º – Na hipótese do inciso II do art. 3º, quando a cessão ocorrer para os Poderes dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, o ônus da remuneração do servidor cedido, acrescido dos respectivos encargos sociais, será do órgão ou da entidade cessionária. §1º – O valor a ser reembolsado será apresentado mensalmente ao cessionário pelo cedente, discriminado por parcela remuneratória e servidor, e o reembolso será efetuado no mês subsequente. §2º – O descumprimento do disposto no §1º implicará o término da cessão, devendo o servidor cedido apresentar-se ao seu órgão de origem a partir de notificação pessoal expedida pelo órgão ou entidade cedente. §3º – O dirigente máximo do órgão ou entidade cedente é o responsável pelo cumprimento das determinações contidas nos §§1º e 2º. Art. 5º – Observada a disponibilidade orçamentária, a Administração pública Federal direta, autárquica e fundacional poderá solicitar a cessão de servidor ou empregado oriundo de órgão ou entidade de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, suas empresas públicas e sociedades de economia mista, para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança e, ainda, requisitar nos casos previstos em leis específicas. Art. 6º – É do órgão ou da entidade cessionária, observada a disponibilidade orçamentária e financeira, o ônus pela remuneração ou salário do servidor ou empregado cedido ou requisitado dos Poderes dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios ou das empresas públicas e sociedades de economia mista, acrescidos dos respectivos encargos sociais definidos em lei. Parágrafo único. O ônus da cessão ou requisição prevista no *caput* não se aplica no caso de o cedente ser empresa pública ou sociedade de economia mista que receba recursos financeiros do Tesouro Nacional para o custeio total ou parcial da sua folha de pagamento de pessoal, bem assim do Governo do Distrito Federal em relação aos servidores custeados pela União” (BRASIL, 2001b).

Art. 1º Para fins deste Decreto considera-se:

I – requisição: ato irrecusável, que implica a transferência do exercício do servidor ou empregado, sem alteração da lotação no órgão de origem e sem prejuízo da remuneração ou salário permanentes, inclusive encargos sociais, abono pecuniário, gratificação natalina, férias e adicional de um terço;

II – cessão: ato autorizativo para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança, ou para atender situações previstas em leis específicas, em outro órgão ou entidade dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, sem alteração da lotação no órgão de origem;

III – reembolso: restituição ao cedente das parcelas da remuneração ou salário, já incorporadas à remuneração ou salário do cedido, de natureza permanente, inclusive encargos sociais;

IV – órgão cessionário: o órgão onde o servidor irá exercer suas atividades; e

V – órgão cedente: o órgão de origem e lotação do servidor cedido.

Parágrafo único. Ressalvadas as gratificações relativas ao exercício de cargos comissionados ou função de confiança e chefia na entidade de origem, poderão ser objeto de reembolso de que trata o inciso III outras parcelas decorrentes de legislação específica ou resultantes do vínculo de trabalho, tais como: gratificação natalina, abono pecuniário, férias e seu adicional, provisões, gratificação semestral e licença prêmio.³⁹³

Pela definição acima, constata-se que a cessão não é instrumento hábil a impor, de forma irrecusável, a transferência do servidor a outro órgão ou entidade. Para isso, existe a requisição, mencionada no art. 93, §5º da Lei nº 8.112/90.

Como o legislador não abordou os efeitos oriundos da distinção entre cessão e requisição no Decreto nº 4.050/01, pode-se apenas sustentar que a requisição é ato irrecusável, ao passo que a cessão, não.³⁹⁴ Entende-se que a requisição é ato irrecusável ao *ente público* a que o servidor encontra-se vinculado. Não se pode confundir com a impossibilidade de recusa do servidor, que não existe nem na requisição, nem na cessão.

³⁹³ BRASIL, 2001b.

³⁹⁴ A partir da leitura do Decreto, entende-se que a cessão pode ocorrer entre órgãos e pessoas jurídicas da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal para ocupar cargos em comissão e função de confiança e ainda para atender situações dispostas em leis específicas – leis estas que podem ampliar o leque de cessionários, podendo-se incluir pessoas jurídicas de direito privado –, ao passo que não há dispositivos legais tratando da abrangência da requisição. A cessão possui procedimento próprio, disposto no art. 3º do Decreto, ao contrário da requisição à qual se constata ausência de procedimento próprio para a sua realização. Conforme o art. 6º do Decreto, é do órgão cessionário a responsabilidade pelo ônus da remuneração ou salário do servidor ou empregado cedido ou requisitado salvo a exceção tratada no parágrafo único: “O ônus da cessão ou requisição prevista no *caput* não se aplica no caso de o cedente ser empresa pública ou sociedade de economia mista que receba recursos financeiros do Tesouro Nacional para o custeio total ou parcial da sua folha de pagamento de pessoal, bem assim do Governo do Distrito Federal em relação aos servidores custeados pela União.” Já o art. 4º do Decreto especifica a forma de remuneração quando a cessão ocorrer para órgão ou entidade dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios: Art. 4º – Na hipótese do inciso II do art. 3º, quando a cessão ocorrer para os Poderes dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, o ônus da remuneração do servidor cedido, acrescido dos respectivos encargos sociais, será do órgão ou da entidade cessionária. §1º – O valor a ser reembolsado será apresentado mensalmente ao cessionário pelo cedente, discriminado por parcela remuneratória e servidor, e o reembolso será efetuado no mês subsequente. §2º – O descumprimento do disposto no §1º implicará o término da cessão, devendo o servidor cedido apresentar-se ao seu órgão de origem a partir de notificação pessoal expedida pelo órgão ou entidade cedente. §3º – O dirigente máximo do órgão ou entidade cedente é o responsável pelo cumprimento das determinações contidas nos §§1º e 2º” (BRASIL, 2001b).

Também na requisição há, necessariamente, interesse público, e as hipóteses encontram-se expressas no ordenamento jurídico. Exemplifica-se a requisição de servidores feita pela Justiça Eleitoral, prevista no art. 30, XIV, da Lei nº 4.373/65 (Código Eleitoral) e Lei nº 6.999/82.³⁹⁵ Em face do interesse público existente no serviço eleitoral, cuja execução é imprescindível à segurança das instituições democráticas, e considerando as dificuldades enfrentadas pelos órgãos da Justiça eleitoral – haja vista o pequeno número de servidores – é irrecusável ao servidor prestar serviços à justiça eleitoral, bem como é irrecusável aos entes públicos a cessão de seus servidores.³⁹⁶

Já na cessão, a entidade cedente avaliará discricionariamente se é conveniente e oportuno autorizar a cessão, não havendo hipóteses expressas elencadas pelo legislador que determinem a cessão.

Não se está sustentado que na requisição há um interesse mais público do que o interesse existente na cessão, pois há interesse público em ambos os institutos. A diferença entre os institutos é que na requisição não é facultado ao ente ao qual o servidor encontra-se vinculado negá-la, ao passo que na cessão não há essa imposição.

A menção às possíveis distinções entre requisição e cessão é relevante na medida em que o art. 22 da Lei nº 9.637/98 trata da cessão dos servidores pertencentes aos entes extintos cujas atividades foram absorvidas por organizações sociais. A cessão tratada nesse dispositivo é irrecusável ao servidor. Há, aqui, hipótese excepcional em que a Lei trouxe a impossibilidade de o servidor recusar a cessão. Poder-se-ia até questionar a constitucionalidade dessa hipótese, pois o servidor presta concurso público para exercer suas atividades sob a incidência de regime jurídico de direito público. Ele intencionalmente visa o cumprimento de atividades em um ente público, dentro da organização administrativa.

Entretanto, o art. 22 traz a cessão irrecusável ao servidor que, para o presente estudo trata-se de hipótese carente de regulamentação, pois esse dispositivo trata da cessão dos servidores pertencentes aos entes extintos cujas atividades foram absorvidas por organizações sociais. Compete ao Decreto mencionado no art. 20 da Lei nº 9.637/98 estabelecer as diretrizes e os critérios para a qualificação de organizações sociais, a fim de assegurar a absorção de atividades desenvolvidas por entidades ou órgãos públicos da União.

³⁹⁵ “Art. 30. Compete, ainda, privativamente, aos Tribunais Regionais: [...] XIV – requisitar funcionários da União e, ainda, no Distrito Federal e em cada Estado ou Território, funcionários dos respectivos quadros administrativos, no caso de acúmulo ocasional de serviço de suas Secretarias.” (BRASIL, 1965b).

³⁹⁶ Vale destacar que o art. 9º da Lei nº 6.999/82 garante as vantagens inerentes ao exercício do cargo do servidor: “Art. 9º. O servidor requisitado para o serviço eleitoral conservará os direitos e vantagens inerentes ao exercício de seu cargo ou emprego” (BRASIL, 1982).

Importante também não confundir a impossibilidade de recusa caracterizadora da requisição com a cessão disposta no art. 22 da Lei nº 9.637/98, que é irrecusável ao servidor pertencente a ente extinto.

Vale destacar a norma contida no §7º da Lei nº 8.112/90. Segundo esse dispositivo, havendo necessidade de reorganização de servidores à disposição de órgãos e entidades da Administração Pública federal, deve o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão ceder servidores e empregados. Exemplo desse tipo de necessidade é o que se encontra no Decreto nº 5.375, de 17 de fevereiro de 2005, que, em seu art. 1º, tratou da possibilidade de cessão de servidores para o desempenho de atividades inseridas em projetos destinados à integração do Rio São Francisco com as bacias hidrográficas do Nordeste Setentrional.³⁹⁷

Conclui-se, assim, que a cessão de servidores às organizações sociais é possível e o retorno do servidor ao cedente não pode prejudicá-lo, conforme inúmeros dispositivos legais mencionados, pois o servidor cedido conservará os direitos e deveres inerentes ao exercício de seu cargo. A cessão só será irrecusável ao servidor nos termos do art. 22 da Lei nº 9.637/98 e sua ocorrência depende do juízo de conveniência e oportunidade do administrador público.

3.9.3.4 Servidores públicos trabalhistas

Os servidores públicos submetidos às normas constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis aos trabalhadores da iniciativa privada ocupantes de empregos públicos são denominados de servidores trabalhistas.³⁹⁸ A competência para legislar sobre direito do trabalho é da União, nos termos do art. 22, I, da Constituição. Os demais entes públicos que optarem pelo regime trabalhista deverão submeter-se às normas editadas por ela.³⁹⁹

No intuito de compatibilizar as normas que regem os trabalhadores privados e os princípios norteadores do direito público, foi promulgada, na esfera da União, a Lei nº 9.962,

³⁹⁷ “Art. 1º. O Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão poderá, nos termos do §7º do art. 93 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, determinar o exercício temporário de servidor ou empregado da Administração pública federal direta e indireta para desempenho de atividades, no âmbito do Ministério da Integração Nacional, em projetos destinados à integração do Rio São Francisco com as bacias hidrográficas do Nordeste Setentrional” (BRASIL, 2005b).

³⁹⁸ “Empregos públicos são núcleos de encargos de trabalho permanentes a serem preenchidos por agentes *contratados* para desempenhá-los, sob relação trabalhista, como, aliás, prevê a Lei 9.962 de 22.2.2000. [...] Sujeitam-se a uma disciplina jurídica que, embora sofra *inevitáveis influências advindas da natureza governamental da contratante*, basicamente, é a que se aplica aos *contratos trabalhistas* em geral; portanto, a prevista na *Consolidação das Leis do Trabalho*” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 260-261). Assim como os cargos públicos, também os empregos são criados por lei, conforme determina o art. 61, §1º, II, da Constituição.

³⁹⁹ “Caso os entes federativos queiram alterar a natureza do regime jurídico de seus servidores, basta regovar a lei ordinária que instituiu o regime trabalhista, instituindo regime jurídico de competência legislativa própria, como ocorre com o estatutário ou com o contrato administrativo de trabalho” (MAGALHÃES, 2005, p. 75).

de 22 de fevereiro de 2000, que trata do regime jurídico do emprego público na administração pública direta, autárquica e fundacional.⁴⁰⁰ Nesse ponto, é preciso salientar, que mesmo sob regime trabalhista, o servidor mantém-se agente público, devendo, assim, respeitar preceitos de direito público.

Diversamente do que ocorre no regime estatutário, a relação jurídica entre o Estado e o servidor trabalhista é de natureza contratual: “significa dizer que o Estado e seu servidor trabalhista celebram efetivamente contrato de trabalho nos mesmos moldes adotados para a disciplina das relações gerais entre capital e trabalho.”⁴⁰¹

Basicamente, o regime jurídico a que se submete o servidor trabalhista é a Consolidação das Leis do Trabalho. Nesse diploma legal, não há referência expressa à cessão do servidor trabalhista, fato que não impede sua ocorrência, pois mesmo que não esteja expressamente previsto na CLT, tampouco na Lei nº 9.962/00, a simples referência na Lei nº 9.637/98 é suficiente para a ocorrência da cessão.

3.9.4 Da necessária obediência aos princípios norteadores da administração pública

A cessão de servidor público sempre deve obedecer aos princípios norteadores da administração pública, especialmente ao princípio da legalidade. Como os direitos e deveres da relação de trabalho entre a administração pública e o servidor público estão dispostos no ordenamento jurídico, a possibilidade de o servidor ser cedido deve encontrar-se em alguma norma jurídica a respeito. O legislador deve possibilitar a cessão, do contrário, a administração pública não pode, sem respaldo legal, ceder servidor vinculado a ela.

Conforme exhaustivamente destacado, há previsão para ocorrência de cessão de servidores públicos federais às entidades qualificadas como organizações sociais, no art. 14 e no art. 22 da Lei nº 9.637/98. Logo, garante-se o princípio da legalidade.

⁴⁰⁰ Segundo anotou José dos Santos Carvalho Filho: “A lei é *federal* e, portanto, incide apenas no âmbito da Administração federal direta, autárquica e fundacional, estando excluídas as empresas públicas e as sociedades de economia mista” (CARVALHO FILHO, 2009, p.571-572). Em sentido contrário, é o posicionamento de Gustavo Magalhães: “Deve-se, entretanto, atentar para o fato de que a Lei 9.962/2000 afronta a ordem constitucional ao restringir sua aplicabilidade ao âmbito federal. Como já foi dito, o art. 22, I, da Constituição da República estabelece que a competência para legislar sobre regime de emprego (público ou privado) é da União, não tendo os Estados, Municípios e Distrito Federal competência legislativa para tratar da matéria” (MAGALHÃES, 2005, p. 76).

⁴⁰¹ CARVALHO FILHO, *op. cit.* p. 571.

Vale destacar que o Tribunal de Contas da União possui entendimento consolidado sobre a necessidade de legislação específica acerca da cessão de servidor público à entidade privada:

[Monitoramento. Sociedade de economia mista. Repasses de recursos públicos à Caixa de Assistência dos empregados de Furnas e Eletronuclear. Pessoal. Cessão indevida de empregado público a pessoa jurídica de direito privado. Determinação. [VOTO] No que diz respeito ao servidor cedido pela Eletronuclear à CAEFE para ocupar uma de suas diretorias, **cabe registrar que a jurisprudência desta Corte de Contas, desde há muito se consolidou no sentido de que a cessão de servidores a pessoas jurídicas de direito privado – incluindo clubes e associações de servidores – só pode ser admitida mediante amparo de legislação específica (consoante entendimento firmado na Sessão de 27.11.91 – Decisão nº 387/91, Ata nº 57/91)**. Dessa forma, e ante o disposto no Decreto 4.050/2001, não havendo amparo legal para a cessão mencionada, deve ser determinado à Eletronuclear, caso ainda não o tenha feito, providenciar o retorno do empregado cedido e adotar medidas junto à CAEFE para que aquela entidade restitua aos cofres públicos os valores dos salários correspondentes. [ACÓRDÃO] os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, diante das razões expostas pelo Relator, em: 9.2. determinar à Eletronuclear que providencie, caso ainda não o tenha feito, o retorno do empregado cedido à CAEFE, adotando as medidas cabíveis para que a CAEFE restitua aos cofres públicos os valores dos salários correspondentes ao período da cessão ocorrida sem amparo legal.⁴⁰²

O TCU possui, também, julgado que trata da cessão de servidor à entidade privada qualificada como organização social, nos termos de lei do Estado do Rio de Janeiro. Os ministros sustentaram a ilegalidade na cessão em razão da inexistência de dispositivo legal que autorize a cessão de servidores públicos às entidades qualificadas como organização social no Estado do Rio de Janeiro. Embora no julgado mencionado a entidade e o Poder Público tenham celebrado convênio tratando da cessão e a formalização tenha se dado mediante a publicação de uma portaria, ainda assim os ministros do TCU vedaram a cessão.⁴⁰³

Compreendida a necessidade de haver disposição legal permitindo a cessão de servidor público, questiona-se se, mesmo havendo previsão legal, ainda assim há afronta ao princípio do concurso público e se é possível obrigar os servidores a trabalhar em organizações

⁴⁰² BRASIL, 2010d, destaque nosso. No mesmo sentido: “Relatório de Auditoria. Cessão de servidores cedidos à caixa de assistência dos servidores com ônus para o cedente. Irregularidade. Determinações [ACÓRDÃO] 9.2. Determinar a Furnas que providencie, caso ainda não o tenha feito, o retorno dos empregados cedido à CAEFE, adotando as medidas cabíveis junto àquela entidade visando ao ressarcimento aos cofres públicos dos valores dos salários correspondentes ao período da cessão ocorrida sem amparo legal; 9.3. dar ciência desta deliberação à Caixa de Assistência dos Funcionários de Furnas e Eletronuclear – CAEFE. [VOTO] Com relação aos servidores cedidos à CAEFE com ônus para a cedente, **a jurisprudência desta Corte de Contas desde há muito se consolidou no sentido de que a cessão de servidores a pessoas jurídicas de direito privado só pode ser admitida mediante amparo de legislação específica (consoante entendimento firmado na Sessão de 27.11.91 – Decisão nº 387/91, Ata nº 57/91)**. Dessa forma, e ante o disposto no Decreto 4.050/2001, não havendo amparo legal para a cessão mencionada, deve ser determinado a Furnas Centrais Elétricas, caso ainda não o tenha feito, providenciar o retorno dos empregados cedidos e adotar medidas junto à CAEFE para que aquela entidade restitua aos cofres públicos os valores dos salários correspondentes” (BRASIL, 2010e).

⁴⁰³ BRASIL, 2011c.

privadas sem violar os vínculos de trabalho que possuem, conforme sustenta Celso Antônio Bandeira de Mello.⁴⁰⁴

Conforme destacado, há entendimento majoritário de que a cessão constitui-se ato unilateral discricionário e precário e ao servidor não é permitida, via de regra, a recusa.

Entende-se que o concurso público é um procedimento administrativo que visa selecionar os melhores candidatos ao provimento de cargos, empregos e funções públicas.⁴⁰⁵ É um procedimento que busca a eficácia do princípio da isonomia entre os interessados, segundo bem leciona Fabrício Motta: “mais do que um direito objetivo de disputar certames, reconhece-se a existência de um *dever público* de realizá-los, de forma isonômica, sempre que o interesse público exigir”.⁴⁰⁶

Parte imprescindível desse procedimento é o edital que rege o concurso público, razão pela qual comumente se afirma que o *edital é a lei do concurso público*. O edital é um ato administrativo proferido pelo agente competente, que dispõe sobre a forma como ocorrerá o concurso público e as condições de trabalho dos aprovados. O edital encontra-se, necessariamente, subordinado à lei, vinculando tanto os candidatos quanto a Administração pública, responsável por sua edição.⁴⁰⁷

Tratando-se de concurso para escolha de servidores públicos federais, aplicam-se as normas tratadas no presente estudo. Conforme já demonstrado, embora a Lei nº 9.637/98 não trate especificamente da cessão de servidor público, a hipótese de cessão de servidores tratada no art. 14 é aplicável – salvo disposição contrária expressa – aos militares, servidores estatutários e servidores trabalhistas.

⁴⁰⁴ BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 246.

⁴⁰⁵ “Concurso público é o procedimento administrativo que tem por fim aferir as aptidões pessoais e selecionar os melhores candidatos ao provimento de cargos e funções públicas. Na aferição pessoal, o Estado verifica a capacidade intelectual, física e psíquica de interessados em ocupar funções públicas e no aspecto seletivo são escolhidos aqueles que ultrapassam as barreiras opostas no procedimento, obedecida sempre a ordem de classificação. Cuida-se, na verdade, do mais idôneo meio de recrutamento de servidores públicos.” (CARVALHO FILHO, 2009, p. 596).

⁴⁰⁶ MOTTA, 2011, p. 20.

⁴⁰⁷ “Logicamente, o poder público encontra-se tão ou mais sujeito à observância do edital que os candidatos, pelo simples fato de que presidiu sua elaboração. Por isso, a Administração simplesmente não pode evadir-se das regras que ela mesma determinou. O princípio da moralidade, neste momento encarado sob o aspecto da confiança recíproca e da boa-fé, exige da Administração postura de respeito aos parâmetros previamente definidos no instrumento, que é o vínculo entre poder público e candidatos” (MOTTA, 2011, p. 32).

3.9.5 Regime previdenciário do servidor público cedido

Segundo sustentam os impetrantes da ADI nº 1.923-5/DF, a cessão de servidor público às OS ofende os direitos à aposentadoria integral e à paridade de reajustes entre ativos, inativos e pensionistas constantes no art. 40 da CR/88, notadamente em seus incisos I, II, III e §4º. Alegaram que o rompimento dessa paridade ocorreria se a organização social – que opera com recursos próprios ou mediante receitas oriundas da prestação de serviço público – efetuasse pagamento ao servidor cedido, por exemplo, adicional de produtividade ou gratificação de desempenho, e esse acréscimo na remuneração do servidor cedido não se estenderia aos inativos e pensionistas, tampouco seria incorporado à remuneração de origem para fins de cálculo do provento de inatividade, conforme art. 14, §1º da Lei nº 9.637/98.⁴⁰⁸

Para os impetrantes, a cessão dos servidores demonstra o objetivo do legislador em reduzir despesas mediante a autossuficiência de instituições públicas voltadas à prestação de serviço público, cuja principal característica deveria ser a gratuidade, “sob promessa de pagamento de vantagens aos seus servidores – cedidos ou por ela diretamente contratados *sem concurso público* – as quais *não se incorporam* aos proventos da inatividade, burlando, em tese, o conteúdo do artigo 40 da Carta Magna.”⁴⁰⁹

Antes de avaliar esses argumentos, vale observar que os dispositivos constitucionais mencionados pelos impetrantes sofreram alterações desde que a ADI foi ajuizada. À época do ajuizamento da ação, o art. 40 da CR/88, incisos I, II e III e §4º, estava assim disposto:

Art. 40. O servidor será aposentado:

I – por invalidez permanente, sendo os proventos integrais quando decorrentes de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei, e proporcionais nos demais casos;

II – compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de serviço;

III – voluntariamente: a) aos trinta e cinco anos de serviço, se homem, e aos trinta, se mulher, com proventos integrais; b) aos trinta anos de efetivo exercício em funções de magistério, se professor, e vinte e cinco, se professora, com proventos integrais; c) aos trinta anos de serviço, se homem, e aos vinte e cinco, se mulher, com proventos

⁴⁰⁸ “Art. 14. É facultado ao Poder Executivo a cessão especial de servidor para as organizações sociais, com ônus para a origem. §1º – Não será incorporada aos vencimentos ou à remuneração de origem do servidor cedido qualquer vantagem pecuniária que vier a ser paga pela organização social” (BRASIL, 1998a).

⁴⁰⁹ BRASIL, 2007a “Desse artifício decorre, mais uma vez, a tentativa de *fraude à Constituição* mediante a descaracterização do *ente público* com o qual mantém o servidor a relação estatutária, atribuindo-se ao *ente privado* a capacidade não apenas de fixar remuneração, sem a necessária aprovação de lei própria, **mas também a possibilidade de que este acréscimo não seja integrado ao patrimônio jurídico do servidor**, para efeitos do cálculo dos proventos da inatividade, nem seja estendido, ao teor do art. 40, §4º, aos inativos e pensionistas ocupantes de idênticos cargos. Inconstitucionalidade, portanto, que deve ser repelida, sob pena, mais uma vez, de por meio de artifícios lograr-se a inefetividade do ordenamento jurídico constitucional” (BRASIL, 2007a).

proporcionais a esse tempo; d) aos sessenta e cinco anos de idade, se homem, e aos sessenta, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de serviço.

§4º – Os proventos da aposentadoria serão revistos, na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos inativos quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria, na forma da lei.⁴¹⁰

Atualmente, encontra-se assim disposto:

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. §1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§3º e 17:

I – por invalidez permanente, sendo os proventos proporcionais ao tempo de contribuição, exceto se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, na forma da lei;

II – compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição;

III – voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições: a) sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, se mulher; b) sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição.

§4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores: I portadores de deficiência; II que exerçam atividades de risco; III cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.⁴¹¹

As alterações nesse trecho do texto constitucional, iniciadas com a Emenda Constitucional nº 20/1998, extinguiram o direito aos proventos integrais. Atualmente, o cálculo dos proventos de aposentadoria leva em conta a remuneração utilizada com base nas contribuições do servidor ao regime em que se encontra vinculado, regime geral ou regime próprio, estabelecidos, respectivamente, no art. 201 e seguintes e no art. 40, todos da Constituição.⁴¹² Além disso, a Emenda Constitucional nº 41/2003 alterou o *caput* do art. 40 da

⁴¹⁰ BRASIL, 1988.

⁴¹¹ BRASIL, 1988.

⁴¹² “Isso significa que, ao instituir o regime previdenciário próprio do servidor, cada ente da federação terá que definir a remuneração sobre a qual incidirá a contribuição, a qual deverá obrigatoriamente ser levada em consideração no cálculo dos proventos; a limitação ao teto R\$ 2.400,00 (atualizado em 1º-1-2011) para R\$ 3.689,66 (três mil seiscentos e oitenta e nove reais e sessenta e seis centavos), conforme Portaria Interministerial MPS/MF nº 568, de 31-12-2010, continua condicionada à instituição da previdência complementar por lei de cada esfera de governo (art. 40, §14, não alterado pela Emenda Constitucional nº 41/2003)” (DI PIETRO, 2011, p. 154).

CR/88 e, ao definir as fontes de custeio do regime previdenciário próprio do servidor, incluiu as contribuições dos inativos e pensionistas.⁴¹³

Feitas essas observações, volta-se aos argumentos utilizados pelos impetrantes da ADI. Inicialmente, faz-se necessário ressaltar que as organizações sociais não são entes públicos e que o pagamento efetuado aos trabalhadores a ela vinculados não se reflete nos demais servidores públicos. O servidor cedido à OS mantém os benefícios e a remuneração de seu cargo no órgão cedente, por isso eventual vantagem pecuniária que vier a ser paga pela organização social não se incorpora aos vencimentos ou à remuneração de origem do servidor cedido.

Para compreender melhor a situação do servidor cedido, valem algumas explicações.

O regime de previdência social possui natureza contributiva. Por isso, o servidor deve preencher tanto o critério relativo ao efetivo exercício de suas funções quanto o critério do recolhimento das contribuições previdenciárias devidas.

Em relação à contagem do tempo em que o servidor prestou serviço à organização social, deve-se ponderar se esse tempo de serviço prestado é tempo fictício, vedado pelo art. 40, §10, da Constituição de 1988, para fins de aposentadoria. Como a cessão consiste em afastamento do servidor para atendimento de interesse público – mesmo não se tratando as OS de entidades públicas – deve-se considerar o servidor em efetivo exercício para todos os fins remuneratórios.⁴¹⁴ Deve-se equipar o servidor cedido às OS ao servidor cedido a outro ente ou órgão público, no que se refere ao tempo efetivo de serviço no exercício de suas funções.

É inegável, assim, que o tempo trabalhado seja computado para fins previdenciários. Vale ressaltar que a cessão é, segundo doutrina e jurisprudência majoritárias, ato discricionário que não depende do aval do servidor público. Por isso, seria contrária às normas norteadoras da administração pública a desconsideração do tempo de serviço prestado pelo servidor público cedido às OS para fins de aposentadoria.

Além disso, o servidor continua contribuindo mensalmente à previdência social.⁴¹⁵ Não há, portanto, razão para que ele sofra prejuízo em sua aposentadoria, pois ele trabalhou e

⁴¹³ Essas alterações no texto constitucional buscaram a sustentabilidade financeira dos regimes previdenciários, já bastante deficitários.

⁴¹⁴ Nesse sentido, cita-se o art. 102, II, da Lei nº 8.112/90: “Art. 102. Além das ausências ao serviço previstas no art. 97, são considerados como de efetivo exercício os afastamentos em virtude de: [...] II – exercício de cargo em comissão ou equivalente, em órgão ou entidade dos Poderes da União, dos Estados, Municípios e Distrito Federal.” (BRASIL, 1990).

⁴¹⁵ O próprio Superior Tribunal de Justiça entende que o tempo de serviço prestado pelo servidor cedido a outro órgão ou ente público deve ser computado, caso as contribuições previdenciárias tenham sido descontadas de sua remuneração: “Sendo servidora pública estadual, cedida sem ônus para a origem, caberia ao Ministério da Justiça,

efetuou os aportes ao regime de previdência social. Logo, a concessão da aposentadoria ao servidor, ou a averbação de seu tempo de contribuição no ente de origem, não pode ficar vinculada à definição da destinação dos recursos recolhidos.

Quanto ao ente responsável pelo recolhimento e pelo pagamento das contribuições devidas ao regime previdenciário do servidor cedido, compete ao ente cedente, conforme art. 14, *caput*, da Lei nº 9.637/98, arcar com o ônus da cessão.

Há de lembrar também que o servidor público cedido permanecerá vinculado ao regime previdenciário de origem, conforme art. 1º-A da Lei nº 9.717/98.⁴¹⁶ Por isso, devem ser recolhidas ao regime previdenciário de origem contribuições previdenciárias no montante correspondente, no mínimo, àquele devido em razão do exercício do cargo efetivo ocupado pelo servidor cedido, sendo que é do cedente a responsabilidade por todo o ônus da cessão.

Por fim, destaca-se que os impetrantes da ADI 1923-5/DF sustentam a inconstitucionalidade da cessão de servidores públicos baseando-se na equivocada ideia de que as OS são entidades públicas. Esse equívoco é flagrante quando alegam que a atividade desempenhada por elas é serviço público – cuja característica principal deveria ser a gratuidade – e que haveria contratação de servidores sem concurso cuja remuneração não seria incorporada aos proventos da inatividade.

Quanto ao serviço prestado pelas organizações sociais, reiteram-se os argumentos utilizados no item 3.5.2 (Da constitucionalidade do fomento público destinado às atividades dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde), quanto à contratação de servidores sem concurso. Não há servidores públicos contratados pelas OS. Estas são entidades privadas e os trabalhadores a elas vinculados não são agentes públicos.

Os agentes públicos que se encontram nas organizações sociais são servidores públicos cedidos a elas pela Administração pública, apenas.⁴¹⁷

responsável por seus pagamentos, recolher também a contribuição previdenciária devida e repassá-la ao Instituto de Previdência Estadual, posto que com esse instituto permaneceria a recorrente vinculada. O que a recorrente pleiteia é a sua aposentadoria e a isso ela tem direito, pois trabalhou! A questão do recolhimento das contribuições deve ser resolvida entre o Ministério da Justiça e o Estado, ou seja, eles devem arcar com o ônus do convencionado.” (BRASIL, 2001c).

⁴¹⁶ As contribuições a serem descontadas do agente e também das entidades tomadoras dos serviços deverão ser repassadas à conta vinculada do RPPS da pessoa jurídica cedente. Nas cessões de servidores às organizações sociais, compete ao cedente o desconto nas contribuições.

⁴¹⁷ Embora o presente estudo reconheça a possibilidade de ocorrência da cessão de servidor público às organizações qualificadas como organização social, vale lembrar que essa cessão deve obedecer ao plano de trabalho disposto no contrato de gestão. Por exemplo, na hipótese de uma OS desenvolver um complexo projeto de desenvolvimento de tecnologia que necessite de mão-de-obra especializada cuja contratação exigiria da entidade privada um gasto elevado em razão do custo altíssimo desses profissionais no mercado, há motivos para a cessão de servidor que possua as qualificações exigidas para o desempenho do projeto. Nesta hipótese, um servidor público com as qualificações necessárias ao devido cumprimento das atividades do projeto – cita-se o exemplo de um docente de

3.10 O uso de bens pelas organizações sociais

Outro mecanismo utilizado para fomentar as entidades qualificadas como organização social é a utilização de bens públicos. O art. 12, §3º, da Lei nº 9.637/98 trata da utilização de bens públicos pelas organizações sociais, mediante permissão de uso, dispensada a licitação:

Art. 12. Às organizações sociais poderão ser destinados recursos orçamentários e bens públicos necessários ao cumprimento do contrato de gestão. [...] §3º Os bens de que trata este artigo serão destinados às organizações sociais, dispensada licitação, mediante permissão de uso, consoante cláusula expressa do contrato de gestão.⁴¹⁸

Os bens móveis permitidos para uso poderão ainda ser permutados por outros de igual ou maior valor – devendo estes novos bens ser integrados ao patrimônio da União – desde que haja avaliação prévia e expressa autorização do Poder Público, conforme art. 13 da Lei nº 9.637/98.⁴¹⁹

Para que se possa compreender a utilização de bens públicos pelas organizações sociais – por meio da permissão de uso, dispensada a licitação – entende-se necessário analisar e compreender a natureza do instituto da permissão de uso. Para tanto, será abordado, inicialmente, o modo como os particulares utilizam bens públicos. Posteriormente, serão analisados os principais instrumentos jurídicos utilizados para conferir o uso privativo de bens públicos.

Logo após, será analisada criticamente a permissão de uso segundo toda argumentação crítica desenvolvida nos itens anteriores para, enfim, compreender o uso de bens públicos pelas organizações sociais.

3.10.1 O uso de bens públicos pelos administrados

O uso de um bem público pelos administrados, pessoas físicas ou jurídicas, pauta-se em dois aspectos fundamentais: as modalidades de bens públicos existentes e a possibilidade

universidade federal – poderia ser cedido à OS. A vinculação do servidor cedido a um projeto determinado inibe o uso indevido da cessão e restringe a discricionariedade na escolha do servidor cedido, pois não é todo servidor que teria qualificações para desenvolver as atividades inseridas no plano de trabalho.

⁴¹⁸ BRASIL. 1998a.

⁴¹⁹ “Art. 13. Os bens móveis públicos permitidos para uso poderão ser permutados por outros de igual ou maior valor, condicionado a que os novos bens integrem o patrimônio da União. Parágrafo único. A permuta de que trata este artigo dependerá de prévia avaliação do bem e expressa autorização do Poder Público” (BRASIL. 1998a).

de o particular utilizar o bem público de forma privativa.⁴²⁰ O uso de um bem público pelo particular depende, portanto, do modo como é possível utilizá-lo – considerando-se as modalidades de bens públicos existentes –, bem como depende da possibilidade de uso pelos demais particulares, haja vista ser possível que determinado indivíduo possua exclusividade sobre a utilização de parcela ou da integralidade do bem público, o que impediria ou restringiria o uso pelos demais administrados.

Em relação ao primeiro aspecto, faz-se necessário observar a classificação disposta no art. 99 do Código Civil.⁴²¹ Esse dispositivo legal arrola as modalidades de bem público, classificando-as segundo a destinação pública específica.

Essas modalidades de bem público (uso comum, uso especial e dominical) condicionam, necessariamente, o exercício do direito público subjetivo de uso de cada um desses três tipos de bem pelos administrados, pois o fato de um determinado bem público ser de uso especial, por exemplo, impede o seu uso indistinto pelos particulares, ao contrário da utilização dos bens de uso comum.⁴²² A modalidade de cada bem público, nos termos do art. 99 do CC/02, determina, portanto, o modo como o particular poderá utilizar o bem. Essa utilização deve obedecer à destinação principal e secundária do bem público.⁴²³ As ruas, por exemplo, prestam-se à circulação de automóveis e pessoas (destinação principal), mas também possuem serventia para manifestações culturais, instalações de feiras livres, bancas de jornais, mesas de bares e restaurantes (destinação secundária).⁴²⁴

⁴²⁰ Registra-se que no Código Civil de 2002, o legislador manteve o critério da titularidade, já existente no artigo 65 do Código Civil de 1916, para determinar os bens públicos: “Art. 98. São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem” (BRASIL, 2002a). As pessoas jurídicas de direito público mencionadas neste artigo estão dispostas no art. 41 do mesmo diploma legal: “Art. 41. São pessoas jurídicas de direito público interno: I – a União; II – os Estados, o Distrito Federal e os Territórios; III – os Municípios; IV – as autarquias, inclusive as associações públicas; V – as demais entidades de caráter público criadas por lei. Parágrafo único. Salvo disposição em contrário, as pessoas jurídicas de direito público, a que se tenha dado estrutura de direito privado, regem-se, no que couber, quanto ao seu funcionamento, pelas normas deste Código” (BRASIL, 2002a).

⁴²¹ “Art. 99. São bens públicos: I – os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças; II – os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias; III – os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades. Parágrafo único. Não dispondo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado” (BRASIL, 2002a).

⁴²² MARQUES NETO, 2009, p. 324.

⁴²³ BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 942. Vale destacar que, a destinação que se dá a determinado bem, segundo os tipos descritos no art. 99 do CC/02, obedece, na maioria das vezes, a aptidão física do bem. Essa destinação do bem é comumente chamada de afetação, definida por Celso Antônio Bandeira de Mello como: “a preposição de um bem a um dado destino categorial de uso comum ou especial, assim como *desafetação* é sua retirada do referido destino. Os bens dominicais são bens não afetados a qualquer destino público” (BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.* p. 931).

⁴²⁴ BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.* p. 942. Além da destinação jurídica das ruas (principal ou secundária), é possível a utilização para outras atividades, como corridas automobilísticas ou pedestrianísticas, desde que transitoriamente, haja vista a necessidade de se obedecer à destinação principal do bem.

Em relação ao uso dos bens segundo essas destinações primárias ou secundárias, Maria Sylvia Zanella Di Pietro classifica o uso dos bens em normal e anormal: “o uso normal é o que se exerce de conformidade com a destinação principal do bem e o uso anormal é o que atende a finalidades diversas ou acessórias, às vezes em contraste com aquela destinação.”⁴²⁵

Segundo a autora, o uso anormal do bem público ocorre se houver compatibilidade com a afetação secundária do bem público. Tratando-se de um uso anormal do bem público, a Administração pública deverá manifestar a concordância prévia, pois esse uso anormal pelo particular pode afetar a utilização do bem pelos demais administrados.⁴²⁶

Essa relação com os demais particulares usuários do bem é outro ponto a ser observado na utilização de um bem público, conforme mencionado no início desse capítulo.

A partir dessa relação, paritária ou não, de uso de bens públicos entre os particulares, pode-se classificar, segundo as lições de Floriano de Azevedo Marques Neto, o modo como os administrados utilizam os bens da seguinte forma: uso ordinário, uso privativo e uso exclusivo.⁴²⁷ Segundo o autor, o uso ordinário “é aquele normalmente coincidente com o uso afetado e exercido de forma isonômica e concomitante com idêntico uso dado pelos demais particulares”.⁴²⁸ Maria Sylvia Zanella Di Pietro acrescenta ainda a desnecessidade de consentimento individualizado por parte da administração pública, na maioria dos casos, no uso ordinário dos bens públicos pela coletividade.⁴²⁹

⁴²⁵ DI PIETRO, 2010, p. 25.

⁴²⁶ “As utilizações anormais só podem ser consentidas na medida em que sejam compatíveis com o fim precípua a que o bem está afetado, ou seja, desde que não impeçam nem prejudiquem o uso normal do bem. Seu exercício depende, em geral, de manifestação discricionária do Poder Público, podendo o ato de outorga ser a qualquer momento revogado, um vez verificada a sua incompatibilidade com a utilização normal. Os títulos jurídicos mais adequados para esse tipo de uso privativo são a *autorização de uso* e a *permissão de uso*, em virtude da discricionariedade e precariedade que as caracterizam. O uso privativo normal, que incide, em geral, sobre bens afetados a essa forma de utilização, como mercados e cemitérios, tem disciplina legal uniforme para todos os usuários, de modo que sua outorga se faz àqueles que reencham os requisitos legais, sendo a *concessão de uso* o título jurídico mais adequado” (DI PIETRO, *op. cit.* p. 25, destaque nosso).

⁴²⁷ MARQUES NETO, *op. cit.* p. 325. Observa-se que essa classificação não é aceita por toda doutrina. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, por exemplo, compreende que a exclusividade ou não exclusividade do uso de bens públicos por particulares compreende duas modalidades: uso comum e uso privativo, (Cf: DI PIETRO, 2010, p. 17). Cumpre destacar que essa classificação referente à exclusividade ou não no uso de bem público entre particulares abrange as três modalidades de bens públicos arroladas no art. 99 do Código Civil.

⁴²⁸ MARQUES NETO, 2009, p. 326. Completa o autor: “Por exemplo, o uso comum nos bens de uso comum é ordinário. O uso especial, quando aberto, também é um uso ordinário estabelecendo-se aí a isonomia entre aqueles particulares possuidores da mesma titulação especial. Há situações, porém, que o uso especial do bem, malgrado se apresentar ordinário, se aproxima do privativo. É o que ocorre, por exemplo, com o laboratório da universidade pública (bem de uso especial afetado ao ensino e à pesquisa), cujo uso ordinário corresponde a um uso privativo por parte dos docentes titulares da cadeira relacionada àquela instalação” (MARQUES NETO, *op. cit.* p. 326-327).

⁴²⁹ Diz-se que na maioria das vezes em que se utiliza o bem de forma ordinária, comum, não há necessidade de consentimento individualizado proferido pela administração pública, pois há hipóteses em que, segundo a autora, o uso comum depende de outorga administrativa, como o trânsito de veículos que, por serem de altura elevada ou peso excessivo, dependem, para circular nas estradas, de consentimento do Poder Público. Maria Sylvia Zanella Di Pietro exemplifica também as hipóteses de realização de desfiles, comícios, festejos, em ruas e praças públicas. Todos esses exemplos são classificados como utilização comum extraordinária dos bens públicos que são hipóteses

Já o uso privativo, segundo Floriano: “é aquele marcado por um traço diferenciador, que confere ao administrado seu titular uma prerrogativa de uso não desfrutável pelos demais.”⁴³⁰ Ainda segundo o autor: “o uso privativo dá ao particular, em relação ao uso que lhe foi conferido privativamente, uma condição essencialmente desigual, desuniforme, em relação aos demais particulares.”⁴³¹ Essa utilização desigual do bem é assegurada em caráter temporário, não se confundindo, portanto, com a alienação do bem; sendo que as faculdades de uso desse bem são conferidas pelo instrumento de outorga, de acordo com as normas vigentes.⁴³² Como, por exemplo, a concessão de rodovias ou a concessão de um museu à iniciativa privada.

Por fim, o uso exclusivo:

É aquele conferido a um administrado com absoluta interdição a que qualquer outro faça uso do bem, seja na mesma condição que o titular do direito de uso, seja em condição secundária ou na fruição de uma utilidade distinta associada ao bem. O uso exclusivo confere ao usuário um direito excludente e não admite a afetação do bem a usos secundários.⁴³³

Floriano de Azevedo Marques Neto sustenta, dessa forma, que o uso exclusivo do bem não se confunde com o uso privativo, pois apesar dessa modalidade de uso conferir exclusividade do usuário em alguma medida, o uso privativo não impede, necessariamente, a

de uso sem exclusividade (não podendo, portanto serem consideradas privativas), mas que dependem de determinados requisitos. Em razão desses requisitos, a autora classifica o uso comum em ordinário e extraordinário, entendidos como: “o uso comum ordinário é aberto a todos, indistintamente, sem exigência de instrumento administrativo de outorga e sem retribuição de natureza pecuniária. O uso comum extraordinário está sujeito a maiores restrições impostas pelo poder de polícia do Estado, ou porque limitado a determinada categoria de usuários, ou porque sujeito a remuneração, ou porque dependente de outorga administrativa” (DI PIETRO, 2010, p. 23). Celso Antônio Bandeira de Mello leciona em sentido semelhante à autora. Sua abordagem quanto à utilização dos bens públicos pelos administrados se dá de acordo com cada modalidade de bem público. Assim, segundo ele: “Quando o uso de tais bens [bens de uso comum], embora correspondente à destinação *específica*, principal, que lhes é própria, for *extraordinário*, isto é, efetuado em condições incomuns, causadoras de incômodos ou transtornos para o uso de terceiros ou onerosas para o próprio bem. É o que sucede, *e. g.*, quando se trate de transitar nas estradas com veículos excepcionalmente longos ou que transportem carga de peso excessivo (turbinas, implementos mecânicos de grande porte). Trata-se, aí, bem se vê, de um uso invulgar e que só episódica e excepcionalmente pode ser efetuado mediante prévia manifestação administrativa concordante, mediante *licença* ou *autorização*, conforme o caso. *Licença*, quando a utilização para quem a solicite, for razoavelmente qualificável como indispensável e *autorização* quando não tiver tal caráter” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 943-944). Já Diogo de Figueiredo Moreira Neto denomina a utilização de bens públicos por particulares mediante outorga prévia da administração pública por meio da licença ou autorização, como **uso especial** de bem público. Esse uso especial figura ao lado do uso comum e privativo de bem público, Cf: MOREIRA NETO, 2006, p. 349-350.

⁴³⁰ MARQUES NETO, 2009, p. 326.

⁴³¹ MARQUES NETO, *op. cit.* p. 327.

⁴³² MARQUES NETO, 2009, p. 326. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, por sua vez, entende que: “uso privativo é o que a Administração Pública confere, mediante título jurídico individual, a pessoa ou grupo de pessoas determinadas, para que o exerçam, com **exclusividade**, sobre parcela de bem público. Pode ser outorgado a pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, pois nada impede que um ente público consinta que outro se utilize privativamente de bem público integrado em seu patrimônio” (DI PIETRO, 2010, p. 29, destaque nosso).

⁴³³ MARQUES NETO, *op. cit.* p. 327.

utilização do bem pelos demais particulares.⁴³⁴ Há, portanto, situações em que o uso privativo do bem faculta a utilização por outros indivíduos, bem como haverá situações em que a utilização privativa demandará exclusividade.⁴³⁵

Compreendidos, dessa forma, os dois aspectos fundamentais que norteiam o uso de um bem público pelos particulares, faz-se necessário delimitar as hipóteses em que a doutrina majoritária entende necessária a utilização dos instrumentos de outorga de bens públicos, a fim de compreender, posteriormente, quais são as hipóteses possíveis para utilização da permissão de uso.

Dependendo do tipo de uso de cada bem público, faz-se necessária uma habilitação específica para sua utilização. O uso dos bens de uso comum, por exemplo, dispensa habilitação, pois seu uso é livre a qualquer administrado, desde que seja utilizado em acordo com as normas vigentes, em concorrência pacífica e harmoniosa com os demais usuários, bem como seja respeitada a destinação do bem.⁴³⁶

Há, porém, situações em que se faz necessária uma habilitação própria, seja em situações de uso normal, mas privativo, ou mesmo em hipóteses de uso anormal dos bens públicos.⁴³⁷

⁴³⁴ MARQUES NETO, *op. cit.* p. 327. Importante destacar que Maria Sylvia Zanella Di Pietro não faz a distinção entre uso privativo e exclusivo, ao contrário de Floriano de Azevedo Marques Neto. Para a autora, no uso privativo haverá, necessariamente, o caráter de exclusividade na utilização de parcela dominial, para a finalidade consentida, cf.: DI PIETRO, 2010, p. 29.

⁴³⁵ Vale transcrever, *ipsis litteris*, os ensinamentos de Floriano de Azevedo Marques Neto: “Há situações em que o uso outorgado em caráter privativo faculta que os demais indivíduos façam uso do bem, como ocorre com a concessão de rodovias ou a concessão de um museu à iniciativa privada. Em regra, quando o direito de uso privativo recair sobre um bem de uso comum ou especial, a exclusividade decorrente da privatividade não poderá ser absoluta. Já no caso dos bens dominicais, conforme for o uso objeto da outorga privativa, poderá haver sim exclusividade, como ocorre com o direito real de uso especial para moradia. Porém, existem bens para os quais a outorga de um direito de uso privativo conferirá necessariamente o direito de uso exclusivo. Refiro-me especificamente aos bens públicos de uso especial consumíveis. Trata-se de um tipo específico de bens públicos que têm uma destinação especial, mas cujo uso ao qual estão afetados importa seu exaurimento. É o caso dos recursos minerais, das águas do lençol freático ou mesmo da água tratada de um reservatório de uma autarquia prestadora de saneamento básico. [...] Temos, então, que o direito ao uso privativo pode importar em uso exclusivo ou não exclusivo. Quando confere o uso exclusivo, este pode, por seu turno, se dividir em uso *exclusivo consumativo* ou *não consumativo*. Exemplo do primeiro é justamente a concessão de jazidas minerais ou de petróleo. Já no caso do segundo, temos a concessão para exploração do potencial hidrelétrico (que é exclusivo durante o período da concessão)” (MARQUES NETO, *op. cit.* p. 327 e 332).

⁴³⁶ “Donde, para esta utilização *comum, ordinária e correspondente à própria destinação que têm* (por exemplo, transitar por uma rua, sentar-se nos bancos de uma praça, tomar sol em uma praia, nadar no mar) *prescinde-se de qualquer ato administrativo que o faculte utilizá-los*. Tal aquiescência também é prescindível se o uso, embora não seja o inerente à sua destinação principal, específica, incluir-se entre as destinações secundárias neles comportadas e, demais disto, não for de molde a determinar sobrecarga do bem ou transtorno à *igualitária e concorrente* utilização dos demais (por exemplo, empinar papagaio em uma praça pública). O uso do bem nos termos indicados – repita-se é que é o seu *uso comum*. Donde, tal uso é que é *livre a quaisquer sujeitos*, independentemente de manifestação administrativa aquiescente” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 942).

⁴³⁷ DI PIETRO, 2010, p. 23.

Diante de todo o exposto, pode-se afirmar que a necessidade de outorga administrativa para que o particular utilize um bem público, independentemente da modalidade legal, poderá ocorrer nas seguintes hipóteses:

- a) **Uso comum extraordinário:** hipótese em que o particular não utiliza o bem privativamente, mas ainda assim sua utilização depende de alguns requisitos, como por exemplo, da outorga da Administração pública para ocorrência de festejos, comícios e desfiles em ruas e praças públicas e circulação de veículos excessivamente longos e/ou pesados.⁴³⁸
- b) **Uso privativo de bem público:** dependente de título jurídico hábil, conforme lecionam inúmeros doutrinadores.⁴³⁹

3.10.2 Instrumentos de outorga de bens públicos

Conforme exposto acima, o uso de bens públicos pelos particulares geralmente ocorre em igualdade de condições, sem a necessidade de concessão de título jurídico pela administração pública. Em algumas hipóteses, no entanto, o uso de bens públicos dependerá de título jurídico expedido pelo Poder Público. Os instrumentos jurídicos de outorga de bens públicos poderão ter natureza de ato administrativo unilateral ou de contrato, nos quais são estabelecidas as condições de uso pelo particular.⁴⁴⁰

Quanto ao regime jurídico desses instrumentos de outorga, observa-se que no ordenamento jurídico pátrio não há norma geral acerca dos bens públicos, razão pela qual a natureza e o regime jurídico dos instrumentos de outorga decorrem de normas esparsas. Vale lembrar que o art. 48, V, da Constituição da República prevê como competência do Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, legislar sobre espaço aéreo e marítimo e bens do domínio da União. Já o art. 20 arrola algumas modalidades específicas de bens públicos de titularidade da União.

Quanto à competência para legislar sobre bens de domínio estadual e municipal, não há dispositivo constitucional tratando do tema. O constituinte apenas definiu a titularidade

⁴³⁸Cumprе destacar que, na hipótese de uso comum extraordinária de bem público a outorga administrativa ocorre mediante título jurídico informal, segundo leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro, cf: DI PIETRO, *op. cit.* p. 22 e 29. A autora não confere maiores explicações acerca desse título informal, apenas sustenta que essa outorga decorre de ato de polícia, sob a forma de *licença* (ato vinculado) ou de *autorização* (ato discricionário).

⁴³⁹ MARQUES NETO, 2009, p. 326. O uso privativo a que se fez referência inclui o uso exclusivo, segundo classificação do citado autor; (DI PIETRO, 2010, p. 29; BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 945-946).

⁴⁴⁰ MARQUES NETO, 2009, p. 332.

de determinadas modalidades de bens dos Estados, conforme art. 26 da Constituição, e também outorgou competência concorrente à União e aos Estados para legislar sobre algumas modalidades de bens, conforme art. 24, VI, da CR/88. Coube aos Municípios suplementar a legislação estadual e federal, conforme art. 30, II. E segundo o inciso I desse artigo, compete aos Municípios legislar assuntos que tratem de interesse local. Logo, muitos dos bens de uso comum estão sob o domínio municipal, como ruas e praças. Assim, em razão da diversidade de competência legislativa disposta no ordenamento jurídico, o regime jurídico a que se submetem determinados bens depende do exame da legislação específica. No âmbito federal, há a Lei nº 9.636, de 15 de maio de 1998, que dispõe sobre a regularização, administração, aforamento e alienação de bens imóveis de domínio da União. Nessa lei, encontra-se disciplinada a permissão de bens públicos, objeto do presente item. Na esfera federal, destaca-se também o Decreto-lei nº 9.760, de 05 de setembro de 1946, que dispõe sobre bens imóveis da União. Em ambas as normas, há dispositivos que tratam dos institutos jurídicos de outorga de bens a terceiros. Por fim, vale destacar que, tratando-se de contratos de trespasse de bens a terceiros, utiliza-se a Lei nº 8.666/93, haja vista tratar-se de normas gerais de licitação e contrato, salvo os contratos de transferência de bens imóveis da União que, conforme art. 121 dessa Lei, continuam a reger-se pelas disposições do Decreto-lei nº 9.760/46 e alterações posteriores.

Utiliza-se, segundo parte da doutrina, normas publicísticas sobre o uso dos três tipos de bens públicos (uso comum, especial e dominical),⁴⁴¹ exceto quando a lei dispuser sobre o instrumento de outorga específico.⁴⁴² As normas de direito privado também poderão ser utilizadas para outorga de bens dominicais.⁴⁴³

Mesmo constatada a falta de uniformidade na terminologia utilizada pelos juristas brasileiros e diante da ausência de norma geral sobre os instrumentos jurídicos de outorga, a

⁴⁴¹ MARQUES NETO, 2009, p. 323 e DI PIETRO, 2010, p. 31. Em relação ao uso de títulos jurídicos de direito público para a outorga de bens de uso comum e de uso especial, explica Maria Sylvia Zanella Di Pietro que: “assim é porque, estando eles afetados à finalidade pública, a sua vinculação a título jurídico de direito privado, que coloca o particular em igualdade de condições com a Administração, viria em prejuízo do interesse geral, pois retiraria a esta a possibilidade de apreciar a qualquer momento a conveniência da utilização privativa consentida e de extingui-la quando prejudicial à finalidade precípua a que o bem se destina. Todas as relações jurídicas que têm por objeto os bens de uso comum e os de uso especial sujeitam-se a regime jurídico de direito público; daí as razões de afirmar-se que os bens dessa natureza estão fora do comércio jurídico de direito privado” (DI PIETRO, *op. cit.* p. 31-32).

⁴⁴² O art. 2º, VII, da Lei nº 12.815, de 05 de junho de 2013 (Lei dos Portos) – que dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários; altera as Leis nºs 5.025, de 10 de junho de 1966, 10.233, de 5 de junho de 2001, 10.683, de 28 de maio de 2003, 9.719, de 27 de novembro de 1998, e 8.213, de 24 de julho de 1991; revoga as Leis nºs 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, e 11.610, de 12 de dezembro de 2007, e dispositivos das Leis nºs 11.314, de 3 de julho de 2006, e 11.518, de 5 de setembro de 2007; e dá outras providências – prevê o arrendamento como instrumento de outorga do direito de uso privativo de instalações portuárias (bens de uso especial).

⁴⁴³ DI PIETRO, *op. cit.* p. 31.

classificação dos títulos constitutivos necessários ao uso de bens públicos pelos particulares apresenta, segundo doutrina majoritária, três categorias: autorização, permissão e concessão.⁴⁴⁴

Em razão da ausência de norma genérica que obrigue a adoção dos instrumentos jurídicos disponíveis para situações determinadas, o particular deve observar as normas vigentes sobre os bens públicos de propriedade da entidade da qual ele pretende obter a outorga.

Dessa forma, considerando a proposta do presente item, propõe-se uma abordagem geral, sem se ater a leis específicas, acerca da autorização de uso e concessão de uso – segundo os argumentos apresentados pela doutrina e jurisprudência majoritárias – a fim de compará-las à permissão de uso.

3.10.2.1 Autorização de uso

Segundo a clássica definição de Hely Lopes Meirelles: “*autorização de uso* é o ato unilateral, discricionário e precário pelo qual a Administração consente na prática de determinada atividade individual incidente sobre um bem público.”⁴⁴⁵ Esse também é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

A autorização de uso de imóvel municipal por particular é ato unilateral da Administração pública, de natureza discricionária, precária, através do qual esta consente na prática de determinada atividade individual incidente sobre um bem público. Trata-se, portanto, de ato revogável, sumariamente, a qualquer tempo, e sem ônus para o Poder Público. 2. Como a Administração pública Municipal não mais consente a permanência da impetrante no local, a autorização perdeu sua eficácia. Logo, não há direito líquido e certo a ser tutelado na hipótese dos autos. 3. Comprovação nos autos da existência de previsão contratual no tocante ao cancelamento da permissão debatida. 4. Recurso não provido.⁴⁴⁶

⁴⁴⁴ “A sistematização da material é tarefa árdua, que esbarra em dificuldades diversas; em primeiro lugar, porque o emprego da autorização, como instrumento de outorga do uso privativo, torna difícil estabelecer distinção precisa entre esse instituto e a permissão de uso, já que ambos se apresentam como atos unilaterais e discricionários; em segundo lugar, porque no direito brasileiro, de regime federativo, cada esfera de governo tem competência própria para legislar sobre a matéria” (DI PIETRO, 2010, p. 33).

⁴⁴⁵ MEIRELLES, 2003, p. 496. Para o autor, a autorização de uso consiste em uma das formas administrativas utilizadas para formalizar o uso especial de bens públicos, entendido como a possibilidade de o particular fruir de um bem público com exclusividade, respeitadas as condições convencionadas em determinado instrumento conferido pela administração pública. Para Hely Lopes Meirelles, também é uso especial “aquele a que a Administração impõe restrições ou para o qual exige pagamento, bem como o que ela mesma faz de seus bens para a execução dos serviços públicos, como é o caso dos edifícios, veículos e equipamentos utilizados por suas repartições, mas aqui só nos interessa a utilização do domínio público por *particulares* com *privatividade*. Todos os bens públicos, qualquer que seja a sua natureza, são passíveis de *uso especial* por particulares, desde que a utilização consentida pela Administração não os leve a inutilização ou destruição, caso em que se converteria em alienação” MEIRELLES, *op. cit.* p. 495.

⁴⁴⁶ BRASIL, 2004a.

Ainda segundo Hely Lopes Meirelles, a autorização de uso visa à realização de atividades irrelevantes e transitórias para o Poder Público. Mesmo quando remuneradas e fruídas por longos períodos, essas atividades não geram privilégio para a Administração. Por isso, o autor entende que a autorização de uso dispensa lei autorizativa e licitação para seu deferimento.⁴⁴⁷ Para ele, a utilização da autorização de uso é comum para a “ocupação de terrenos baldios, para a retirada de água em fontes não abertas ao uso comum do povo e para outras utilizações de interesse de certos particulares, desde que não prejudiquem a comunidade nem embarquem o serviço público.”⁴⁴⁸

Florianio de Azevedo Marques Neto, por sua vez, sustenta a existência de duas espécies distintas de autorização de uso:

Numa acepção, a autorização de uso se trata de um típico instrumento de poder de polícia que franqueia um uso coincidente com o uso afetado, mas dotado de características que lhe conferem uma extraordinariedade. Numa segunda acepção, a que desenvolvemos neste tópico, trata-se de conferência de um direito de uso privativo.⁴⁴⁹

⁴⁴⁷ MEIRELLES, 2003, p. 496.

⁴⁴⁸ MEIRELLES, *op. cit.* p. 496.

⁴⁴⁹ MARQUES NETO, 2009, p. 335-336. No mesmo sentido é o posicionamento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro. A autora também sustenta que a autorização de uso é título jurídico hábil para consentir o uso de bem público por particular em duas situações distintas: “(a) quando se trata do chamado *uso comum extraordinário*; neste caso, a autorização constitui-se em ato de polícia, com aquele primeiro sentido assinalado, ou seja, de ato administrativo que remove obstáculo legal proibitivo de determinada atividade ou ato; (b) quando se trata de *uso privativo*” (DI PIETRO, 2010, p. 84). Já Celso Antônio Bandeira de Mello define autorização de uso de bem público como “ato unilateral pelo qual a autoridade administrativa faculta o uso de bem público para utilização episódica de curta duração” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 944). Ao tratar das formas de utilização dos bens públicos pelos administrados, o autor relaciona os mecanismos jurídicos existentes com os tipos de bens públicos. Ao tratar das possíveis formas de se utilizar os bens de uso comum e dominicais, o autor sustenta que a autorização de uso é instituto utilizado nas seguintes hipóteses: “a) utilização de bens de uso comum (1) Quando o uso de tais bens, embora correspondente à destinação *específica*, principal, que lhes é própria, for *extraordinário*, isto é, efetuado em condições incomuns, causadoras de incômodos ou transtornos para o uso de terceiros ou onerosas para o próprio bem. É o que sucede, *e.g.*, quando se trate de transitar nas estradas com veículos excepcionalmente longos ou que transportem carga de peso excessivo (turbinas, implementos mecânicos de grande porte). Trata-se, aí, bem se vê, de um uso invulgar e que só episódica e excepcionalmente pode ser efetuado, mediante prévia manifestação administrativa concordante, mediante *licença* ou *autorização* conforme o caso. *Licença*, quando a utilização para quem a solicite, for razoavelmente qualificável como indispensável e *autorização* quando não tiver tal caráter. [...] (2) Quando a utilização pretendida, embora compatível com as destinações secundárias, comportadas pelo bem, implicar *impedimento à normal utilização concorrente de terceiros* segundo a destinação principal do logradouro público. É o que ocorre no caso de comícios, passeatas e demais manifestações em que deliberadamente se promova grande concentração de pessoas cuja presença, evidentemente, obstará à normalidade do uso de bem pela generalidade das pessoas. [...] (4) Quando a utilização do bem de uso comum for anormal por excluí-lo, embora transitória e episodicamente, de suas destinação próprias, em vista de proporcionar, ocasionalmente, um uso comportado pelas características físicas do bem, mas diverso de suas jurídicas destinações. É o que ocorre quando há fechamento de vias públicas para realização de corridas de pedestrianismo, ciclísticas ou automobilísticas, com a temporária exclusão explícita de sua utilização pelos demais usuários. Para utilizações deste gênero é necessário *autorização* administrativa” (BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.* p. 943-946).

Ao tratar do uso privativo de bem público por meio da autorização, o autor se alinha ao entendimento dominante, sustentando tratar-se de ato unilateral, discricionário e precário pelo qual a Administração confere ao particular parcela ou integralidade de bem público.⁴⁵⁰

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a autorização de uso consiste em ato administrativo unilateral, pois a outorga do bem ocorre por meio de manifestação de vontade exclusiva do Poder Público. Por ser discricionária, a outorga ocorre segundo critério de oportunidade e conveniência a cargo da Administração pública, podendo ser revogada a qualquer tempo, sem direito à indenização, quando o uso se tornar contrário ao interesse público, haja vista a natureza precária do ato.⁴⁵¹

Ainda para a autora, a autorização atribui também o uso privativo de bens públicos nas hipóteses em que haja interesse do particular, conferindo-lhe um caráter mais precário se comparado à concessão e à permissão de uso, tratando-se, assim, de uma faculdade e não um dever de utilização.⁴⁵²

Apesar da natureza da autorização de uso ser amplamente aceita, não se pode afirmar que seja pacífica. Em relação ao caráter discricionário, há previsão legal em sentido contrário. O art. 163, §1º, da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997 – que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995 – é expressa ao dispor que a autorização de uso de espectro (considerado bem público da União) é ato vinculado.⁴⁵³

Quanto à precariedade, também não há unanimidade. O art. 26, V, §7º da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, ao tratar da autorização para acréscimo de capacidade de geração com vistas ao aproveitamento ótimo do potencial hidráulico, expressamente menciona a possibilidade dessas autorizações serem prorrogadas.⁴⁵⁴ Ora, se há prorrogação da autorização

⁴⁵⁰ MARQUES NETO, *op. cit.* p. 337.

⁴⁵¹ DI PIETRO, *op. cit.* p. 89.

⁴⁵² “Do fato de tratar-se de utilização exercida no interesse particular do beneficiário decorrem importantes efeitos: (a) a autorização reveste-se de maior precariedade do que a permissão e a concessão de uso; (b) é outorgada, em geral, em caráter transitório; (c) confere menores poderes e garantias ao usuário; (d) dispensa licitação (salvo hipótese de outros possíveis interessados, a exigir competição) e autorização legislativa; (e) não cria para o usuário um *dever de utilização*, mas simples *faculdade* (DI PIETRO, 2010, p. 89).

⁴⁵³ “Art. 163. O uso de radiofrequência, tendo ou não caráter de exclusividade, dependerá de prévia outorga da Agência, mediante autorização, nos termos da regulamentação. §1º – Autorização de uso de radiofrequência é o ato administrativo vinculado, associado à concessão, permissão ou autorização para prestação de serviço de telecomunicações, que atribui a interessado, por prazo determinado, o direito de uso de radiofrequência, nas condições legais e regulamentares” (BRASIL, 1997a).

⁴⁵⁴ “Art. 26. Cabe ao Poder Concedente, diretamente ou mediante delegação à ANEEL, autorizar: [...] V – os acréscimos de capacidade de geração, objetivando o aproveitamento ótimo do potencial hidráulico. [...] §7º – As autorizações e concessões que venham a ter acréscimo de capacidade na forma do inciso V deste artigo poderão

há de se reconhecer a fixação de um prazo o que, segundo será melhor trabalhado ainda no presente estudo, retiraria o caráter precário que possibilitaria à Administração pública revogar o ato de outorga sem pagamento de indenização.⁴⁵⁵

Em razão da possibilidade de fixação de prazo, parte da doutrina, por exemplo, José Cretella Júnior, classifica a autorização em simples (sem prazo) e qualificada (com prazo).

Quanto à predominância de interesse privado no uso de bens públicos por meio das autorizações, o presente estudo filia aos ensinamentos de Floriano de Azevedo Marques Neto, pois se deve rechaçar o entendimento de parte da doutrina de que a autorização é utilizada para conferir o uso privativo nas hipóteses em que haja interesse predominantemente privado na outorga de bem. Necessariamente, há de existir interesse público no uso do bem. Ou seja, o interesse particular do beneficiário deve coexistir com o interesse público:

Malgrado este entendimento, devemos registrar que a prevalência do interesse do particular no uso privativo (é dizer, a inexistência de um interesse específico do ente estatal suficiente para mover a outorga do uso privativo nestes casos) não faz possível que o uso autorizado seja contrário ao interesse geral ou possa ser incompatível com o uso para o qual o bem está consagrado.⁴⁵⁶

Entende-se, como Marques Neto, que há de existir interesse público no ato de outorga por meio da autorização. Talvez a atividade desenvolvida pelo particular no bem público que lhe foi outorgado não seja abrangente o suficiente para alcançar toda coletividade. Mas não se pode, a partir dessa noção de abrangência maior ou menor do interesse público sob a coletividade, sustentar pela ausência de interesse público.

Também não se pode, a partir da premissa de que há interesse predominantemente privado no ato de autorização de bem público, afirmar que o particular autorizado terá uma faculdade ou obrigatoriedade de uso do bem público. Não há lastro legal nessa conclusão.

Por fim, vale reiterar que parte da doutrina entende que as autorizações de uso dispensam lei autorizativa e licitação para seu deferimento.⁴⁵⁷

ser prorrogadas por prazo suficiente à amortização dos investimentos, limitado a 20 (vinte) anos” (BRASIL, 1996b).

⁴⁵⁵ Em sentido contrário: “Assinale-se que a precariedade não é antípoda à fixação de prazo para a autorização. Esta pode prever um prazo máximo de vigência e, não obstante, ter cláusula de precariedade que permita ao poder público, a qualquer tempo e por razões de interesse público devidamente justificado e motivado, cessar o uso privativo autorizado, eventualmente indenizando os prejuízos do particular” (MARQUES NETO, 2009, p. 338).

⁴⁵⁶ MARQUES NETO, 2009, p. 337. Para Edmir Netto de Araújo, no entanto, o uso do bem a ser objeto de autorização: “é aquele dotado de maior grau de precariedade, justificando-se pelo fato de que é outorgada no interesse do particular, apenas, embora não possa contrariar o interesse público; na verdade pode com o mesmo coincidir.” (ARAÚJO, Edmir, 2005, p. 1085).

⁴⁵⁷ MEDAUAR, 2005, p. 245. Floriano de Azevedo Marques Neto concorda com a desnecessidade de lei autorizativa e licitação prévia, salvo quando se tratar de autorização qualificada em que se faz necessária a adoção da regra da licitação prévia: “As autorizações de uso dispensam lei autorizativa e licitação prévia para seu

Compreendidas, assim, algumas das características da autorização de uso – segundo posicionamento da doutrina majoritária – passa-se à análise da concessão de uso de bem público.

3.10.2.2 Concessão de uso

Concessão de uso é instituto independente da concessão de serviço público, mas ambas constituem espécie do gênero concessão, possuindo natureza contratual, distinguindo-se apenas pelo aspecto material: em uma, o Estado consente a execução de serviço ou de obras; noutra, o Estado consente que o particular se utilize de parcela de bem público.⁴⁵⁸

Pode-se definir a concessão de uso de bem público como o contrato administrativo pelo qual o Poder Público confere à pessoa determinada o uso privativo de bem público, independentemente do maior ou menor interesse público da pessoa concedente.⁴⁵⁹ Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello:

Concessão de uso de bem público é o contrato administrativo pelo qual, como o nome já o indica, a Administração trespassa a alguém o uso de um bem público para uma finalidade específica. Se o Poder Público, instado por conveniências administrativas, pretender rescindi-las antes do termo estipulado, terá de indenizar o concessionário.⁴⁶⁰

Embora a proposta do presente trabalho seja a de analisar as principais características do instituto da concessão, sem se ater às peculiaridades do regime jurídico de cada espécie de concessão, admite-se a existência de três espécies de concessão: a concessão de direito real de uso, tratada no Decreto-Lei nº 271/67; a concessão especial para fins de moradia, introduzida pela Medida Provisória nº 2.220/01, e a concessão de uso simples ou administrativa.

Atendo-se apenas à concessão de uso de bem público, a doutrina majoritária entende que a principal diferença entre a concessão de uso e os institutos da autorização e

deferimento. Quando expedidas na forma qualificada, tornam incidente a regra da licitação prévia. Podem elas ter por objeto o uso de qualquer espécie de bem” (MARQUES NETO, *op. cit.* p. 338).

⁴⁵⁸ “Na concessão de serviço público e de obra pública, os direitos ou poderes transferidos ao particular preexistem na entidade concedente; na concessão de uso, eles derivam do ato de concessão” (DI PIETRO, 2010, p. 108-109).

⁴⁵⁹ CARVALHO FILHO, 2010, p. 1109. Ainda segundo o autor: “A *discricionariedade* é a marca das concessões de uso, identificando-se nesse particular com autorizações e permissões de uso. Com efeito, a celebração do contrato de concessão de uso depende da aferição, pelos órgãos administrativos, da conveniência e oportunidade em conferir a utilização privativa do bem ao particular. Significa dizer que um bem público só será objeto de uso por ato de concessão se a Administração entender que é conveniente e que, por isso, nenhum óbice existe para o uso privativo”. *Ibid.* p. 1109.

⁴⁶⁰ BANDEIRA DE MELO, 2012, p. 946.

permissão de uso, a seguir detalhado, é a **unilateralidade** prevalecente nestas.⁴⁶¹ Como a concessão de uso formaliza-se por meio de um contrato administrativo, prevalece a **bilateralidade** na relação estabelecida.

Em razão dessa distinção, não há precariedade nos contratos de concessão de uso. Logo, a rescisão pela Administração pública confere ao particular o direito a indenização pelas perdas comprovadamente sofridas. Por isso, a concessão é mais apropriada em atividades de maior vulto, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

A concessão é o instituto empregado, preferentemente à permissão, nos casos em que a utilização do bem público objetiva o exercício de atividades de utilidade pública de maior vulto e, por isso mesmo, mais onerosas para o concessionário. Este assume obrigações perante terceiros e encargos financeiros elevados, que somente se justificam se ele for beneficiado com a fixação de prazos mais prolongados que assegurem um mínimo de estabilidade no exercício de suas atividades. Em consequência, a forma mais adequada é a contratual, que permite, mediante acordo de vontades entre concedente e concessionário, estabelecer o equilíbrio econômico do contrato e fixar as condições em que o uso se exercerá, entre as quais a finalidade, o prazo, a remuneração, a fiscalização, as sanções. A fixação de prazo, além de ser uma garantia para o concessionário, sem a qual ele não aceitaria a concessão, é exigência legal que decorre da Lei nº 8.666, de 21-6-93, cujo artigo 57, §3º, veda contrato com prazo indeterminado.⁴⁶²

Constata-se, portanto, que a concessão formaliza-se por meio de um contrato, em geral por prazos prolongados, não podendo o particular ser despojado do bem, salvo por razões de interesse público e na hipótese de descumprimento de cláusula contratual.

Como não há uma norma geral que trate de concessão de uso, a adoção desse instituto poderia ensejar dúvidas, especialmente quanto à necessidade ou não de se licitar previamente a escolha do concessionário, pois as concessões **de uso** nem estão explicitamente reguladas pela Lei nº 8.666/93, nem pela Lei nº 9.074/95 (estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências), nem pela Lei nº 11.079/04 (institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da Administração pública), nem pela Lei nº 8.987/95 (dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal e dá outras providências).

Entende-se, todavia, que o art. 2º da Lei nº 8.666/93 exige licitação prévia: “As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, **concessões**, permissões e locações da Administração pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente

⁴⁶¹ DI PIETRO, 2012, p. 749 e 751.

⁴⁶² DI PIETRO, 2012, p. 753-754.

precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.”⁴⁶³ Ainda que a alusão à concessão no art. 2º do estatuto das licitações seja apenas genérica, sem qualificar o objeto da concessão, não se permite que se suponha pela ausência de obrigatoriedade de licitação. Deve-se entender, *a priori*, que todas as contratações administrativas serão precedidas de licitação. Logo, a regra é a licitação prévia. O art. 121, parágrafo único, da lei de licitações, no entanto, dispõe que os contratos relativos aos imóveis do patrimônio da União continuam a reger-se pelas disposições do Decreto-lei 9.760, de cinco de setembro de 1946 e suas alterações, fato este que não impede a realização de licitação prévia à concessão de uso de bem público.

3.10.2.3 Permissão de uso

Parte relevante dos doutrinadores define a permissão de uso como um ato administrativo unilateral, discricionário e precário, gratuito ou oneroso, pelo qual a Administração pública faculta a utilização privativa de determinado bem público.⁴⁶⁴ Esse posicionamento também é adotado pelo Superior Tribunal de Justiça.⁴⁶⁵

Essa natureza não contratual, discricionária e precária da permissão de uso é defendida há muitos anos por doutrinadores e pelos Tribunais brasileiros.⁴⁶⁶

⁴⁶³ BRASIL, 1993a, destaque nosso.

⁴⁶⁴ DI PIETRO, 2012, p. 751; BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 945; CRETELLA JÚNIOR, 1984, p. 66; CARVALHO FILHO, 2009, p. 1107; GASPARINI, 2003, p. 727-728.

⁴⁶⁵ “[...] A jurisprudência desta Corte entende que a modalidade de permissão de uso consiste em instituto de direito administrativo caracterizado pela unilateralidade por parte do ente público, discricionariedade e precariedade, podendo a Administração pública promover, a qualquer momento, a retomada do bem, bastando, para tanto, a verificação de que a revogação da permissão se demonstrava conveniente e oportuna, nos termos da Súmula 473 do STF. Precedentes: RMS 17.644/DF, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 12/4/2007(BRASIL, 2007d); RMS 18.349/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJ 23/8/2007; RMS 16.280/RJ, Min. José Delgado, Primeira Turma, DJ 19/4/2004 (BRASIL, 2004a); RMS 17.160/RJ, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJ 29/11/2004, REsp 116.074/DF, Rel. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, Sexta Turma, DJ 9/6/1997. 8. Sendo assim, agindo a Administração pública Federal em consonância com a legislação aplicável, tem-se que a não desocupação do imóvel, após extinto o prazo, caracteriza o esbulho possessório que autoriza a reintegração definitiva da União na posse do bem imóvel. 9. Recurso especial provido” (BRASIL, 2010d). Nesse mesmo sentido: (BRASIL, 2007d); (BRASIL, 2008).

⁴⁶⁶ Importante transcrever as lições de **Diogo de Figueiredo Moreira Neto** escritas em 1976, acerca da permissão de uso, entendida por ele como “ato administrativo pelo qual a Administração manifestava sua aquiescência com o exercício, pelo particular, de determinada atividade sobre a qual há predominante interesse coletivo. A atividade de que ora se cogita é a utilização de um bem público por um particular. Entendemos que o interesse público nessa situação deverá existir sempre e em tal grau que justifique o ato. Como ato administrativo discricionário, pode a qualquer momento, a Administração considerar diferentemente a oportunidade e conveniência da aquiescência dada e revogá-la; não será mais que um novo reconhecimento, da redução ou desaparecimento do interesse público na manutenção da permissão, já que o mero ou exclusivo interesse privado não bastam para obtê-la ou mantê-la. Como exemplos característicos, encontramos a permissão de utilização de logradouros para bancas de jornais; a utilização, quase sempre temporária, para certo tipo de comércio ocasional, como de fogos em época junina e de bebidas, no carnaval” (MOREIRA NETO, 1976, p. 263-264). Vale mencionar também julgado do **Supremo Tribunal Federal** de 1959: “BEM PÚBLICO. USO. PERMISSÃO. SUA REVOGABILIDADE A QUALQUER

Muitos desses doutrinadores compreendem o instituto da permissão em sentido amplo, abrangendo a permissão de serviço público e a permissão de uso de bem público.⁴⁶⁷ O presente estudo também entende que a permissão deve ser tratada em sentido amplo, ou seja, a permissão possui uma única natureza jurídica, embora os fins a que se voltam a permissão de serviço público e a permissão de uso de bem público sejam obviamente distintos, assim como também é distinto o regime jurídico aplicável, haja vista a competência legislativa de cada ente para tratar de assuntos de suas respectivas competências.

Feita essa observação, destaca-se que, mesmo com o advento da Constituição de 1988, que em seu art. 175, I, faz referência expressa à natureza contratual da permissão de serviço público, o que foi repetido no art. 40 da Lei n° 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, parte da doutrina e da jurisprudência mantém o posicionamento acerca da unilateralidade, discricionariedade e precariedade da permissão de serviço público,⁴⁶⁸ características estas que são estendidas, logicamente, à permissão de uso de bem público.

Odete Medauar e Celso Antônio Bandeira de Mello acrescentam ainda que, embora não seja exigida a licitação, deve-se formalizá-la sempre que houver potencial disputa entre os interessados pela utilização do bem público:

Sempre que possível, será outorgado mediante licitação ou, no mínimo, com obediência a procedimento em que se assegure tratamento isonômico aos administrados (como, por exemplo, outorga na conformidade de ordem de inscrição). Foi dito ‘sempre que possível’, pois, em certos casos, evidentemente, não haveria como efetuar-la. Sirva de exemplo a já mencionada hipótese de solicitação, feita por quem explore bar ou restaurante, para instalar mesinhas na calçada lindeira ao estabelecimento.⁴⁶⁹

TEMPO, DADO O CARÁTER ALEATÓRIO E PRECATÓRIO DE QUE SE REVESTE. RECURSO DE MANDADO DE SEGURANÇA. SEU DESPROVIMENTO” (BRASIL, 1959).

⁴⁶⁷ Segundo Oswaldo Aranha Bandeira de Mello: “Permissão é o ato administrativo unilateral, discricionário, pelo qual se faculta, a título precário, ao particular, a execução de obras e serviços de utilidade pública, ou o uso excepcional de bem público, ou a prática de ato jurídico de ofício público” (BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo, 1979, p. 551). No mesmo sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “[...] é possível definir a permissão, em sentido amplo, como o ato unilateral, discricionário e precário pelo qual o poder Público delega a execução de serviço público ou outorga o uso privativo de bem público. O conceito abrange a *permissão de serviço público* e a *permissão de uso de bem público*” (DI PIETRO, 2010, p. 95).

⁴⁶⁸ “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre: I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão (BRASIL, 1988). “Art. 40. A permissão de serviço público será formalizada mediante contrato de adesão, que observará os termos desta Lei, das demais normas pertinentes e do edital de licitação, inclusive quanto à precariedade e à revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente. Parágrafo único. Aplica-se às permissões o disposto nesta Lei” (BRASIL, 1995e).

⁴⁶⁹ MEDAUAR, 2006, p. 247. No mesmo sentido: BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 945. O autor sustenta que, apesar da ausência de norma específica acerca das licitações nas permissões de uso de bem público: “[...] qualquer ato ampliativo que se destine a investir terceiros no desfrute de situação jurídica especial a que mais de um poderia aspirar. Nesta última hipótese, quando as normas regentes da licitação forem indubitavelmente inadaptadas ao caso, terá de existir, pelo menos, algum procedimento capaz de assegurar tratamento pessoal, que enseje iguais

Esse também é o posicionamento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais e do Superior Tribunal de Justiça:

A ação civil pública é a via adequada para resguardar o erário e garantir a observância dos princípios da legalidade, moralidade e impessoalidade no trato da coisa pública, tendo efeito sobre todos os agentes públicos, inclusive políticos, de que trata o art. 2.º da Lei n.º 8.429/92. A utilização privativa de espaço público por particular, para a instalação de lanchonete, pode ser concedida por meio de permissão de uso, de caráter unilateral, discricionário e precário. **Embora, em regra, não se exija licitação para a permissão de uso, o procedimento é recomendado quando há pluralidade de interessados, como forma de assegurar tratamento isonômico aos administrados e evitar favoritismos.** Em reexame necessário, conhecido de ofício, confirmar a sentença. Recurso de apelação não provido.⁴⁷⁰

[...] 3. A título de argumento *obiter dictum*, a revogação do direito de ocupação de imóvel público, quando legítima, de regra, não dá margem à indenização. Com efeito, quando existe o poder de revogar perante a ordem normativa, sua efetivação normalmente não lesa direito algum de terceiro (Curso de Direito Administrativo, Editora Malheiros, 18ª Edição, página 424). 4. *In casu*, consoante assentado no acórdão objurgado o recorrido só poderia outorgar o uso de área de suas dependências mediante o devido título jurídico, a saber, autorização, permissão ou concessão, título este que a autora não comprovou possuir. **5. A Permissão de uso de bem público é ato unilateral, precário e discricionário quanto à decisão de outorga, pelo qual se faculta a alguém o uso de um bem público. Sempre que possível, será outorgada mediante licitação ou, no mínimo, com obediência a procedimento em que se assegure tratamento isonômico aos administrados** (como, por exemplo, outorga na conformidade de ordem de inscrição).⁴⁷¹

Por fim, Hely Lopes Meirelles e Odete Medauar ainda trazem outra característica da permissão de uso, que é a desnecessidade de autorização legislativa para sua outorga.⁴⁷²

Apontadas as principais características da permissão de uso, segundo parte da doutrina, destacando-se Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Floriano de Azevedo Marques Neto,

oportunidades a quantos desejem aceder a ela” (BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.*, p. 533-534). Essas justificativas do autor são coerentes, pois o art. 37, XXI da Constituição contém comandos que tratam da licitação como um procedimento anterior a celebração de contratos. Essa ideia é corroborada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro que define licitação da seguinte forma: “licitação é o procedimento prévio à celebração dos contratos administrativos, que tem por objetivo selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, promover o desenvolvimento nacional e garantir a isonomia entre os licitantes” (DI PIETRO, 2012, p. 369). Dessa forma, possuindo a permissão natureza de ato e não de contrato, conforme entendimento do próprio Bandeira de Mello, não haveria necessidade de se licitar, *a priori*. Por isso justifica-se toda essa explicação acerca do procedimento licitatório prévio à outorga de bem público, mediante permissão de uso. Vale, inclusive, trazer o conceito de licitação do autor: “Pode-se conceituar licitação da seguinte forma: é o procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, outorgar concessões, permissões de obra, serviço ou de uso exclusivo de bem público, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revela mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados” (BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.*, p. 534).

⁴⁷⁰ MINAS GERAIS, 2012, destaque nosso.

⁴⁷¹ BRASIL, 2008, destaque nosso.

⁴⁷² MEIRELLES, 2003, p. 345; MEDAUAR, 2006, p. 246.

vale mencionar que o instituto encontra amparo legal, no âmbito da União, no art. 22, *caput*, da Lei nº 9.636, de 15 de maio de 1998:

Art. 22. A utilização, a título precário, de áreas de domínio da União para a realização de eventos de curta duração, de natureza recreativa, esportiva, cultural, religiosa ou educacional, poderá ser autorizada, na forma do regulamento, sob o regime de permissão de uso, em ato do Secretário do Patrimônio da União, publicado no Diário Oficial da União.

§1º A competência para autorizar a permissão de uso de que trata este artigo poderá ser delegada aos titulares das Delegacias do Patrimônio da União nos Estados.

§2º Em áreas específicas, devidamente identificadas, a competência para autorizar a permissão de uso poderá ser repassada aos Estados e Municípios, devendo, para tal fim, as áreas envolvidas lhes serem cedidas sob o regime de cessão de uso, na forma do art. 18.⁴⁷³

Para Floriano de Azevedo Marques Neto, o artigo acima dispõe sobre as características atinentes à permissão, tratando-se de vínculo precário, discricionário, empregado para uso de bens imóveis não perenes, visando à satisfação de atividades cujo interesse público não caiba exclusivamente ao Poder Público:

Embora não haja em lei propriamente a indicação de um regime geral de permissão de uso, a referência existente ao instituto deixa ver os contornos que o legislador lhe confere. Com efeito o art. 22 da Lei nº 9.636/98, ao prever a possibilidade de permissão de uso de áreas dominicais da União, veem-se demarcadas quatro características atinentes à permissão: (i) caráter precário da permissão; [a lei expressamente fala em ‘utilização a título precário’]. (ii) o fato de ser empregada para usos não perenes; [novamente o dispositivo se refere à ‘realização de eventos de curta duração’]. (iii) sua aptidão para usos não relacionados a interesses públicos cuja tutela caiba ao poder público; [são arroladas expressamente as seguintes atividades: ‘de natureza recreativa, esportiva, cultural, religiosa ou educacional’]. (iv) o fato de ser outorgada com alguma margem de discricionariedade. [caráter discricionário se depreende da locução ‘*poderá* ser autorizada a permissão’ (grifo nosso). É bem verdade que a fórmula adotada pelo legislador não prima pela precisão terminológica, pois, ao utilizar-se de ‘autorização da permissão’, ao invés de outorga, concorre para acentuar a indistinção entre autorização e permissão de uso.]⁴⁷⁴

Compreendido o posicionamento doutrinário e jurisprudencial majoritário, percebe-se que não é possível distinguir com clareza a permissão de uso de bem público da autorização e da concessão de uso de bem público.⁴⁷⁵ Por isso vale analisar detidamente as

⁴⁷³ BRASIL, 1998d.

⁴⁷⁴ MARQUES NETO, 2009, p. 346.

⁴⁷⁵ Acerca da confusão entre o entendimento sobre permissão e concessão de uso, assim se manifestou Ivan Barbosa Rigolin: “Se a permissão for de fato a prima pobre da concessão, então do mesmo modo a permissão de uso de bem público é a prima pobre da permissão de serviço público. Tão desvalida e destrutada que muita vez *nem sequer se sabe que existe...* Com efeito, na prática de advocacia e de consultoria chega a ser constrangedor constatar, com espantosa regularidade, o mais absoluto despreparo que altas autoridades de todos os Poderes do Estado – incluindo alguns representantes do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Tribunais de Contas – ostentam quando por razões de ofício precisam defrontar-se com examinar, apreciar, opinar e julgar permissões de uso de bens públicos em casos concretos. A confusão entre concessão de serviço e concessão de uso, de tão freqüente, chega a ser de fazer corar as pedras. Fala-se de concessão e de permissão como se existisse apenas uma

principais características do instituto da permissão, segundo posicionamento vigorante entre os juristas brasileiros.

3.10.2.3.1 Unilateralidade

Em razão da possível confusão acerca da compreensão das características da permissão de uso, vale detalhá-las, começando pela unilateralidade. Apesar de essa característica ser aceita por parte da doutrina, ainda assim não se pode entendê-la como pacífica.

Ato unilateral é aquele que se forma pela declaração de vontade de uma parte – que não se confunde com número de pessoas envolvidas – com existência e eficácia autônomas, que independem de manifestação de vontade de outra parte. A parte que manifesta a vontade em um ato unilateral pode ser composta por mais de uma pessoa, física ou jurídica. A pluripessoalidade, portanto, não impede que o ato mantenha-se unilateral.

Hely Lopes Meirelles reconhece o caráter unilateral do instituto da permissão e enquadra o instituto nos chamados atos negociais, entendidos como aqueles que “contêm uma declaração de vontade da Administração apta a concretizar determinado negócio jurídico ou a deferir certa faculdade ao particular, nas condições impostas ou consentidas pelo Poder Público.”⁴⁷⁶ Trata-se de ato e não de contrato, ainda que de categoria diferenciada. Tais atos geram “direitos e obrigações para as partes e as sujeitam aos pressupostos conceituais do ato, a que o particular se subordina incondicionalmente.”⁴⁷⁷ Segundo o autor, o ato negocial pode ser vinculado ou discricionário, definitivo ou precário e produz efeitos concretos e individuais, tanto para a Administração pública, que o expede, quanto para o destinatário, pois ao contrário dos atos administrativos normativos, que são genéricos, os atos negociais operam efeitos jurídicos apenas entre as partes (administração e requerente): “impondo a ambos a observância de seu conteúdo e o respeito às condições de sua execução.”⁴⁷⁸ Dessa forma, como ato negocial, a permissão de uso pode ser:

modalidade de cada instituto, e quando se formula a pergunta: – *concessão de quê?*; – *permissão de quê?*, o mundo desaba. E só então a autoridade interlocutora trava conhecimento da concessão de uso, e da permissão de uso” (RIGOLIN, 2004)

⁴⁷⁶ MEIRELLES, 2003, p. 183.

⁴⁷⁷ MEIRELLES, *op. cit.* p. 182.

⁴⁷⁸ MEIRELLES, *op. cit.* p. 182. Ainda segundo o autor, o ato negocial será “[...] *vinculado* quando a lei estabelecer os requisitos para sua formação; será *discricionário* quando a sua expedição ficar ao alvedrio da autoridade competente; será *definitivo* quando embasar-se num direito individual do requerente; será *precário* quando provier de uma liberdade da Administração” (MEIRELLES, *op. cit.* p. 182).

[...] com ou sem condições, gratuito ou remunerado, por tempo certo ou indeterminado, conforme estabelecido no termo próprio, mas sempre modificável e revogável unilateralmente pela Administração, quando o interesse público o exigir, dada sua natureza precária e o poder discricionário do permitente para consentir e retirar o uso especial do bem público.⁴⁷⁹

Hely Lopes Meirelles reconhece a unilateralidade da permissão de uso, enquadrando-a como ato negocial, que nada mais é do que uma espécie do gênero ato administrativo unilateral, com características e com efeitos próprios.⁴⁸⁰

Mesmo que as características mencionadas pelo autor mantenham o caráter de ato unilateral do ato negocial, não havendo nenhuma especificidade que justifique seu tratamento separado, entende-se válido o registro da opinião do autor.

Florianio de Azevedo Marques Neto, por sua vez, descarta a unilateralidade como característica obrigatória da permissão:

Na medida em que se admite que a permissão envolva algum uso que seja de interesse público (ao qual o particular se obriga perante a administração), já estará presente alguma bilateralidade, algum caráter negocial, ainda que ela não se traduza num instrumento obrigacional sinalagmático, ou seja, em um contrato bilateral propriamente dito. [...] Temos, então, que pode haver permissão unilateral (nas hipóteses em que ela for outorgada independentemente da vontade do particular ou do interesse do poder público na continuidade do uso permitido) ou bilateral, hipótese em que ela pode ocorrer sem caracterizar um vínculo estável.⁴⁸¹

Para o autor, há duas razões que justificam a natureza não contratual da permissão de uso: a) trata-se de uma consequência de outra característica: a precariedade; b) a unilateralidade é característica que respalda o fato de a permissão ser, em tese, outorgada sem necessidade de licitação prévia: “já que a unilateralidade excluiria a exigência de licitação para os acordos de vontade firmados com a Administração.”⁴⁸²

Segundo o autor, se deve buscar na precariedade e na ausência de licitação as razões que fundamentam o caráter unilateral da permissão. Como a precariedade será tratada adiante, faz-se necessário voltar à desnecessidade de licitação prévia, que não é plenamente aceita pelos Tribunais brasileiros – o STJ e o TJMG recomendam a existência de licitação, caso exista mais de um interessado no uso do bem público –, tampouco por parte da doutrina que, mesmo aceitando o caráter unilateral do ato, entendem necessária a realização de procedimento licitatório prévio, como Celso Antônio Bandeira de Mello.

⁴⁷⁹ MEIRELLES, *op. cit.* p. 496-497.

⁴⁸⁰ MEIRELLES, 2003, p. 183.

⁴⁸¹ MARQUES NETO, 2009, p. 341-342.

⁴⁸² MARQUES NETO, *op. cit.* p. 341.

Tem-se, então, aqueles que não aceitam o caráter bilateral da permissão e há quem defenda o caráter unilateral ou bilateral do instituto.⁴⁸³

Embora parte dos juristas sustente a unilateralidade da permissão, o presente estudo não corrobora com esse posicionamento. A permissão, independentemente se permissão de uso de bem público ou se permissão de serviço público, possui natureza jurídica contratual.

O legislador constitucional e infraconstitucional impôs a natureza jurídica de contrato à permissão de serviço público, conforme art. 175 da CR/88 e art. 40 da Lei nº 8.987/95.

Mesmo que não exista norma geral que trate da permissão de uso de bem público, com base no art. 22, *caput*, da Lei nº 9.636/98, não há que se concluir pela natureza de ato unilateral do instituto.

Entende-se que a insistência em sustentar a natureza não contratual da permissão decorre de um entendimento equivocado acerca de contrato.⁴⁸⁴ Como, na maioria dos casos, ao particular é conferido o uso de bem público sem que exista negociação entre as partes acerca das condições desse uso, crê-se que parte da doutrina entende que esse vínculo restringe a autonomia da vontade do particular.

Ora, ao particular é conferida autonomia para utilizar ou não o bem público, sem que a Administração pública possa constrangê-lo para tanto. A vontade do particular é livre para formar o vínculo, sendo que o seu aceite assemelha-se à celebração dos inúmeros contratos de adesão existentes na sociedade contemporânea.

O fato de o particular ter interesse no uso do bem público não significa que o interesse dele e da Administração pública sejam comuns. É comum a vontade de ambos em outorgar o bem ao particular, mas, assim como nos inúmeros contratos existentes, também na permissão de uso, o particular pode visar ao lucro no uso do bem e o Poder Público, ao uso devido com benefícios diretos e indiretos à coletividade.

A possibilidade de a Administração pública dispor unilateralmente sobre todas as condições de uso também não implica a natureza contratual da permissão de uso, pois isso não elimina a autonomia da vontade do particular. Ora, também nos contratos regidos pelo Direito Civil “a liberdade para contratar jamais foi ilimitada e, ademais, com o contrato de adesão, bem

⁴⁸³ Floriano de Azevedo Marques, por exemplo, aceita a permissão sob a forma de ato e contrato: “De nossa parte, entendemos que a permissão é um instrumento bastante dúctil, podendo tanto se apresentar com uma feição próxima à autorização (quando for veiculada por ato administrativo unilateral, discricionário e precário), como pode assumir configuração qualificada, quando adquiere maior estabilidade, é outorgada por prazo certo e, destarte, assume configuração negocial que a aproxima da concessão de uso” (MARQUES NETO, *op. cit.* p. 344).

⁴⁸⁴ Vide item 3.8.1, que trata da natureza do contrato de gestão.

como com o contrato coativo (por exemplo, o seguro obrigatório), vai-se verificar, cada vez mais, o dirigismo estatal.”⁴⁸⁵

Por fim, ao aceitar a natureza contratual da permissão, não se eliminam as normas de ordem pública incidentes sob o vínculo. A Administração pública continua voltada à satisfação do interesse público, devendo extinguir a permissão de uso que se mostrar contrária a esse interesse.

E aceitando a natureza contratual da permissão, não se pode negar a necessidade de licitação prévia à constituição do vínculo, pois conforme art. 2º da Lei nº 8.666/93: “As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, **permissões** e locações da Administração pública, quando **contratadas com terceiros**, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei”.⁴⁸⁶

Conclui-se, portanto, que a permissão de uso possui natureza contratual e, salvo disposição expressa em contrário, será precedida de licitação.

3.10.2.3.2 Discricionariedade

Doutrina e jurisprudência majoritariamente sustentam que a administração pública é dotada de discricionariedade nos atos de consentir e de retirar o uso do bem público pelo particular, sempre que o interesse público assim exigir.⁴⁸⁷ Logo, a permissão é amplamente reconhecida como um ato administrativo discricionário.⁴⁸⁸

⁴⁸⁵ GOMES, 2001, p. 30-31.

⁴⁸⁶ BRASIL, 1993a, destaque nosso. Nada impede, no entanto, a dispensa de licitação, a permissão de uso, como na hipótese arrolada no art. 17, *f*, da Lei nº 8.666/93: “Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas: I – quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência, dispensada esta nos seguintes casos: [...] *f*) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis residenciais construídos, destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública”. (BRASIL, 1993a). Por fim, entende-se que a alusão genérica do art. 2º, sem qualificar o objeto da permissão, não permite que se suponha pela ausência de obrigatoriedade de licitação, mesmo tratando-se de permissão de uso de bem público. Tratando-se, todavia, de contratos relativos aos imóveis do patrimônio da União, esses vínculos continuam a reger-se pelas disposições do Decreto-lei 9.760, de 5 de setembro de 1946 e suas alterações, conforme art. 121 parágrafo único, da Lei nº 8.666/93.

⁴⁸⁷ MEIRELLES, 2003, p. 497.

⁴⁸⁸ MEDAUAR, 2006, p. 245; CARVALHO FILHO, 2009, p. 1.107. Ivan Barbosa Rigolin afirma que a discricionariedade é característica da permissão que possibilita a distinção entre esse instituto e a concessão de uso: “Utiliza-se a permissão de uso de bem público sempre que a concessão de uso não puder ser utilizada, ou que essa não convier em face da sua complexidade, acaso desproporcional ao escopo ou à abrangência do uso que se pretende transferir a particular. Permissão de uso é menos complexa, menos estável, menos duradoura que a concessão de uso, tanto quanto a de serviço o é com relação à concessão de serviço, e por isso se a utiliza para “emprestar” certos imóveis públicos a particulares para atividades não tão estáveis quanto as de se esperar na

Há de se reconhecer, no entanto, dois momentos distintos em que a administração pública atua discricionariamente. O juízo de conveniência e oportunidade encontra-se presente tanto no momento de consentir o uso do bem público pelo particular quanto no momento de revogar o ato. A discricionariedade na decisão inicial de trespassar o uso de um bem público ao particular não se confunde, assim, com o juízo de oportunidade e conveniência na avaliação da manutenção e posterior revogação da permissão.

Para que se possa compreender a discricionariedade existente na permissão, deve-se analisar os momentos em que a administração pública atua discricionariamente. A outorga do bem público ocorre após análise da situação fática, salvo norma que disponha que o ato será vinculado. Na decisão de trespassar parte de calçadas para instalação de bancas de jornal, por exemplo, há uma análise da conveniência e oportunidade desse ato. Após constatada a possibilidade desse trespasso, a administração pública consente discricionariamente o uso do bem ao particular (primeiro momento em que se constata a discricionariedade) e, a qualquer momento, poderá, de forma discricionária, revogar o ato (segundo momento em que o poder público atua discricionariamente).

Entende-se, *data venia*, que não há discricionariedade na permissão. Utilizando-se do exemplo sobre a instalação de bancas de jornal sobre parcelas de calçadas, sustenta-se que não há justificativas para que a administração pública consinta e retire o uso do bem público de forma discricionária. A decisão sobre a instalação de bancas de jornal em calçadas, o local onde serão implantadas e a quantidade de bancas existentes é decisão que compete ao poder público municipal. A análise dessa situação se dá por provocação de interessado ou mesmo de ofício.

Depois de decidido se é possível – fática e juridicamente – a instalação de bancas, bem como o local em que se poderá instalá-las, o poder público deve adotar procedimento para que os interessados na utilização desse bem tenham condições idênticas para usá-lo. O ato de consentir o uso do bem público não é, dessa forma, discricionário, pois se tratando de um contrato, deve-se, previamente à sua celebração, ocorrer a licitação.⁴⁸⁹

concessão, como no caso, sempre que conveniente, de áreas em mercados, entrepostos públicos permanentes, ou áreas públicas cujo uso seja permitido a entidades assistenciais, caritativas, benemerentes ou filantrópicas, sempre que não se justifique a concessão do uso. **Existe subjetiva e tênue diferença, em verdade, resolúvel apenas pelo critério discricionário da autoridade executiva, da maior conveniência entre permitir o uso e conceder o uso; mas para decidir também sobre isso foi ela eleita pela população.** O que ressalta é que sempre está por trás, invariavelmente, o interesse público na outorga, materializado no uso que o particular fará do imóvel público cujo uso lhe seja permitido” (RIGOLIN, 2004, destaque nosso)

⁴⁸⁹ Conforme destacado no item acerca da unilateralidade da permissão, o presente estudo sustenta que a permissão possui natureza contratual e o art. 2º da Lei nº 8.666/93 impõe a necessidade de se licitar previamente a contratação do poder público com terceiros, incluindo as permissões.

Embora possua entendimento diverso do presente estudo, Floriano de Azevedo Marques Neto entende que há uma margem de discricionariedade para outorga da permissão de uso de determinado bem público, desde que sejam respeitados alguns limites: “essa margem de discricionariedade se reduz ou desaparece quando, em relação a este uso, houver decisão da Administração em permiti-lo a um particular e a isto suceder igual solicitação de outro particular, que reúna as mesmas condições que o já permissionário.”⁴⁹⁰

Para o autor, do reconhecimento da discricionariedade na constituição da permissão decorre a precariedade do instituto, pois o juízo de oportunidade e conveniência necessário à constituição do vínculo permanecerá enquanto perdurar a utilização pelo particular, sob pena de restringir ou impossibilitar a revisão daquela decisão discricionária.⁴⁹¹ Ele reconhece que a precariedade não significa a prerrogativa conferida à administração pública de desfazer seus vínculos, independentemente se formalizados por meio de atos ou contratos; essa precariedade, segundo Floriano: “indica é que as permissões podem ser extintas sem gerar, de *per se*, o dever de indenizar o particular.”⁴⁹²

Entende-se, no entanto, que na hipótese de não ser possível a disputa entre interessados no uso de determinado bem público, ocorrerá dispensa de licitação. No exemplo utilizado pelo autor sobre a utilização de bancas em feiras livres, é plenamente aceitável que em determinada localidade não seja possível a disputa, pois tratando-se de feiras com poucas barracas, a administração pública poderá decidir por não ter mais de uma barraca comercializando os mesmos produtos.

Quanto à vinculação da discricionariedade com a precariedade da permissão, discorda-se do posicionamento de Floriano de Azevedo Marques Neto. A administração pública permissionária sempre poderá rever o ato de outorga, desde que respeitados os direitos do permitente. Tratando-se de um contrato, a permissão poderá ser rescindida em conformidade

⁴⁹⁰ MARQUES NETO, 2009, p. 341-342. Complementa o autor: “nesta situação, a outorga da permissão passa a ser vinculada, desde que o bem objeto da permissão admita outros permissionários daquele uso específico. É o exemplo de permissão de uso para a exploração de bancas numa feira livre. Sendo impossível ao bem (normalmente um bem de uso comum) comportar outros particulares interessados em comercializar os mesmos gêneros ou mercadorias afins, não haverá condições. Ou seja, haverá sempre uma certa discricionariedade em aceitar ou não a outorga de permissão para um dado uso, o que não implica dizer que essa discricionariedade seja ampla a ponto de se traduzir na conferência de tratamentos desuniformes aos interessados em obter a permissão” (MARQUES NETO, *op. cit.* p. 342).

⁴⁹¹ MARQUES NETO, *op. cit.* p. 342.

⁴⁹² MARQUES NETO, *op. cit.* p. 343. Complementa o autor: “dizemos de *per se*, pois o dever de indenizar poderá ter lugar caso o ato extintivo seja eivado de desvio de finalidade ou caso estejamos diante de permissão qualificada” (MARQUES NETO, *op. cit.* p. 343).

com os dispositivos constantes na Lei nº 8.666/93, incluindo a rescisão unilateral por razões de interesse público (art. 78, XII).⁴⁹³

O fato de aceitar a natureza contratual da permissão, ao contrário da natureza de ato administrativo unilateral e discricionário, não impede o permissionário de tutelar o interesse público, caso a permissão deixe de representá-lo. A administração pública – em obediência ao princípio da indisponibilidade do interesse público – deverá rescindir um contrato por razões de interesse público ou em razão do descumprimento de cláusulas contratuais ou legais.

Conclui-se, dessa forma, que a partir da decisão de outorga de bem público, não há discricionariedade na permissão. Não existe juízo de conveniência e oportunidade na constituição do vínculo, na escolha do particular permissionário, tampouco na rescisão da permissão. Sendo a permissão um contrato administrativo, sua constituição e rescisão obedecerão, necessariamente, às cláusulas contratuais e às normas aplicáveis, especialmente à Lei nº 8.666/93, por se tratar de norma geral de licitação e contratos administrativo.⁴⁹⁴

3.10.2.3.3 Precariedade

Entende-se que a precariedade é a característica mais “nebulosa” apontada pela doutrina, pois é comumente apresentada com intensidade variável, dificultando, portanto, sua identificação.

Ademais, o vocábulo é impreciso.⁴⁹⁵ José Cretella Júnior, ao tratar da precariedade no uso privativo de bem público, aponta dois sentidos distintos que o termo jurídico pode adquirir: “a) *revogável a qualquer tempo*, por iniciativa da Administração, com ou sem

⁴⁹³ “Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato: [...] XII – razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato” (BRASIL, 1993a). Se por razões, devidamente fundadas e justificadas, de interesse público de alta relevância e amplo conhecimento a administração pública rescindir o contrato, o contratado fará jus à indenização pelos prejuízos sofridos e comprovados.

⁴⁹⁴ Posicionamento contrário é do autor Ivan Barbosa Rigolin: “Será licitado se a regra local assim o exigir, e nas condições respectivas, e não o será se e como de outro modo dispuser o mesmo regramento local. **Se for licitável, a lei aplicável será, tal qual na outra permissão, qualquer uma, menos a lei nacional de licitações, absoluta, total e completamente inaplicável a esta espécie de objeto.** Muitas vezes nos Municípios a única regra legal para a permissão de uso é a constante da sua lei orgânica, à exceção de qualquer outra, e para preparar e ultimar a outorga fica livre a autoridade local, dentro dos mínimos da lei orgânica municipal, para dispor e disciplinar cada caso como bem lhe convenha à ocasião” (RIGOLIN, 2004, destaque nosso).

⁴⁹⁵ “**precariedade.** [De *precári(o)* + *idade*]. *S.f.* Qualidade ou estado de precário; **precário.** [Do lat. *precarium*, ‘concedido por mercê revogável.’] *Adj.* **1.** Difícil, minguado, estreito. **2.** Escasso, raro, pouco, insuficiente: “O que me impressionou foi ver, mesmo à luz precária, as mulheres com lágrimas rolando pelo rosto.” (Marcelo Miranda. *As três chaves*, p. 38). **3.** Incerto, vário, contingente; inconsistente: “És precária e veloz, Felicidade./ Custas a vir, e, quando vens, não te demoras.” Cecília Meireles, *Obra Poética*, p. 13). **4.** Pouco durável; insustentável: *poderio precário* **5.** Delicado, débil: *saúde precária*” (FERREIRA, 2004, p. 1623).

indenização, e nesse caso, tanto as *permissões* como as *concessões* são sempre precárias; b) *outorga para utilização privativa do bem público sem prazo fixo*, revogável, pois, sem indenização.”⁴⁹⁶

A maioria dos juristas concebe o vocábulo “precariedade” como característica da permissão de uso apenas no segundo sentido descrito.⁴⁹⁷ Precariedade, portanto, remete ao título concedido sem prazo estabelecido e que pode ser retirado a qualquer tempo, pela administração pública, sem direito a reparação pecuniária.

Essa característica justifica-se em razão de interesse público predominante no vínculo, segundo sustenta Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Na medida em que os fatores relacionados com o interesse público predominam na avaliação discricionária da Administração, ao conferir o uso privativo, decresce a instabilidade ou a precariedade da utilização, pois, se o uso for de interesse público relevante, a sua revogação só poderá ocorrer, motivadamente, em razão de outro interesse público que àquele se sobreponha. Nas hipóteses em que o interesse particular predomina na outorga do uso, o ato de consentimento da Administração encerra, implicitamente, a ideia de instabilidade e transitoriedade.⁴⁹⁸

Com base nas sustentações da autora, há uma variação da precariedade diretamente proporcional à intensidade do interesse público existente na outorga de bem público. A autorização de uso seria a forma mais precária de utilização de bem público, outorgada para satisfazer interesse predominantemente privado; ao contrário da concessão, que satisfaz interesse público, necessitando, assim, de estipulação de prazo, a fim de criar uma expectativa de estabilidade. Já a permissão, como modalidade intermediária, admite diferentes graus de precariedade: “que vão desde a transitoriedade e instabilidade que a aproximam dos atos de mera tolerância até a estabilidade que a aproxima da concessão de uso.”⁴⁹⁹

Havendo, assim, um interesse público predominante na permissão de uso, há de se inserir um prazo determinado para o uso do bem público pelos particulares. Hely Lopes Meirelles, por exemplo, admite a existência da permissão com prazo determinado, chamada por ele de permissão condicionada:

Aquela em que o próprio Poder Público autolimita-se na faculdade de revogá-la a qualquer tempo, fixando em norma legal o prazo de sua vigência e/ou assegurando outras vantagens ao permissionário, como incentivo para a execução do serviço.

⁴⁹⁶ CRETELLA JÚNIOR (*apud* DI PIETRO, 2010, p. 36).

⁴⁹⁷ Vale destacar o posicionamento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais: “A permissão de uso de bem público é ato precário e unilateral, podendo a Administração Pública, de forma discricionária, revogar ou modificar as condições, sem direito à indenização por parte do permissionário, salvo se houver disposição em contrário ou se o ato se demonstrar abusivo (MINAS GERAIS, 2011a).

⁴⁹⁸ DI PIETRO, 2010, p. 37-38.

⁴⁹⁹ DI PIETRO, 2010, p. 38.

Assim, reduzem-se a discricionariedade e a precariedade da permissão às condições legais de sua outorga.⁵⁰⁰

Tratando-se de permissão condicionada (com prazo) ou constatado o desvio de finalidade na extinção do vínculo, a Administração pública deverá indenizar o particular usuário do bem pelos prejuízos comprovadamente sofridos.⁵⁰¹ Entende-se, dessa forma, que, a partir da estipulação de prazo nas permissões, o instituto deixa de ser precário, ou seja, a extinção da permissão com prazo enseja o pagamento de indenização ao permitente, pois o particular usuário do bem possui direito subjetivo ao uso até o fim do prazo.⁵⁰²

Na hipótese de a administração pública fixar um prazo para o uso de determinado bem público e extinguir o vínculo existente antes do fim do prazo, causando prejuízo ao permitente, necessariamente surge o dever de pagar a indenização, sob pena de enriquecimento ilícito por parte do Poder Público. Por mais óbvia que seja essa afirmação, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais manifestou a necessidade de observar o devido processo legal e a ampla defesa, demonstrando os interesses públicos justificadores da decisão que rescindiu a permissão qualificada antes do prazo determinado, não dispondo, entretanto, acerca da obrigatoriedade de pagar indenização ao particular em razão dos prejuízos comprovadamente sofridos.⁵⁰³

Como o presente estudo entende que a permissão possui natureza contratual, não há que classificá-la como precária – segundo o entendimento doutrinário majoritário acerca da precariedade – em razão da aplicação da Lei nº 8.666/93, que em seu art. 57 veda a contratação por prazo indeterminado.⁵⁰⁴

⁵⁰⁰ MEIRELLES, 2003, p. 184.

⁵⁰¹ MARQUES NETO, 2009, p. 343.

⁵⁰² As ditas permissões qualificadas ou condicionadas aproximam as permissões das concessões de uso. Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “[a] permissão qualificada é dotada da mesma estabilidade de que se reveste a concessão de uso, pois no ato de outorga não haverá o traço da precariedade, os dois institutos, nesse caso, se assemelham, no sentido de que o permissionário adquire, da mesma forma que o concessionário, direito subjetivo à indenização em caso de revogação, antes do prazo determinado” (DI PIETRO, 2010, p. 73).

⁵⁰³ “A permissão de uso do espaço público para a instalação de banca de revista e jornal é ato administrativo discricionário, precário, pessoal e intransferível. É nulo o ato de cassação da permissão de uso de espaço público para exploração de banca na hipótese de inobservância do devido processo legal” (MINAS GERAIS, 2011b).

⁵⁰⁴ “Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos: [...] §3º – É vedado o contrato com prazo de vigência indeterminado” (BRASIL, 1993a). A vedação na celebração de contratos administrativos com prazo de vigência indeterminado não se estende, logicamente, aos contratos regidos pelo direito civil que podem sim ser precários – entendidos como aqueles em que uma das partes pode rescindi-lo unilateralmente, conforme bem leciona Gustavo Alexandre Magalhães: “Nos contratos celebrados por tempo indeterminado as partes podem rescindir o vínculo a qualquer tempo, exigindo-se tão somente a comunicação prévia para evitar surpresas desagradáveis para a outra parte. Cite-se como exemplo um contrato por tempo indeterminado de prestação de serviços de consultoria jurídica a uma empresa privada. Tanto o escritório de advocacia quanto a empresa cliente podem rescindir o contrato mediante simples comunicação prévia. O que torna um contrato precário é a possibilidade de uma das partes rescindir o vínculo unilateralmente a qualquer tempo, sem que a ruptura acarrete para a outra parte direito à indenização” (MAGALHÃES, 2012, p. 185).

Nesse ponto, corrobora-se com o posicionamento esposado por Gustavo Alexandre Magalhães que, ao tratar da natureza precária da permissão de serviço público, sugere que, tratando-se de um contrato administrativo – conforme consta no art. 175 da CR/88 e no art. 40 da Lei nº 8.987/95 – não se pode constituir-lo por prazo indeterminado.⁵⁰⁵ O próprio art. 175, parágrafo único, I, menciona a instituição de um prazo final nos contratos de permissão, cabendo ao legislador estabelecer critérios para a prorrogação dos contratos, ou seja, “o Constituinte reconheceu que tais acordos devem ser celebrados por tempo determinado. Não se prorroga um contrato que não tenha um prazo final expirado.”⁵⁰⁶ Ainda segundo o autor, a precariedade foi esvaziada pela Lei nº 8.987/95. Vale transcrever as anotações do autor:

Ademais, a própria Lei nº 8.987/95 esvaziou o conteúdo da dita “precariedade”, ao estabelecer no parágrafo único do mesmo art. 40 que se aplica à permissão “o disposto nesta lei”. Basta, pois, a leitura atenta do texto da lei para perceber que há vários dispositivos incompatíveis com a celebração de contratos por prazo indeterminado e, portanto, com a alegada precariedade. Nesse sentido o art. 9º, §4º que estabelece o direito do contratado ao equilíbrio econômico-financeiro instituído no momento da celebração da avença, o que inclui o lucro auferido pelo prazo de execução do contrato. Observe-se, aliás, que tal garantia já é prevista no art. 37, XXI, da Constituição de 1988. Merece igual atenção o art. 15, I, que prevê como critério de julgamento das propostas o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado. É evidente que qualquer licitante só tem condições de calcular o valor da tarifa pela prestação do serviço se tiver condições de prever a amortização do investimento por um prazo certo e determinado. Por fim, registre-se que o art. 18 determina que o edital de licitação estabeleça o objeto, as metas e o prazo do contrato (inciso I). E não se argumente que o inciso I seria aplicável exclusivamente à concessão, haja vista que o comando geral do art. 40, parágrafo único (que determina a aplicação das disposições da lei ao instituto da permissão) foi excepcionado expressamente nas situações em que a Lei nº 8.987/95 não se aplicaria à permissão. Nesse sentido vale citar o inciso XIV do mesmo art. 18, ao tratar da previsão no edital da minuta do contrato de concessão: “XIV – nos casos de concessão, [o edital conterá] a minuta do respectivo contrato, que conterá as cláusulas essenciais referidas no art. 23 desta Lei, quando aplicáveis”. Não há dúvidas, portanto, que a precariedade do contrato de permissão prevista no art. 40, *caput*, da Lei Federal nº 8.987/95, deve ser entendida como possibilidade de alteração e rescisão unilateral do vínculo, sem prejuízo da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato e, conseqüentemente, da obrigatoriedade de inserção de termo final (normalmente a instituição de prazo no contrato). Trata-se de interpretação, conforme a Constituição, do art. 40 da referida Lei, haja vista a previsão constitucional acerca da “prorrogação dos contratos” e, conseqüentemente, a imposição constitucional de que os contratos sejam celebrados a termo.⁵⁰⁷

⁵⁰⁵ “Ocorre que o regime jurídico-administrativo consagrado pela Constituição de 1988 não admitiria, em hipótese alguma, que a Administração Pública publicasse edital de licitação no intuito de convocar interessados na celebração de contratos administrativos que demandam investimentos, para celebrar vínculo por prazo indeterminado. Dependendo de quem fosse o vencedor da licitação, poderia o agente político beneficiá-lo ou prejudicá-lo. Assim, seria possível rescindir (ou “revogar”) o contrato dois meses após o início de sua execução, sem que fosse devida ao contratado qualquer indenização. Mas se o vencedor fosse licitante apadrinhado dos governantes, poderia ter um contrato com a duração até o final do mandato eletivo” (MAGALHÃES, 2012, p. 189). Em sentido contrário, Maria Sylvia Zanella Di Pietro sustenta que a permissão de serviço público entendida como contrato sem prazo estabelecido é uma exceção à regra do art. 57, §3º, da Lei nº 8.666/93, cf: DI PIETRO, 2012, p. 311.

⁵⁰⁶ MAGALHÃES, *op. cit.* p. 189.

⁵⁰⁷ MAGALHÃES, 2012, p. 189-190.

Posicionamento contrário é o de Cristiana Fortini. Embora reconheça o caráter contratual da permissão, a autora destaca a impossibilidade de se apagar da norma a menção à precariedade, sob pena de a concessão e permissão de serviço público ser iguados, o que deve ser condenado.⁵⁰⁸

Entende-se, assim como a autora, que não se pode apagar da norma a menção à precariedade. O legislador deve estabelecer distinções entre a permissão e a concessão. Uma hipótese seria utilizar da permissão para situações que não demandem um tempo considerável para que o particular recupere o investimento, seja em serviços, seja em bens cujo valor não seja vultoso: “seria admissível, por exemplo, que a permissão pudesse ser utilizada para contratos de menor vulto e com prazos mais curtos, ao passo que a concessão seria utilizada para contratos que tivessem objetos mais caros e prazos mais estendidos.”⁵⁰⁹

Outro aspecto é que a precariedade jamais deve ser entendida como a possibilidade de rescindir o vínculo sem pagamento de indenização ao particular permitente, pois há clara afronta ao princípio da boa-fé objetiva, ao art. 37, §6º da CR/88 além de configurar enriquecimento ilícito da administração pública.⁵¹⁰

⁵⁰⁸ “A conclusão possível seria reconhecer o caráter contratual da permissão, mas, em oposição ao que ocorre nos contratos de concessão, o ajuste não estaria delimitado do ponto de vista temporal. A ausência de prazo fixado no instrumento contratual refletiria a precariedade, uma vez que o permissionário não teria expectativa quanto à duração da relação jurídica que, a qualquer tempo, poderia ser desfeita. A Administração Pública pode valer-se da permissão diante de situações especiais em que o investimento a ser suportado pelo delegatário para a realização do serviço público não seja volumoso, dado que não lhe é garantida a manutenção do vínculo até certa data” (FORTINI, 2009, p. 37).

⁵⁰⁹ MAGALHÃES, 2012, p. 190. Ademais, a precariedade não pode ser instrumento hábil a permitir que o Poder Público controle a duração do contrato “visto que se trata de aspecto essencial para a determinação na competitividade do certame licitatório” (MAGALHÃES, *op. cit.* p. 190). É natural que ao se aceitar a permissão de serviço público como um contrato surja questionamentos acerca da diferença com a concessão de serviço público, pois a diferença pautada na menor duração e no menor vulto dos contratos de permissão não é vislumbrada no ordenamento jurídico. Alega-se, no entanto, que essa fundamentação acerca dos contratos de permissão encontra justificativa ao constatar que o art. 2º, II, da Lei nº 8.987/95 exige a concorrência para a concessão de serviço público, diferentemente da permissão em que se pode utilizar qualquer modalidade licitatória. Já o art. 2º, II e IV da Lei nº 8.987/95 prevê a possibilidade de a permissão ser celebrada com pessoas físicas, ao passo que a concorrência só pode ser celebrada com pessoa jurídica, Cf: MAGALHÃES, *op. cit.* p. 190.

⁵¹⁰ O princípio da boa-fé, exige das partes o dever de cooperação mútua a fim de que todos obtenham o proveito objetivado, exigindo-se, inclusive, uma atuação ativa das partes no auxílio ao cumprimento dos objetivos contratuais alheios. Segundo bem leciona Celso Antônio Bandeira de Mello: “Anote-se, liminarmente, que ‘boa-fé’ – noção acolhida pelo Direito e, dessarte, juridicizada – é conceito capturável no âmbito da Moral, e não no confronto da conduta questionada com o ordenamento jurídico positivo. Fácil é percebê-lo. [...] O que é, pois, *agir de boa-fé*? É agir sem malícia, sem *intenção* de fraudar a outrem. É atuar na suposição de que a conduta tomada é correta, é permitida ou devida nas circunstâncias em que ocorre. É, então, o oposto da atuação de má-fé, a qual se caracteriza como o comportamento *consciente e deliberado* produzido com o intento de captar uma vantagem indevida (que pode ou não ser ilícita) ou de causar a alguém um detrimento, um gravame, um prejuízo, injustos” (BANDEIRA DE MELLO, 2010, p. 326-327). Ocorre que, há um limite desse dever de cooperação, pois esta ajuda só é possível se as partes não tiverem de sacrificar interesses legítimos próprios. Como bem anotou Caio Mário: “O agente deve fazer o que estiver ao seu alcance para colaborar para que a outra parte obtenha o resultado previsto no contrato, ainda que as partes assim não tenham convencionado, desde que evidentemente para isso não tenha que sacrificar interesses legítimos próprios” (PEREIRA, 2005, p. 21, destaque nosso.) Não se admite,

Por isso, a precariedade no contrato de permissão pode ser entendida, por força do art. 37 da Lei nº 8.987/95, como a possibilidade do contrato ser rescindido por ato administrativo, sem necessidade de autorização legal prévia, ao passo que a rescisão do contrato de concessão, com a posterior retomada do serviço pelo poder concedente durante o prazo da concessão, por razões de interesse público (encampação), poderá ocorrer somente com autorização legislativa.⁵¹¹

Imperioso salientar que o presente trabalho não visa ao estudo da permissão de serviço público. A menção às anotações dos autores acima citados é útil à medida que se entende que a permissão é concebida em sentido amplo, ou seja, tanto a permissão de serviço público quanto a permissão de uso de bem público são contratos em que a precariedade deve ser entendida da mesma forma, ao contrário, por exemplo, do que sustenta Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

[...] a precariedade inerente à permissão, com possibilidade de revogação a qualquer momento, sem indenização, plenamente admissível quando se trata de **permissão de uso de bem público** (sem maiores gastos para o permissionário), é inteiramente inadequada quando se cuida de prestação de serviço público. Trata-se de empreendimento que, como outro qualquer, envolve gastos; de modo que dificilmente alguém se interessará, sem ter garantias de respeito ao equilíbrio econômico-financeiro, somente assegurado pelo contrato com prazo estabelecido.⁵¹²

portanto, que o particular tenha seus interesses sacrificados, tampouco pode o Poder Público sacrificar os interesses legítimos do permitente. Ademais, destaca-se o enriquecimento ilícito da Administração pública. Se, por exemplo, a Administração pública permitir o uso de um prédio ao particular que utilizará o bem para a instalação de um hotel de alto luxo, mas após reforma do edifício e com apenas alguns meses de funcionamento o Poder Público rescindir o contrato sem pagamento de indenização a fim de utilizar a localidade para atendimento de uma finalidade pública premente, há de se indenizar o permitente. Quanto ao enriquecimento sem causa, vale-se das lições de Celso Antônio Bandeira de Mello: “enriquecimento sem causa é o incremento do patrimônio de alguém em detrimento do patrimônio de outrem sem que, para supeditar tal evento, exista uma causa juridicamente idônea. É perfeitamente assente que sua proscrição constitui-se em um *princípio geral do Direito*. [...] Uma vez que o enriquecimento sem causa é um princípio geral do Direito – e não apenas princípio alocado em um de seus braços: público ou privado –, evidentemente também se aplica ao direito administrativo” (BANDEIRA DE MELLO, 2010, p. 318-319). Com base no princípio da vedação ao enriquecimento ilícito, a Administração pública deve pagar ao particular pelo serviço prestado. Tratando-se da outorga de bem público ao particular há de se atentar ao fato de que há interesse público nessa outorga. Há benefícios diretos ou indiretos no uso desse bem pelo particular usuário. Portanto, o particular permitente que utilizar o bem e realizar investimentos no uso do bem não pode ser desprestigiado frente aos demais particulares. Ademais, impende ainda destacar que não é moralmente aceito que o particular sofra prejuízos decorrentes da rescisão do contrato de permissão. Novamente, vale-se das precisas lições de Bandeira de Mello: “De todo modo, como se vê, por um ou outro fundamento, o certo é que não se pode admitir que a Administração se locupleta à custa alheia; e, segundo nos parece, o *enriquecimento sem causa* – que é um princípio geral do Direito – supedaneia, em casos que tais, o direito do particular de indenizar-se pela atividade que proveitosamente dispensou em prol da Administração, ainda que a relação jurídica se haja travado irregularmente ou mesmo ao arrepio de qualquer formalidade, desde que o Poder Público haja assentido nela, ainda que de forma implícita ou tácita, inclusive a ser depreendida do mero fato de havê-la boamente incorporado em seu proveito, salvo se a relação irrompe de atos de inquestionável má-fé, reconhecível no comportamento das partes ou mesmo simplesmente do empobrecido” (BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.* p. 326).

⁵¹¹ Essa ideia foi construída em sala de aula pelo prof. **Florivaldo Dutra de Araújo**, a quem devem ser conferido os créditos devidos.

⁵¹² DI PIETRO, 2012, p. 311.

Posto isso, entende-se que a precariedade deve ser entendida de forma a coadunar-se à natureza contratual da permissão, segundo o posicionamento aqui adotado.

3.10.2.3.4 Síntese das conclusões acerca da natureza jurídica da permissão de uso de bens públicos

Diante de todo o exposto, percebe-se o quanto não é pacífico o entendimento acerca da permissão de uso de bem público. Partindo da definição majoritariamente aceita pelos juristas, a permissão de uso é ato unilateral, discricionário e precário em que a administração pública concede bem público ao particular.

Conforme foi demonstrado, há inúmeros equívocos nessa definição.

Primeiro equívoco encontrado refere-se ao fato de que a autorização de uso possui a mesma definição da permissão de uso. José dos Santos Carvalho Filho propõe, até mesmo, a uniformização dos institutos, visto que as tentativas de distingui-los causam mais confusão que precisão.⁵¹³

Os autores que defendem a distinção entre os institutos entendem que a diferença entre ambos seria a variação no interesse público constante em cada um desses dois instrumentos, que ocasiona a variação da precariedade.⁵¹⁴ Na autorização, prevaleceria o interesse individual. Já na permissão de uso, o interesse público seria mais acentuado.

Sustenta-se, *data venia*, que não há dispositivo legal que dê guarida a essa construção doutrinária. Não é possível apontar essa escala de variação do interesse público, pois há ou não há interesse público em determinado ato. Não é possível quantificar o interesse

⁵¹³ “A grande verdade – esta a que nos convence atualmente – reside na conveniência de considerar-se prejudicada, por inócua e imprecisa, a clássica distinção entre permissão e autorização de uso, e isso a começar pelo significado dos termos, já que quem *autoriza* é porque *permite*, sendo verdadeira a recíproca. Ambos são atos administrativos, em regra discricionários e precários, como vimos, revestem-se da mesma fisionomia jurídica e se sujeitam aos mesmos efeitos jurídicos quanto à outorga, eficácia e revogação. A questão do interesse predominante – se público ou privado – nem sempre é suficientemente clara e, ao que temos visto, tem dado ensejo a distorções quanto à configuração do ato. Em suma, parece-nos hoje que o melhor e mais lógico seria uniformizar os atos sob um único rótulo – seja autorização, seja permissão de uso –, visto que a distinção atual causa aos estudiosos mais hesitações do que precisão quanto à qualificação jurídica. Como sistema, o correto seria adotar classificação básica dicotômica quanto a referidos atos de consentimentos: de um lado, a autorização de uso (ou permissão de uso), caracterizada como ato administrativo, e de outro a concessão de uso, com a natureza de contrato administrativo” (CARVALHO FILHO, 2009, p. 1108-1109).

⁵¹⁴ “[...] sendo a permissão a prima pobre da concessão, a autorização de uso é a prima pobre da permissão de uso, e portanto a prima *paupérrima* da concessão de uso. Mas não se inquietem os sociólogos e os antropólogos, pois que a linha da pobreza se encerra aí. Se a permissão de uso se presta a comportar transferências em geral provisórias ou precárias de uso, a autorização de uso serve a transferências precaríssimas, de curtíssima duração e insuscetíveis de ensejar sequer a, já não tão complexa, formalidade da permissão” (RIGOLIN, 2004).

público, razão pela qual se diverge da corrente doutrinária que defende a utilização da autorização ou permissão sob a justificativa da maior intensidade de interesse público.

Os juristas que aceitam o critério da variação do interesse público necessariamente aceitarão a discricionariedade da permissão de uso, pois para esses juristas caberá ao administrador público quantificar o interesse público e estabelecer um limite para hipóteses em que será utilizada a permissão em detrimento da autorização. Conforme já exposto, a apreciação discricionária existente no momento do consentimento do uso não existe. O Poder Público deve oferecer condições para que os interessados em usar o bem público tenham iguais condições de competir pelo uso por meio da licitação. Excepcionalmente a licitação será dispensada.

Ao longo de toda manutenção do vínculo, a administração pública concilia permanentemente a multiplicidade de interesses públicos existentes, podendo extinguir o vínculo quando o uso, pelo particular, de determinado bem público, não atender ao interesse público ou quando haja quebra de cláusula contratual. Em qualquer tipo de vínculo constituído pelo Poder Público, deve-se observar se o interesse público está sendo atendido.

Quanto à unilateralidade da permissão, entende-se que há um equívoco – já tratado no presente trabalho – da ideia de contrato que impede a aceitação da natureza contratual da permissão. Tratando a permissão como um contrato, deve-se obedecer aos dispositivos legais da Lei nº 8.666/93. Nesse ponto, conforme já explanado, cumpre destacar que a natureza contratual da permissão não elimina a incidência de norma de direito público sob o vínculo. A natureza de ato, e não de contrato, não é fator condicionante para a satisfação do interesse público, que continuará regendo todas as atividades administrativas.

Ao aceitar a natureza contratual da permissão, elimina-se a precariedade do instituto, entendida como a possibilidade de a administração pública extinguir o vínculo a qualquer tempo, sem direito a reparação pecuniária. Como o art. 57 da Lei nº 8.666/93 exige a estipulação de prazo, este impede a extinção do vínculo sem pagamento dos prejuízos sofridos.

Ora, é do interesse público a garantia desse pagamento, pois a ausência de reparação pecuniária poderia configurar enriquecimento ilícito da administração pública.

Sustenta-se, dessa forma, que a permissão de uso possui natureza contratual e, havendo necessidade de extinguir o vínculo, é dever do Poder Público reparar os danos sofridos pelo particular.

Compreendida a natureza jurídica da permissão de uso, passa-se à análise de sua utilização na Lei nº 9.637/98.

3.11 Permissão de uso de bens públicos pelas organizações sociais, dispensada a licitação

O art. 12, §3º da Lei nº 9.637/98 trata da utilização de bens públicos pelas organizações sociais mediante permissão de uso dispensada a licitação:

Art. 12. Às organizações sociais poderão ser destinados recursos orçamentários e bens públicos necessários ao cumprimento do contrato de gestão. [...]

§3º Os bens de que trata este artigo serão destinados às organizações sociais, dispensada licitação, mediante permissão de uso, consoante cláusula expressa do contrato de gestão.⁵¹⁵

Como a Lei nº 9.637/98 é federal, os bens trespassados às entidades qualificadas como organização social são de propriedade da União, razão pela qual se deve observar as normas que tratam da permissão de uso de bem público na órbita desse ente federativo.⁵¹⁶

Quanto aos bens utilizados pelas organizações sociais, o legislador não restringiu a qualidade desses bens, podendo, portanto, serem bens móveis ou imóveis, embora haja quem sustente a impossibilidade de se utilizar da permissão de uso para bem móvel.⁵¹⁷

Em razão da compreensão do presente estudo acerca da natureza jurídica da permissão de uso tratada nos itens anteriores, vale tratar da aplicação desse instituto no trespasse de bens às OS.

Conforme se observa do art. 12, §3º, acima transcrito, a permissão de uso de bens públicos não ocorre mediante instrumento contratual próprio de outorga, pois será no contrato de gestão que as disposições sobre a permissão de uso estarão elencadas.⁵¹⁸ De toda forma, a permissão de uso tratada na Lei nº 9.637/98 é veiculada mediante um contrato e não por meio de um ato unilateral. Logo, constata-se que o instituto é utilizado em consonância ao entendimento do presente trabalho acerca da natureza contratual da permissão de uso.

Tratando-se de um contrato, faz-se imperativa a estipulação de um prazo, conforme disposto no art. 57 da Lei nº 8.666/93, já tratado nos itens anteriores. Provavelmente, o prazo em que a entidade poderá utilizar o bem público encontra-se vinculado ao prazo do contrato de

⁵¹⁵ BRASIL, 1998a.

⁵¹⁶ O art. 22 da Lei nº 9.636/98 trata do instituto.

⁵¹⁷ “A idéia da permissão de uso de bem público *móvel* aberrava da teoria do direito público, porque para tal *empréstimo* o direito reserva outros institutos” (RIGOLIN, 2004). Não é esse o posicionamento adotado no presente estudo. No art. 13 da Lei nº 9.637/98 há menção expressa aos bens móveis públicos permitidos para uso que podem até serem permutados por outros de igual ou maior valor, condicionado a que os novos bens integrem o patrimônio da União, desde que haja prévia avaliação do bem e expressa autorização do Poder Público.

⁵¹⁸ Entende-se, no entanto, ser possível que todas as condições acerca da permissão de uso estejam previstas em instrumento contratual próprio – distinto do contrato de gestão – desde que haja previsão expressa da possibilidade de bens públicos serem cedidos às organizações sociais mediante permissão de uso, dispensada a licitação, no contrato de gestão.

gestão, haja vista o trespasse do bem estar expressamente previsto em uma das cláusulas desse instrumento contratual.

Consequentemente, a imposição de um prazo aos contratos de permissão de uso de bens públicos exige que a rescisão unilateral por parte da administração pública ocorra mediante pagamento de indenização. O Poder Público, dessa forma, não pode reaver o bem público sem a recomposição dos prejuízos comprovadamente sofridos pelo permitente.

Por isso, mesmo que a precariedade seja considerada uma característica da permissão de bens públicos pertencentes à União – conforme art. 22 da Lei nº 9.636/98 – deve-se entendê-la nos termos propostos pelo presente estudo, ou seja, a precariedade como característica da permissão não foi definida pelo legislador, podendo-se admitir sua utilização, por exemplo, para contratos de menor vulto e com prazos mais curtos, ao contrário da concessão, em que os prazos seriam mais estendidos e os objetos mais vultosos. Por isso, o valor dos bens cedidos às OS deve ser baixo e o prazo em que os bens serão cedidos não deve ser longo, obedecendo-se ao prazo do contrato de gestão, regido pela Lei nº 8.666/93.

Quanto ao juízo de discricionariedade existente no ato de consentir e no ato de retirar o uso do bem público pelo particular – sempre que o interesse público assim exigir – devem-se fazer algumas ressalvas.

Entende-se que o Poder Público deverá adotar procedimentos idôneos que possibilitem a todos os interessados disputarem o uso desse bem. A permissão de uso, via de regra, estará disposta integralmente no contrato de gestão, cuja celebração é antecedida de procedimento que garanta o princípio da isonomia e possibilite que o uso realizado pelo particular satisfaça da melhor maneira possível o interesse público.

Na hipótese de a permissão de uso ser veiculada por meio de instrumento contratual próprio – desde que no contrato de gestão exista cláusula expressa consentindo a permissão de uso de bens públicos pela organização social – dever-se-ia, antes da celebração desse contrato, realizar procedimento licitatório, quando possível.⁵¹⁹ Ocorre que o legislador não exigiu a licitação prévia ao trespasse do bem público, pois o art. 12, §3º, da Lei nº 9.637/98, dispensou a realização de licitação.⁵²⁰

⁵¹⁹ Mais uma vez observa-se que a realização de licitação previamente ao trespasse do bem público não impede a rescisão contratual unilateral, por razões de interesse público, desde que os prejuízos sofridos e comprovados sejam ressarcidos. A análise da conveniência e oportunidade da rescisão do contrato compete ao administrador público que justificará sua decisão, nos termos do art. 78, XII, da Lei nº 8.666/93.

⁵²⁰ Vale lembrar também que, nas contratações diretas, em que há dispensa de licitação, reconhece-se a viabilidade da competição entre interessados, mas a realização do procedimento licitatório demonstra-se incompatível com os valores norteadores das atividades administrativas, conforme bem explica Marçal Justen Filho: “a dispensa de licitação decorre do reconhecimento por lei de que os custos inerentes a uma licitação superam os benefícios que

Antes de tudo, cumpre destacar que é possível prever dispensa de licitação em leis que não a Lei nº 8.666/93.⁵²¹ A própria Lei nº 9.636/98 traz em seu art. 22, *caput*, hipótese de dispensa de licitação.

Outro ponto que merece destaque é que a ausência de licitação não importa na livre atuação administrativa, pois ainda assim se deve assegurar os princípios jurídicos fundamentais, cabendo ao administrador buscar a melhor contratação e também fornecer tratamento igualitário aos interessados em celebrar um contrato com a administração pública.⁵²² Nas contratações diretas, exige-se procedimento prévio, em que a observância de etapas e formalidades é imprescindível, salvo em situações extremas em que o cumprimento dessas exigências mostrar-se contrário ao interesse público. Após executar todo o procedimento interno necessário à contratação, pode a Administração constatar a inaplicabilidade do procedimento licitatório efetuando a contratação direta.⁵²³

Isso não importa no descumprimento do princípio da isonomia, pois de forma alguma a contratação direta permite atuação arbitrária pela administração pública. Ocorre que o uso de bens públicos pelas organizações sociais – por meio de permissão de uso, dispensada a licitação – insere-se no bojo dos atos de fomento realizados pela União, tais como a cessão de servidor público e o repasse de recursos públicos à entidade. Conforme já explicado, a efetivação do princípio da isonomia para o uso de bem público pelas OS ocorre na celebração do contrato de gestão.

Conclui-se, assim, que a permissão de uso de bens públicos pelas organizações sociais, mediante dispensa de licitação, ocorre em obediência à natureza do instituto defendida pelo presente estudo, pois a permissão de uso ocorrerá por meio de um contrato, com prazo

dela poderiam advir. A lei dispensa a licitação para evitar o sacrifício dos interesses coletivos e supraindividuais” (JUSTEN FILHO, 2012 p. 301).

⁵²¹ Desde que sejam normas promulgadas pela União, haja vista a competência para legislar sobre normas gerais de licitação.

⁵²² “Portanto, a contratação direta não significa eliminação de dois postulados consagrados a propósito da licitação. O primeiro é a existência de um procedimento administrativo. O segundo é a vinculação estatal à realização de suas funções” (JUSTEN FILHO, 2010, p. 295)

⁵²³ “Nas etapas iniciais, a atividade administrativa será idêntica, seja ou não a futura contratação antecedida de licitação. Em um momento inicial, a Administração verificará a existência de uma necessidade a ser atendida. Deverá diagnosticar o meio mais adequado para atender ao reclamo. Definirá um objeto a ser contratado, inclusive adotando providências acerca da elaboração de projetos, apuração da compatibilidade entre a contratação e as provisões orçamentárias. Tudo isso estará documentado em procedimento administrativo, externando-se em documentos constantes dos respectivos autos. A diferença residirá em que, no momento de definir as fórmulas para contratação, a Administração constará a inaplicabilidade das regras acerca de licitação. Assim, ao invés de elaborar o ato convocatório da licitação e instaurar a fase externa apropriada, a atividade administrativa interna desembocará na contratação direta. Ainda assim, não se admitirá que a Administração simplesmente contrate, sem observância de outras formalidades. Definido o cabimento da contratação direta, a Administração deverá pesquisar a melhor solução, tendo em vista os princípios da isonomia e da supremacia e indisponibilidade dos valores atribuídos à tutela estatal. Logo, deverá buscar a melhor solução, respeitando (na medida do possível) o mais amplo acesso dos interessados à disputa pela contratação” (JUSTEN FILHO, *op. cit.* p. 295-296).

determinado – perdurará no prazo estabelecido para o contrato de gestão – e não mediante ato unilateral, precário e discricionário. Também não atenderá ao interesse privado, pois a outorga de bem público à OS está vinculada a um atividade de interesse público.⁵²⁴

Ainda quanto ao uso de bens públicos pelas organizações sociais, observa-se que o legislador possibilitou que as OS permutem os bens públicos permitidos para uso, conforme dispõe o art. 13 da Lei nº 9.637/98:

Art. 13. Os bens móveis públicos permitidos para uso poderão ser permutados por outros de igual ou maior valor, condicionado a que os novos bens integrem o patrimônio da União.

Parágrafo único. A permuta de que trata este artigo dependerá de prévia avaliação do bem e expressa autorização do Poder Público.⁵²⁵

A permuta de bens é tratada no ordenamento como uma das formas de alienação. O art. 30 e o art. 23 da Lei nº 9.636/98 tratam da permuta de bens imóveis e impõem a necessidade de autorização do Presidente da República (podendo essa autorização ser delegada ao Ministro da Fazenda), parecer da Secretaria do Patrimônio da União (SPU) e realização de licitação, quando possível.⁵²⁶ Também a Lei nº 8.666/93, ao tratar em seu art. 17 da permuta, exige

⁵²⁴ Posicionamento contrário é o de Floriano de Azevedo Marques Netto, para quem a permissão de uso prevista na Lei das OS é imprópria. Tendo-se em vista o entendimento do autor acerca das características da permissão de uso – tratadas ao longo deste trabalho – vale transcrever sua opinião a respeito: “Como anteriormente dito, o Contrato de Gestão, firmado entre o poder público e as organizações sociais, pode envolver a conferência do direito de uso privativo de bens públicos. Pelo disposto no artigo 12, §3º, da Lei Federal nº 9.637/98, a conferência deste direito de uso se dará por permissão prevista no Contrato de Gestão. Como visto no tópico anterior [sobre permissão de uso de bens públicos], sendo objeto de permissão, este uso haveria de ser precário e não ter por objetivo um uso correspondente a um interesse público cuja consagração compita ao poder público permitente. À luz desta conceituação, devemos convir que a permissão prevista na Lei das OSs trata-se de uma permissão imprópria. Primeiro porque, sendo parte integrante de um Contrato de Gestão por meio do qual o poder público transfere a uma organização social a incumbência de executar uma atividade de interesse público nas áreas da saúde, educação, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, meio ambiente e cultura, a conferência desse direito de uso não é autônoma, mas ancilar à obrigação, cometida à OS que demanda necessidade de provisão dos meios necessários, inclusive o uso de bens públicos afetados a estas atividades. Vai daí que esta conferência do direito privado de uso será veiculada por um contrato (Contrato de Gestão) e não por um ato típico de permissão unilateral e discricionário. Segue também que ela não será precária, pois deverá perdurar enquanto vigente este Contrato de Gestão, não havendo previsão de cessação da dita permissão sem que haja a desqualificação da OS e extinção do Contrato de Gestão. Portanto, trata-se de uma permissão com uma precariedade bastante mitigada. Segundo porque a permissão subjacente ao Contrato de Gestão só é feita no bojo da transferência do conhecimento de uma função pública trespassada para a OS. Ou seja, ela se justifica e se atrela à continuidade do exercício de atividades de interesse coletivo (correspondentes ao interesse público), de modo que a razão de ser o uso privativo pelo ente privado (OS) é a própria continuidade desta função. Vai daí que não se poderá dizer que a permissão de uso e bens públicos conferida pelo Contrato de Gestão atende exclusiva ou mesmo primacialmente ao interesse privado. Temos, destarte, que a permissão referida na Lei nº 9.637/98 é atípica ao não apresentar o requisito da precariedade, subjazendo a um ato negocial (no caso, o Contrato de Gestão) e estando atrelada ao cumprimento de um interesse predominantemente público, correspondente ao exercício da atividade cuja execução fora cometida à Organização Social” (MARQUES NETTO, *op. cit.* p. 346-347).

⁵²⁵ BRASIL, 1998a.

⁵²⁶ “Art. 23. A alienação de bens imóveis da União dependerá de autorização, mediante ato do Presidente da República, e será sempre precedida de parecer da SPU quanto à sua oportunidade e conveniência. §1º – A alienação ocorrerá quando não houver interesse público, econômico ou social em manter o imóvel no domínio da União,

licitação prévia, avaliação e autorização legislativa.⁵²⁷ A licitação será dispensada se obedecer ao disposto no art. 24, X, da Lei nº 8.666/93.⁵²⁸

A Lei nº 9.637/98 não exigiu licitação prévia à permuta do bem público e a OS não está obrigada a licitar, nos termos da Lei nº 8.666/93, por isso a permuta dos bens realizada por ela não está condicionada à licitação prévia, mas sim à prévia avaliação do bem e à expressa autorização do Poder Público, para cada bem a ser permutado.

3.12 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 – art. 24, XXIV da Lei nº 8.666/93

O art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93, dispensa a licitação para a celebração de contratos de prestação de serviços com as OS qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, **para atividades contempladas no contrato de gestão.**⁵²⁹

No julgamento da ADI nº 1923/DF, a maioria dos Ministros entendeu inexistir inconstitucionalidade na dispensa de licitação para celebração de contratos com as organizações sociais. O Ministro Eros Grau, por sua vez, votou pela inconstitucionalidade do art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93: “Não há razão nenhuma a justificar a **celebração de contrato de gestão** com as organizações sociais, bem assim a destinação de recursos orçamentários e de bens públicos e imóveis a elas, **tudo com dispensa de licitação.**”⁵³⁰

nem inconveniência quanto à preservação ambiental e à defesa nacional, no desaparecimento do vínculo de propriedade. §2º – A competência para autorizar a alienação poderá ser delegada ao Ministro de Estado da Fazenda, permitida a subdelegação. Art. 30. Poderá ser autorizada, na forma do art. 23, a permuta de imóveis de qualquer natureza, de propriedade da União, por imóveis edificadas ou não, ou por edificações a construir. §1º – Os imóveis permutados com base neste artigo não poderão ser utilizados para fins residenciais funcionais, exceto nos casos de residências de caráter obrigatório, de que tratam os arts. 80 a 85 do Decreto-Lei nº 9.760, de 1946. §2º – Na permuta, sempre que houver condições de competitividade, deverão ser observados os procedimentos licitatórios previstos em lei” (BRASIL, 1998d).

⁵²⁷ “Art. 17. A alienação de bens da Administração pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas: I – quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência, dispensada esta nos seguintes casos: [...] c) permuta, por outro imóvel que atenda aos requisitos constantes do inciso X do art. 24 desta Lei” (BRASIL, 1993a).

⁵²⁸ “Art. 24 [...] X – para a compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípuas da administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia” (BRASIL, 1993a).

⁵²⁹ “Art. 24 [...] 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.” (BRASIL, 1993a), destaque nosso.

⁵³⁰ BRASIL, 2007a, destaque nosso.

Assim como o Ministro Eros Grau, parte da doutrina argumenta pela inconstitucionalidade do art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93.

Entende-se, *data venia*, que a hipótese de dispensa tratada no art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93 vem recebendo tratamento equivocado da doutrina e da jurisprudência, pois esses juristas entendem que há contratação direta para a celebração do contrato de gestão.⁵³¹

Conforme já defendido no presente estudo, os contratos de gestão devem, necessariamente, ser precedidos de licitação. Após a celebração do contrato de gestão é que será confirmada a dispensa de licitação para a celebração de contratos de prestação de serviços relativos às atividades contempladas no contrato de gestão.⁵³² Ou seja, licita-se para celebrar o contrato de gestão e, posteriormente, poderá ser celebrado contrato de prestação de serviços com a OS que tenha se sagrado vencedora do certame, mediante dispensa de licitação. Dessa forma, não há que se questionar ausência de isonomia, pois a OS demonstrou estar apta a celebrar contrato administrativo com o Estado e, a partir de então, o Poder Público poderá fomentá-la.

Aqui, vale destacar que, ao contrário do que sustenta Marçal Justen Filho, essa hipótese de dispensa não se estende a outras entidades que não sejam as OS, qualificadas nos termos da Lei nº 9.637/98.⁵³³

O art. 24, XXIV, deve ser interpretado de forma restritiva, pois é válido somente para as OS, já que essas entidades distinguem-se das OSCIP. Uma das grandes diferenças entre ambos os modelos de qualificação é a presença dos representantes natos do Poder Público no conselho de administração das OS.

Na OS, o Estado utiliza-se de uma estratégia distinta de atuação na ordem social, pois há um compartilhamento de controle da entidade em contrapartida aos aportes singulares

⁵³¹ Conforme bem explica Gustavo Alexandre Magalhães: “[...] a hipótese de dispensa de licitação incluída no art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93, vem sendo interpretada como autorização de contratação direta para a celebração dos contratos de gestão entre a Administração pública e as organizações sociais, e não como hipótese de contratação direta para os futuros contratos de prestação de serviço” (MAGALHÃES, 2012, p. 257).

⁵³² “Com efeito, se houver licitação prévia para a seleção da OS que vai celebrar o contrato de gestão, a celebração dos contratos de prestação de serviços decorrentes das metas estabelecidas anteriormente poderia ser dispensada da realização de licitação. E foi exatamente isso o que fez o legislador ao incluir o inciso XXIV no art. 24 da Lei nº 8.666/93” (MAGALHÃES, 2012, p. 257).

⁵³³ “À organização da sociedade civil de interesse público se aplicam todas as considerações realizadas acima a propósito da contratação com organizações sociais, naquilo em que forem compatíveis com a sua natureza. Nem seria a utilização da denominação *termo de parceria* que desnaturaria o vínculo jurídico pactuado com a Administração. O termo de parceria está para a organização a sociedade civil de interesse público como o contrato de gestão está para a organização social. A natureza jurídica de ambas as figuras é similar. Portanto e nas condições antes expostas, deve adotar-se licitação para a seleção de uma entidade a ser beneficiada por recursos e verbas públicas. Uma vez promovida a seleção, seria possível que **as contratações derivadas e acessórias se fizessem sem licitação**” (JUSTEN FILHO, 2012, p. 394, destaque nosso). No mesmo sentido defendido no presente estudo: MAGALHÃES, 2012, p. 258.

feitos pela administração pública. Há, portanto, uma justificativa lógica para dispensar a licitação quando da celebração de contrato de prestação de serviço das atividades dispostas no contrato de gestão. A sinergia existente entre o Estado e a OS (parte em um contrato de gestão) justifica a dispensa de licitação.

Além do aspecto referente à pessoa contratada (OS qualificada nos termos da Lei nº 9.637/98), há que se observar o aspecto do objeto do contrato de prestação de serviços. Deve-se tratar de contrato em que os serviços prestados estejam inseridos no âmbito das atividades constantes do contrato de gestão firmado, não podendo as OS serem contratadas para qualquer tipo de serviço. Esse, também, é o posicionamento do TCU.⁵³⁴

Outra justificativa para a dispensa de licitação disposta no art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93, refere-se ao cumprimento da função regulatória da licitação, que visa induzir determinadas práticas sociais. A dispensa, nesse caso, pode ser um meio de fomentar a atuação das OS, que são entidades que visam à satisfação do interesse público.⁵³⁵

⁵³⁴ “Os requisitos de aplicação do dispositivo são, portanto, referentes a dois aspectos, isto é, a pessoa do contratado (“Organizações Sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo”) e o objeto da contratação (“prestação de serviços para atividades contempladas no contrato de gestão”). [...] 20. Com base nas considerações supra, conclui-se que o inciso XXIV do art. 24 da Lei nº 8.666/93 deve ser interpretado restritivamente, significando que, se a lei estabelece como requisito para contratação que a pessoa jurídica seja Organização Social, o contratado deve atender essa condição de maneira estrita. Resulta que, sob o mencionado fundamento legal, não é admissível a contratação de pessoa jurídica não detentora do título, ainda que seu regime jurídico ou seus objetivos sejam assemelhados aos das Organizações Sociais. Por conseguinte, o dispositivo somente poderá ser aplicado nos casos em que a pessoa jurídica a ser contratada tenha sido qualificada como Organização Social, nos termos da Lei nº 9.637/98, pela esfera de governo contratante, não se admitindo a ulterior subcontratação do objeto em face do caráter personalíssimo da avença. [...] 23. Nessa linha de raciocínio, conclui-se que os Serviços Sociais Autônomos somente poderiam ser contratados por dispensa de licitação com base no art. 24, inciso XXIV, da Lei nº 8.666/93, caso atendam sobretudo aos requisitos contidos nos arts. 2º, 3º e 4º da Lei 9.637/98 e venham a ser formalmente qualificados, por ato do Poder Executivo, como Organizações Sociais nos termos do art. 1º da mesma Lei e, ainda, caso o objeto da contratação seja relacionado às atividades incluídas em contrato de gestão celebrado com a esfera de governo à qual pertence o órgão ou entidade contratante” (BRASIL, 2004b).

⁵³⁵ Nesse sentido, filia-se ao entendimento disposto no voto do Ministro Carlos Ayres Brito, quando da análise do mérito da ADI 1923: “A dispensa de licitação aí estatuída tem uma finalidade que a doutrina contemporânea denomina de *função regulatória da licitação*, através da qual licitação passa a ser também vista como mecanismo de indução de determinadas práticas sociais benéficas. 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, em idêntica linha ao que prevê o agora impugnado inciso XXIV. Ou seja, a finalidade da dispensa criada pela Lei nº 9.648/98, ao incluir o inc. XXIV do 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” (BRASIL, 2007a).

Por fim, destaca-se que a dispensa não alcança os contratos de prestação de serviços da OS com os Estados, o DF e os Municípios, pois se deve limitar à União que é a entidade qualificadora e fomentadora da OS.⁵³⁶

⁵³⁶ No mesmo sentido: JUSTEN FILHO, 2012, p. 395. A dispensa à licitação para a celebração de contratos de prestação de serviços com as OS qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão, não se confunde com as contratações realizadas pelas organizações sociais com dinheiro público. Conforme art. 17 da Lei nº 9.637/98: “a organização social fará publicar, no prazo máximo de noventa dias contado da assinatura do contrato de gestão, regulamento próprio contendo os procedimentos que adotará para a contratação de obras e serviços, bem como para compras com emprego de recursos provenientes do Poder Público.” Ou seja, a OS não necessita de licitar para contratar com terceiros. Ora, à luz dos princípios constitucionais, é plenamente lógico que as OS editem regulamento próprio de compras buscando agilidade e flexibilidade em sua atuação. Vale destacar que, ao analisar o mérito da ADI 1.923-5/DF, o Ministro Carlos Ayres Britto sustentou que as OS não compõem a administração pública, razão pela qual não estão sujeitas à regra da licitação nos contratos celebrados com terceiros, mas apenas à observância do núcleo essencial dos princípios definidos no *caput* do art. 37, pois recebem servidores, bens e recursos públicos.

4 O FOMENTO ÀS ORGANIZAÇÕES E SEU ENQUADRAMENTO NO REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

Compreendidas as características das organizações sociais, faz-se necessário definir se o fomento altera a natureza jurídica da entidade, a ponto de considerá-las como entidades públicas, ou se trata-se apenas de um meio específico de fomento, sem qualquer alteração na natureza jurídica das entidades (associações ou fundações privadas).

O questionamento é válido à medida que parte da doutrina argumenta que as OS devem ser tratadas como autarquias. Segundo Ricardo Marcondes Martins, as OS não recebem auxílio estatal, pois, por meio do contrato de gestão, o Estado passa recursos públicos, bens e agentes públicos, ou seja, tudo é público, menos a gestão, razão pela qual não se trata de fomento.⁵³⁷ Ainda segundo o autor, em razão das centenas de entidades qualificadas e com o contrato de gestão firmado, faz-se necessário encontrar uma solução à luz da Constituição. Por isso ele propõe que:

Ao receber a qualificação de OS e celebrar o contrato de gestão, a entidade pública torna-se uma *pessoa jurídica de direito público*, transforma-se numa **autarquia**. A saída dogmática é coerente com a denominação dada pelo legislador: *programa de publicização*. Nada mais lógico: se o *fundo* é integralmente público, o *regime jurídico* incidente sobre ele deve ser *integralmente* público e, como bem assinalou Celso Antônio Bandeira de Mello em sua magistral tese de livre docência, o que define a autarquia é o regime jurídico incidente sobre a entidade, de modo que se a entidade sujeitar-se ao regime de direito administrativo será, necessariamente, uma *autarquia*. Daí, por exemplo, se a OS, por meio do fundo público, causar danos aos particulares, *responde objetivamente* e se não possuir condições de saldar seu débito, o Estado responde *subsidiariamente*.⁵³⁸

Embora o art. 37, XIX, da CR/88, exija a promulgação de uma lei específica para a constituição de uma autarquia – sendo inválida a constituição por meio de um simples ato administrativo que qualifica uma pessoa jurídica – argumenta o autor, que o ato inválido de

⁵³⁷ “O que vem ocorrendo no mundo fenomênico não é a ajuda estatal. Pelo ‘contrato de gestão’, o Estado passa *recursos financeiros, bens e agentes públicos* para as OSs. Perceba-se: ele, na prática, *faz tudo*, exerce a atividade. A única coisa que o Estado não faz é *gerenciar*: tudo é público, exceto a *gestão*. Isso não é fomento! De maneira prosaica, ao invés de ajudar a pescar, o Estado fornece o anzol, a isca, o pescador, remunera o pescador e, ainda, paga um valor pecuniário ao particular enquanto este aguarda a pescaria. [...] A privatização da gestão, nesses termos, é absolutamente injustificada: a premissa ideológica de que o Estado é ineficiente não tem o condão de justificar a entrega nesses termos de tantos recursos públicos ao particular. Nem é correto dizer que pela OS o Estado vem em *auxílio* do particular, pois não é auxílio. Também não há apenas uma privatização. Difícil de explicar tamanho absurdo: a atividade é considerada ‘privada’ e, por isso, a gerência é privada, mas tudo que se faz necessário para exercer a atividade é público – o dinheiro, os bens e os agentes continuam sendo públicos” (MARTINS, 2010, p. 297-298).

⁵³⁸ MARTINS, *op. cit.* p. 298-299.

qualificação produz efeitos jurídicos e, à luz da Constituição, as OS devem ser consideradas autarquias inteiramente sujeitas ao regime jurídico de direito público.⁵³⁹

Já Andrea Nunes questiona a integração das OS no terceiro setor, pois a participação do Poder Público no conselho de administração dessas entidades dificulta a identificação clara entre os setores público e privado.⁵⁴⁰

O presente estudo sustenta, no entanto, que a Lei nº 9.637/98 dispõe sobre um meio de fomento estatal, podendo-se alocar as OS no rol de organizações do terceiro setor. A fim de explicitar essa afirmação, vale tratar das principais características das organizações do terceiro setor e de algumas entidades que possivelmente influenciaram a constituição do modelo das OS.

4.1 Definição e abrangência do termo terceiro setor

O terceiro setor constitui-se por organizações criadas voluntariamente por particulares, cujas atividades, licitamente desenvolvidas, não possuem finalidade lucrativa e buscam o desenvolvimento de interesses sociais relevantes. Constitui-se, assim, em um setor da sociedade civil que nem pertencem ao Estado (primeiro setor) nem ao mercado (segundo setor)⁵⁴¹. Esse novo segmento da sociedade civil organizada assemelha-se ao segundo setor em razão das normas de direito privado que o rege e também se aproxima do primeiro setor em razão das atividades de interesse público exercidas.⁵⁴²

O terceiro setor pressupõe, assim, autonomia em relação ao Estado e ao mercado, por isso as entidades do terceiro setor não podem ser vinculadas à administração direta nem

⁵³⁹ MARTINS, 2010, p. 305-306 e 313.

⁵⁴⁰ NUNES, 2006, p. 27. O questionamento acerca do modelo das OS existem desde a promulgação da Lei nº 9.637/98, conforme lições de Juarez Freitas constantes na nota de rodapé nº 4.

⁵⁴¹ “O mercado é o lugar em que atuam os agentes da atividade econômica, e em que se encontram a oferta e a demanda de bens e em que, conseqüentemente, se determinam o preço e as quantidades. Para que essa atuação possa realizar-se de maneira eficiente, de forma a permitir a todos a plena expansão de sua atividade, é necessário assegurar a todos aqueles agentes uma adequada possibilidade de exercerem sua atividade. Para que tal aconteça, será imprescindível que todos tenham garantida a possibilidade de entrar no mercado, de nele permanecer e de sair dele a seu exclusivo critério” (FONSECA, 2007, p. 02)

⁵⁴² “Guarda, no entanto, uma coesa e simbiótica relação com ambos os setores, na medida em que a identidade do terceiro setor deriva da conjugação entre a atuação flexível do segundo e as finalidades públicas do primeiro setor. Dessa forma, o terceiro setor é composto por entidades que não possuem finalidade lucrativa e que prestam serviços em áreas de reconhecido interesse público” (MAGALHÃES, 2012, p. 53).

indireta.⁵⁴³ Embora possam formalizar algum vínculo com o Estado, submetem-se ao regime jurídico de direito privado, pois sua criação e manutenção deve ser livre.⁵⁴⁴

Outra característica das entidades do terceiro setor é o desempenho de atividades de interesse público, sem finalidade lucrativa, o que não se confunde com a impossibilidade de as entidades buscarem superávit orçamentário. Ou seja, veda-se a distribuição do superávit entre os sócios ou acionistas, mas não se impede a busca de um saldo orçamentário positivo.

Em relação ao surgimento das entidades do terceiro setor, desde o século XV foram constituídas no Brasil inúmeras instituições de beneficência, caridade e filantropia, como as Santas Casas de Misericórdia e a Cruz Vermelha, que poderiam ser definidas como organizações do terceiro setor.⁵⁴⁵ Embora as entidades do terceiro setor existam há séculos no Brasil, foi a partir da década de noventa, especialmente com a Conferência da ONU sobre o Meio Ambiente (Rio-92), que a sigla ONG (Organização Não Governamental) ganhou repercussão em território nacional.⁵⁴⁶ No Brasil, o termo terceiro setor também começou a ser utilizado, efetivamente, na década de noventa.⁵⁴⁷ Apenas com o advento do Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado, desenvolvido em 1995, é que os juristas começaram a tratar

⁵⁴³ “As organizações não governamentais nascem da iniciativa livre e espontânea dos indivíduos com vistas a uma atuação coletiva. Nenhuma barreira estatal será tolerada pelo sistema constitucional no tocante à criação das mesmas, a não ser aquele rol restrito de formalidades fixado em lei a fim de que se lhes reconheça a existência legal a partir do registro de seus atos constitutivos” (REGULES, 2006, p. 51-52).

⁵⁴⁴ Em sentido contrário é o posicionamento de Maria Tereza Fonseca Dias, que defende a vinculação a um regime híbrido, pois para a autora as entidades do terceiro setor necessariamente estarão vinculadas a deveres jurídicos de direito público, Cf: DIAS, *op. cit.* p. 179-181. Em consonância com o posicionamento defendido no presente estudo: “Não se pode dizer que há incidência do regime jurídico de direito público *sobre as entidades do terceiro setor*, mas sim imposição das normas jurídico-administrativas *em decorrência de eventuais relações jurídicas celebradas com o Estado*. Não se pode generalizar como característica de todas as organizações não governamentais a incidência do regime jurídico-administrativo, de modo que tal peculiaridade só vai aparecer quando forem celebrados convênios administrativos entre a ONG e a Administração” (MAGALHAES, 2012, p. 67).

⁵⁴⁵ VIOLIN, 2010, p. 120.

⁵⁴⁶ “Nesse período surge um tipo de organização, caracterizado por entidades focadas em questões de interesse público, capazes de formular projetos, monitorar sua execução e prestar contas de suas finanças – as Organizações Não Governamentais. As ONGs dos anos 90, diferente do que ocorria com os movimentos sociais setentistas e oitentistas, recebem suporte financeiro – especialmente originário da cooperação internacional” (OLIVEIRA, Gustavo 2007, p. 18-19).

⁵⁴⁷ LEONARDO, 2007, p. 39. No mesmo sentido: VIOLIN, 2010, p. 121.

com maior frequência e profundidade das organizações do terceiro setor.⁵⁴⁸ Já nos Estados Unidos, o termo *third sector* foi difundido a partir da década de setenta.⁵⁴⁹

Em verdade, o enxugamento da “máquina administrativa” proposto pela administração pública, especialmente ao longo dos dois mandatos do ex-presidente Fernando Henrique Cardoso (1994-1998; 1998-2002), dá-se início a uma nova fase para o terceiro setor, marcada pelo aumento do subsídio estatal.⁵⁵⁰ A maior transferência de recursos públicos para as entidades do terceiro setor não foi mero acaso. A proposta é de retração do agir estatal, que deveria concentrar-se em atividades em que sua presença se fizesse vital (atividades de fiscalização, legislação e jurisdicional, entre outras), transferindo para a iniciativa privada tarefas que poderiam ser desenvolvidas por atores privados com intuito lucrativo (serviços públicos econômicos a serem concedidos ou permitidos) ou não.

Por isso, o Estado não só ampliou o número de normas acerca do tema, mas também fomentou o crescimento e o desenvolvimento de organizações do terceiro setor. Nas últimas duas décadas, o terceiro setor cresceu de forma exponencial, não só no Brasil, mas em todo o mundo.⁵⁵¹ No ano de 2007, por exemplo, a participação das organizações do terceiro setor no

⁵⁴⁸ “Os trabalhos acadêmicos produzidos no Brasil com base na terminologia *terceiro setor* são datados: começaram a ser produzidos a partir da segunda metade da década de noventa do século passado, sob a ótica sobretudo das Ciências Sociais, da Antropologia e da Ciência Política. O termo terceiro setor somente começou a ser utilizado pelos juristas brasileiros após o advento do Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado e dos estudos desenvolvidos, também no âmbito do Governo Federal, a partir de 1996, pelo Conselho da Comunidade Solidária, coordenado, entre outros atores, pela antropóloga e ex-primeira dama, Ruth Cardoso. Isso se deve ao fato de os primeiros estudos sobre o tema estarem mais preocupados em compreender os novos fenômenos societários que se apresentavam, como movimentos populares, movimentos sociais, associações voluntárias, entre outros, muitos deles despidos de qualquer oficialidade” (DIAS, 2008, p. 97-98).

⁵⁴⁹ FERNANDES, 2000, p. 25. Quanto ao termo “terceiro setor” muitas são as expressões para tratar do tema: “Note-se que há várias outras designações para este ‘termo’, como ‘setor não lucrativo’ (*non profit sector*), ‘setor de utilidade pública’, ‘economia social’ (utilizado na França, onde, em vez de ‘*troisième secteur*’, os franceses chamam de ‘*troisième système*’, ‘setor público não estatal’, ‘setor voluntário’ (*voluntary sector*, nos países anglo-saxões), ‘setor independente’ (*independente sector*), ‘organizações não lucrativas’ (também nos países anglo-saxões), organizações não governamentais (nos países periféricos e semiperiféricos), sociedade civil organizada, organizações voluntárias etc” (VIOLIN, *op. cit.* p. 128-129).

⁵⁵⁰ A atuação privada no campo do terceiro setor nem sempre se deu de forma tão dependente do Poder Público. Ao contrário, as entidades, de início, mantinham vínculos mais estritos com empresas privadas, que se valiam das entidades despidas de caráter especulativo como moeda de marketing.

⁵⁵¹ Segundo um trabalho realizado pelo IBGE, de 2002 a 2005 houve um acréscimo de 22,6% no número de associações e fundações sem fins lucrativos, que passaram de 275,9 mil em 2002 para 338,2 mil em 2005. Entre 2006 e 2010, observou-se um crescimento de 8,8% das fundações privadas e associações sem fins lucrativos no Brasil, expansão significativamente menor do que a observada no período de 2002 a 2005 (22,6%), e de 15,9% no pessoal assalariado, com aumento real de 6,2% nos salários médios mensais. Em números absolutos, o maior crescimento foi o das entidades religiosas, o que significou a criação de 11,2 mil entidades ou quase a metade (47,8%) do total das 23,4 mil criadas no período, cf.: BRASIL, 2010a. A título de comparação, vale destacar que em 2005, nos Estados Unidos: “[havia] 1,2 milhão de organizações sociais sem fins lucrativos ou organizações de serviços. Dez por cento de sua força de trabalho remunerada encontra-se nesse setor. Se o setor sem fins lucrativos fosse uma economia, seria a sétima maior economia do mundo. Há terceiros setores crescentes, porque muitos países têm uma população jovem. O setor de ONGs está crescendo mais rapidamente do que os outros dois” (RIFKIN, 2005, p. 20).

Produto Interno Bruto (PIB) chegou a 1,4%, o que representa aproximadamente 32 bilhões de reais.⁵⁵² Justamente em meados da década de noventa, durante esse período de aumento do repasse de verbas às entidades do terceiro setor, foi promulgada a Lei nº 9.637/98.

Compreendidas as principais características das entidades do terceiro setor e o momento histórico em que a Lei nº 9.637/98 foi promulgada, faz-se necessário analisar as características de algumas entidades que influenciaram o modelo das OS.

4.2 Entidades semelhantes às organizações sociais

Para que se possa compreender o modelo das OS e sua adequação às características das entidades pertencentes ao terceiro setor, impende demonstrar a existência de outras entidades que possivelmente influenciaram o modelo das OS. Inicialmente, serão analisadas as *quangos* (*quasi autonomous non-governmental organizations*), que foram mencionadas por Luiz Carlos Bresser Pereira, no PDRAE. Posteriormente, serão analisados os Serviços Sociais Autônomos, com destaque ao Serviço Social Autônomo Associação das Pioneiras Sociais, que, para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, foi a entidade que serviu de inspiração às OS.

4.2.1 *Quangos: quasi autonomous non-governmental organizations*

Parte da doutrina, incluindo o ex-ministro do MARE, Luiz Carlos Bresser Pereira, sustenta que as OS derivam de figuras semelhantes existentes na Grã-Bretanha, as chamadas *quangos* (*quasi autonomous non-governmental organizations*).⁵⁵³ Bresser Pereira defendeu a experiência das *quangos* na Grã-Betanha, em diversas ocasiões, chegando a afirmar que:

A partir da transformação dos hospitais estatais ingleses em organizações sociais e da adoção de um sistema de quase mercado, levando-os a competir pelas verbas públicas, o National Health Service (que é público não-estatal) tornou-se um sistema de alta eficiência. Ele custa por habitante/ano o equivalente à metade do sistema de saúde francês (que é estatal) e a um terço do sistema americano (que é privado).⁵⁵⁴

Tendo-se em vista que o próprio Bresser-Pereira reconhecia a influência das *quangos* no projeto das Organizações Sociais, entende-se, em concordância com Cristina

⁵⁵² IPEA, 2012.

⁵⁵³ VIOLIN, 2010, p. 201.

⁵⁵⁴ BRESSER-PEREIRA (*apud* PIRES, ano 15, n. 4, p. 245-255, abr. 1999)

Andrade Melo, que é “adequado que o estudioso do direito trabalhe com essa realidade na análise do tema.”⁵⁵⁵

O termo *quango* surgiu na década de 70 e não é oficial. Trata-se de um acrônimo formado pela expressão: *quasi autonomous non-governmental organizations*. A expressão é utilizada para: “[...] descrever uma entidade pública cuja função é o desenvolvimento, a administração e execução de políticas públicas em proximidade com os ministros.”⁵⁵⁶

No Reino Unido, o termo oficial é *non-departmental public body* (NDPB) e foi definido em 2009 como: “um órgão que tem um papel no governo nacional, mas não é um departamento do governo ou parte dele, e que opera de acordo com um grau maior ou menor de proximidade com os Ministros.”⁵⁵⁷

De acordo com um documento oficial do Parlamento inglês, *The Quango Debate*, uma das razões para a criação dessas entidades foi: “permitir aos Ministros e burocratas a adoção da ideologia do mercado privado, o qual se acredita ser mais barato e inerentemente mais eficiente, responsável e inovador que o serviço público”.⁵⁵⁸

Primeiramente, cumpre observar as áreas de atuação das *quangos* (NDPB), nos termos utilizados no Reino Unido:

- a) *NDPBs executivas*: tipicamente instituídas por lei e realizadoras de funções executivas, administrativas; reguladoras e/ou empresariais. Exemplos: Agência do Meio Ambiente, Agência de Desenvolvimento Regional, museus e galerias nacionais;
- b) *NDPBs consultivas*: disponibilizam conselhos independentes e técnicos aos Ministros em uma gama de controvérsias. Exemplos: *low Pay Commission*, *Committee on Standards in Public Life*;
- c) *NDPBs tribunal*: possuem jurisdição em uma área especializada do direito. Exemplo: Tribunal de Recursos Fiscais; membros independentes de monitoramento de prisões; centros de remoção de imigração e quartos de detenção de imigração – anteriormente

⁵⁵⁵ MELO, Cristina, 2011, p. 65.

⁵⁵⁶ REINO UNIDO, 2005. Vale transcrever a definição do wikipedia: “Quango ou qango é um acrônimo (diversamente enunciado como non-governmental organisation, quasi-autonomous non-governmental organisation e quasi-autonomous national government organisation) utilizada, normalmente no Reino Unido, Irlanda, Austrália e outros lugares para rotular coloquialmente uma organização em que o governo desconcentra de poder” (WIKIPÉDIA, 2010). Tradução livre do inglês.

⁵⁵⁷ REINO UNIDO, 2009. Tradução livre do inglês.

⁵⁵⁸ REINO UNIDO, 2005. Tradução livre do inglês. Segundo Cristina Andrade Melo: “A intensificação das *quangos* na Grã Betanha coincide com as medidas de contenção do aparelho estatal adotadas pelo Governo de Margaret Thatcher a partir de 1980, época em que várias atividades não exclusivas do Estado foram transferidas do setor estatal para o setor público não estatal. Um dos vários objetivos apontados para a criação das *quangos* é a introdução de práticas típicas do mercado privado no serviço público, as quais, acreditava-se, eram mais econômicas e eficientes” (MELO, Cristina, 2011, p. 63).

conhecidos como Comissão de Visitantes, são ‘*cães de vigia*’ independentes do sistema prisional.⁵⁵⁹

Pela atuação dessas entidades, percebe-se a dificuldade em compreendê-las. O próprio parlamento britânico reconhece que o termo é utilizado para cobrir uma gama ainda maior de entidades, podendo, por exemplo, incluir a rede de televisão BBC e o Banco da Inglaterra.⁵⁶⁰

Quanto à eficiência das *quangos*, desde a década de 90 já eram constantes as discussões acerca da atuação dessas entidades, seja em razão do alto custo que demandavam, seja pelo elevado número de entidades e também pela ausência de representatividade.⁵⁶¹

Devido a essa insatisfação, desde 1997, tem-se tomado uma série de medidas para garantir a adoção de boas práticas pelas *quangos*. Inclusive, no ano de 2010, o objeto do discurso real, na abertura do parlamento, foi o custo que as *quangos* representam para o Estado. Apontou-se que as diretrizes a serem seguidas seriam a adoção de práticas mais transparentes, como a prestação de contas, por exemplo, e a prerrogativa dos ministros abolirem, fundirem ou transferirem funções.⁵⁶²

Entretanto, percebe-se que a ausência de uma regulação legal e a enorme diferença dos sistemas jurídicos adotados faz com que a compreensão do instituto das *quangos* seja bastante árdua e infértil.

Por isso, a comparação entre as *quangos* e as OS não é razoável, pois o termo *quango* não é oficial e sequer é possível delimitar, com exatidão, a natureza jurídica do instituto. Por isso, ao identificar as *quangos* como modelo inspirador das OS, crê-se que o Ministro Luiz Carlos Bresser Pereira apenas apontou um norte a ser seguido sem que seja possível afirmar que foram as *quangos* as responsáveis pela orientação da constituição do modelo das organizações sociais.

4.2.2 Serviço Social Autônomo

A origem das organizações sociais, na literatura jurídica brasileira, remonta do PDRAE e, apesar do próprio Luiz Carlos Bresser Pereira reconhecer que as *quangos* britânicas

⁵⁵⁹ REINO UNIDO, 2011.

⁵⁶⁰ REINO UNIDO, 2011.

⁵⁶¹ MELO, Cristina, 2011, p. 65.

⁵⁶² REINO UNIDO, 2005.

serviram de inspiração para as OS, questiona-se se não havia no ordenamento jurídico brasileiro outra entidade com características mais semelhantes às OS.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, por exemplo, sustenta que a inspiração do projeto das organizações sociais foram os chamados serviços sociais autônomos, especialmente o Serviço Social Autônomo ‘Associação das Pioneiras Sociais’. Antes de tratar desta entidade, importante compreender as características comuns de todos os serviços sociais autônomos.

Os serviços sociais autônomos são entidades cuja criação remonta da década de 40, mas que ainda não possuem uma definição legal.⁵⁶³ Parte da doutrina adota a definição elaborada por Hely Lopes Meirelles:

Serviços Sociais Autônomos são todos aqueles instituídos por lei, com personalidade de Direito Privado, para ministrar assistência ou ensino a certas categorias sociais ou grupos profissionais, sem fins lucrativos, sendo mantidos por dotações orçamentárias ou por contribuições parafiscais. São *entes parafiscais, de cooperação com o poder Público*, com administração e patrimônio próprios, revestindo a forma de instituições particulares convencionais (fundações, sociedades civis ou associações) ou particulares ao desempenho de suas incumbências estatutárias. São exemplos desses entes os diversos serviços sociais da indústria e do comércio (SENAI, SENAC, SESC, SESI), com estrutura e organização especiais, genuinamente brasileiras. Essas instituições, embora oficializadas pelo Estado, não integram a Administração direta nem a indireta, mas trabalham ao lado do Estado, sob seu amparo, cooperando nos setores, atividades e serviços que lhes são atribuídos, por considerados de interesse específico de determinados beneficiários. Recebem, por isso, oficialização do Poder Público e autorização legal para arrecadarem e utilizarem na sua manutenção *contribuições parafiscais*, quando não são subsidiadas diretamente por recursos orçamentários da entidade que as criou.⁵⁶⁴

Floriano de Azevedo Marques Neto e Carlos Eduardo Bargamini Cunha distinguem os serviços sociais autônomos em três espécies ou tipos.⁵⁶⁵ Os autores agrupam cada entidade segundo as características essenciais, os fundamentos de atuação e os mecanismos de fomento utilizados.

O primeiro grupo são as entidades do Sistema S, que engloba as clássicas entidades conhecidas como Serviço Social do Comércio (Sesc), Serviço Social de Aprendizagem Comercial (Senac), Serviço Nacional da Indústria (Sesi) e Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (Senai). As primeiras entidades surgiram na década de 40, com a edição do Decreto-

⁵⁶³ “Acerca do aspecto histórico dessas entidades, é importante destacar que, em 1942, no chamado ‘Estado Novo’, o então presidente Getúlio Vargas, buscando atender à necessidade de formação de mão de obra para a incipiente indústria de base, criou, por meio do Decreto-Lei nº 4.048, o Serviço Nacional de Aprendizagem dos Industriários, atual Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (Senai). Em 1946, no contexto de pós-guerra e visando a atender direitos de segunda geração, relativos à igualdade social, o então presidente Eurico Dutra, por meio do Decreto nº 9.403/46, atribuiu à Confederação Nacional da Indústria o encargo de criar, organizar e dirigir o Serviço Social da Indústria (Sesi)” (COSTA; BASTOS, 2012, p. 9).

⁵⁶⁴ MEIRELLES, 2003, p. 363.

⁵⁶⁵ MARQUES NETO; CUNHA, 2013, p. 146.

Lei nº 9.403, de 25 de junho de 1946, que autorizou a Confederação Nacional da Indústria a criar, organizar e dirigir o Sesi, e com o Decreto-Lei nº 9.853, de 13 de setembro de 1946, que autorizou a Confederação Nacional do Comércio a criar e organizar o Sesc. Segundo argumentam os autores, todas essas entidades componentes do Sistema S são caracterizadas:

(i) pela existência de mera autorização legal para a sua instituição, que é efetivada por terceiros — no caso, a Confederação Nacional da Indústria —, (ii) por exercer atividades que não estão inseridas nas incumbências estatais, (iii) por serem custeadas por contribuições para fiscais cobradas diretamente dos contribuintes, bem como (iv) em função de sua capacidade tributária de cobrar tais contribuições.⁵⁶⁶

O segundo grupo de serviços sociais autônomos surgiram por volta de 1990. Dentre eles, destaca-se o Serviço Social Autônomo Associação das Pioneiras Sociais. Baseando-se no §1º do art. 179, da CR/88, o Estado do Paraná criou a ParanaPrevidência (Lei Estadual nº 12.498/1998), o ParanaCidade (Lei Estadual nº 11.498/1996), o ParanaEducação (Lei Estadual nº 11.970/1997) e o Ecoparaná (Lei Estadual nº 12.215/1998).

Analisando as características desse segundo grupo, Floriano de Azevedo Marques Neto e Carlos Eduardo Bargamini Cunha apontam as seguintes características que lhe são peculiares:

(i) terem sido criadas diretamente por lei (e não meramente autorizadas), (ii) possuírem menor autonomia, (iii) terem seus dirigentes nomeados diretamente pelo Poder Executivo, (iv) celebrarem contratos de gestão com o poder público — inclusive para viabilizar o repasse de recursos — e (v) não terem sua criação fundada em previsão constitucional.⁵⁶⁷

Em relação a esse segundo grupo, a doutrina tece duras críticas, especialmente quanto ao fato de que foram criadas a partir da extinção de um ente integrante da administração indireta. Parte da doutrina também critica o fato de essas entidades apenas serem responsáveis pela gestão privada de bens e de recursos públicos, pois são custeadas diretamente através de dotações orçamentárias em razão de fundos públicos ou de transferência de empréstimos internos ou externos.⁵⁶⁸

⁵⁶⁶ MARQUES NETO; CUNHA, 2013, p. 146. Complementam os autores: “Nessa mesma categoria de serviços sociais autônomos é possível ainda incluir o Serviço Social do Transporte (Sest), o Serviço Nacional de Aprendizagem do Transporte (Senat), o Serviço Nacional de Aprendizagem Rural (Senar) e o Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (Sebrae), criado pela Lei no 8.029/1990, que, embora tenham sido criados já na década de 1990, apresentam exatamente os mesmos elementos das demais entidades que compõem o Sistema S. Daí não fazer sentido tratá-las de modo diferenciado” (MARQUES NETO; CUNHA, *op. cit.* p. 146).

⁵⁶⁷ MARQUES NETO; CUNHA, *op. cit.* p. 148.

⁵⁶⁸ DI PIETRO, 2008, p. 271-272.

Já os Serviços Sociais do terceiro grupo nem fomentam categorias profissionais, nem se custeiam por meio de contribuição parafiscal, nem se originam da extinção de entes públicos.⁵⁶⁹ É possível, segundo os autores mencionados, apontar três entidades dessa terceira categoria: a) Investe São Paulo (serviço social autônomo criado pelo estado de São Paulo por meio da Lei nº 13.179, de 19 de agosto de 2008); b) Serviço Social Autônomo Agência de Promoção de Exportações do Brasil ⁵⁷⁰(Apex-Brasil, constituído pela Lei nº 10.668, de 14 de maio de 2003) e; c) Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial (ABDI), regida pela Lei nº 11.080, de 30 de dezembro de 2004.⁵⁷¹

Apesar de cada um dos três grupos possuir características próprias, todos os serviços sociais autônomos enquadram-se na definição elaborada pelo presente trabalho. Pode-se defini-los como associações ou fundações que são ou instituídas diretamente por lei, ou sua constituição é apenas autorizada por lei – mas sua criação ocorre mediante registro em cartório, segundo normas específicas –, submetidas ao regime privado - parcialmente derogado por normas de direito público em razão do fomento estatal permanente -, não integrantes da estrutura da administração pública e que desenvolvem atividades de interesse público.⁵⁷²

Impende destacar o regime jurídico híbrido dessas entidades, pois necessariamente haverá incidência de normas de direito privado parcialmente derogadas por normas de direito público. Segundo Marcos Bemquerer Costa e Patrícia Reis Leitão Bastos, esse modelo híbrido permite que entidades privadas executem atividades livres à iniciativa privada – mediante

⁵⁶⁹ MARQUES NETO; CUNHA, *op. cit.* p. 149.

⁵⁷⁰ “Art. 1º É o Poder Executivo autorizado a instituir o Serviço Social Autônomo Agência de Promoção de Exportações do Brasil – Apex-Brasil, na forma de pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos, de interesse coletivo e de utilidade pública, com o objetivo de promover a execução de políticas de promoção de exportações, em cooperação com o Poder Público, especialmente as que favoreçam as empresas de pequeno porte e a geração de empregos. Art. 2º Compete à Apex-Brasil a promoção comercial de exportações, em conformidade com as políticas nacionais de desenvolvimento, particularmente as relativas às áreas industrial, comercial, de serviços e tecnológica” (BRASIL, 2003).

⁵⁷¹ Vale destacar que os serviços sociais autônomos mencionados pelos autores não abrangem todas as entidades existentes no País. Trata-se de rol exemplificativo, pois muitas entidades não foram mencionadas, como por exemplo o Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (Sebrae), Decreto nº 99.570, de 9 de outubro de 1990; Serviço Nacional de Aprendizagem Rural (Senar), Lei nº 8.315, de 23 de dezembro de 1991; Serviço Social de Aprendizagem do Transporte (Senat) e Serviço Social do Transporte (Senat), ambos tratados na Lei nº 8.706, de 14 de setembro de 1993; Serviço Nacional de Aprendizagem do Cooperativismo (Sescoop), Decreto nº 3.017, de 6 de abril de 1999.

⁵⁷² No mesmo sentido são as lições de Floriano de Azevedo Marques Neto e Carlos Eduardo Bergamini Cunha que assim resumem as características dos 3 (três) grupos de serviços sociais autônomos: “(i) se tratarem de entes associativos não fundacionais, (ii) de direito privado, (iii) sem fins lucrativos, e que (iv) não integram a estrutura da administração pública, nem logicamente a administração direta nem ainda a administração indireta. Têm, por outro lado, (v) sua criação legitimada por lei e (vi) desempenham atividades de interesse público não econômicas, dando ensejo (vii) ao fomento realizado pelo poder público, seja via repasses diretos (intermediados por convênios ou contratos de gestão) ou mediante a vinculação a receitas para fiscais. Bem ou mal, goste-se ou não, qualquer dos tipos ou modelos de serviços sociais autônomos possui tais características em sua estrutura jurídica, o que faz com que a discussão acerca da legitimidade do instituto serviço social autônomo seja aproveitável a todos eles” (MARQUES NETO; CUNHA, 2011, p. 151).

fomento estatal – de forma mais eficiente que o Estado. Argumentam, de forma muito semelhante aos argumentos constantes do PDRAE acerca das OS, que as entidades do Sistema S estão submetidas a um regime especial que lhes permite atingir resultados satisfatórios.⁵⁷³

Quanto à existência de lei prévia instituindo a entidade ou autorizando sua constituição, entende-se que tal característica consiste em um meio para respaldar o fomento e também uma forma de controlar as verbas repassadas ou os recursos parafiscais.⁵⁷⁴ Esse traço, no entanto, impede o reconhecimento dos serviços sociais autônomos no bojo das demais entidades do terceiro setor, pois lhes faltam autonomia.⁵⁷⁵ Especialmente, àquelas criadas por lei própria, há uma relação de dependência com o Estado.⁵⁷⁶ Quanto aos serviços sociais autônomos em que há lei prévia autorizando sua criação, é possível reconhecer autonomia, pois a entidade privada responsável pela criação tem ao menos a liberdade de decidir ou não pela criação. A respeito dessa característica, bem destaca Marçal Justen Filho:

Um ponto diferencial e marcante reside no fato de essas entidades serem criadas por lei. Ainda que sejam dotadas de personalidade jurídica de direito privado e geridas por particulares, isso significa que não se trata propriamente de entidades resultantes da livre escolha dos particulares. Sua existência, sua estrutura e seu funcionamento estão contemplados em dispositivos legais.⁵⁷⁷

Nesse ponto, é importante ressaltar a orientação traçada pela comissão de juristas responsáveis pela elaboração do anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública Federal e Entes de colaboração.⁵⁷⁸ A comissão decidiu definir os serviços sociais autônomos como

⁵⁷³ “O maior intuito ao se delinear esse formato foi trazer mais qualidade e eficiência aos serviços não exclusivos do Estado, atendendo melhor o cidadão-cliente a um custo menor. Os serviços sociais autônomos como entidades privadas desvinculadas da Administração pública executam as atividades de interesse público com mais eficiência, pois, mesmo operando com ‘recursos públicos’, existe uma flexibilização que não é permitida aos integrantes da Administração pública. Essa flexibilização é o meio para, utilizando as características de uma organização da iniciativa privada, atingir múltiplos objetivos do governo, mantendo o foco na prestação de serviços com qualidade, mas sempre mediante otimização de custos, na viabilização de processos de delegação e descentralização, na cobrança por resultados satisfatórios, dentre outros. Por fim, acerca das características operacionais das entidades do Sistema “S”, tem-se que a busca pela eficiência dos resultados, mediante a flexibilização de procedimentos, justifica a implementação de um regime especial para essas entidades, regido por regras que respondem a racionalidades próprias do direito público e do direito privado” (COSTA; BASTOS, 2012, p. 11).

⁵⁷⁴ MARQUES NETO; CUNHA, 2011, p. 143.

⁵⁷⁵ Em sentido contrário: COSTA; BASTOS, 2012, p. 14.

⁵⁷⁶ “Dessa forma, a compreensão da natureza das entidades do terceiro setor deve partir da premissa de que sua constituição e seu desenvolvimento dão amparados pela autonomia privada. Não se confundem, pois, com determinadas organizações cuja criação depende de autorização legal, ou mesmo entidades que integrem a Administração Indireta (art. 37, inciso XIX, da Constituição), haja vista que estas sempre terão uma relação de dependência com o Poder Público. É o que ocorre, por exemplo, com os Serviços Sociais Autônomos, que possuem regime jurídico bem distinto das pessoas jurídicas privadas criadas por particulares. É por esta razão que o presente trabalho não inclui as entidades dos Serviços Sociais Autônomos no terceiro setor.” MAGALHÃES, 2005, p. 77.

⁵⁷⁷ JUSTEN FILHO, 2012, p. 280.

⁵⁷⁸ Vale transcrever a Exposição de Motivos acerca do enquadramento dos serviços sociais autônomos como entidades paraestatais: “A expressão *entidade paraestatal* tem sido utilizada no direito brasileiro com diferentes

entidades paraestatais, distinguindo-os das entidades de colaboração, cujas características foram resumidas no art. 73 do anteprojeto: “são entidades de colaboração as pessoas jurídicas de direito privado não estatais, sem fins lucrativos, constituídas voluntariamente por particulares, que desenvolvam atividades de relevância pública, essenciais à coletividade, objeto de incentivo e fiscalização regular do Poder Público”.⁵⁷⁹ Ou seja, as entidades de colaboração são as organizações do terceiro setor fomentadas pelo Estado e não se confundem com os serviços sociais autônomos.⁵⁸⁰

Quanto à atividade exercida, trata-se de atividade de interesse público não exclusiva do Poder Público, o que impede o reconhecimento de uma delegação estatal da execução das atividades.⁵⁸¹ Trata-se, portanto, da prestação de atividades privadas de interesse público, por

sentidos e sem muita precisão conceitual, prestando-se a diferentes interpretações doutrinárias e jurisprudenciais. Alguns incluem nessa categoria as entidades da administração indireta com personalidade de direito privado; outros consideram como tal apenas os chamados serviços sociais autônomos, de que são exemplos as entidades do chamado Sistema S. Apegando-se ao sentido etimológico da expressão, o anteprojeto trata das entidades paraestatais como pessoas jurídicas que não integram a Administração pública direta ou indireta. Elas atuam paralelamente ao Estado, sem integrá-lo. Compreendem: (a) as *corporações profissionais*, como pessoas jurídicas de direito público, e (b) os *serviços sociais autônomos*, como pessoas jurídicas de direito privado. Continuam sendo considerados como entidades paraestatais, como sempre o foram, os serviços sociais autônomos que, criados com autorização legislativa, recebem contribuições compulsórias dos empregadores, com fundamento no artigo 240 da Constituição e prestam, serviço social e de formação profissional, sendo vinculadas ao sistema sindical. [...] Os dois tipos de entidades paraestatais previstos no anteprojeto sujeitar-se-ão, por extensão, a princípios próprios da Administração pública (legalidade, legitimidade, moralidade, eficiência, interesse público e social, razoabilidade, impessoalidade, economicidade e publicidade), ficando, contudo, excluídos do âmbito de aplicação das normas das entidades estatais sobre contratação administrativa e servidores públicos, para preservar sua autonomia. Elas devem adotar procedimentos próprios de gestão financeira, contratação e seleção de pessoal que assegurem a eficiência e a probidade na aplicação de seus recursos, publicando anualmente suas demonstrações financeiras e prestando contas nos termos do parágrafo único do artigo 70 da Constituição, as quais serão apreciadas pelo Tribunal de Contas da União dentro dos limites determinados pelo respeito à autonomia que lhes foi conferida por lei” (BRASIL, 2007e).

⁵⁷⁹ (BRASIL, 2007e).

⁵⁸⁰ “O anteprojeto não cria modalidade nova de entidade de colaboração; não especifica as modalidades hoje existentes ou que possam vir a existir; ele apenas submete às suas normas todas as entidades que, desempenhando atividade de relevância pública, mantenham vínculo de colaboração com o poder público, por meio dos chamados contratos de colaboração. Atualmente estão disciplinadas por legislação esparsa, que continuará a aplicar-se subsidiariamente no que não contrariar as normas da nova lei. Compreendem entidades como as de apoio (fundações, associações e cooperativas), as chamadas organizações sociais, as organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIPs), as entidades declaradas de utilidade pública e qualquer outra modalidade congênere, sem fins lucrativos, que tenham algum tipo de vínculo com entidade estatal para a prestação de serviço de relevância pública” (DI PIETRO, 2010, p. 247).

⁵⁸¹ “No que se refere aos objetivos ou às finalidades dessas entidades, a doutrina aponta que o enfoque principal está na prestação de serviço de utilidade pública, ou seja, a conceituação é ampla e abrange a execução de diversas atividades, dentre elas, ações voltadas ao bem-estar social de grupamentos sociais ou profissionais; destinadas ao apoio e à orientação às micro e pequenas empresas; promoção e fomento de políticas relativas a exportações; e promoção da execução de políticas de desenvolvimento industrial. [...] *Serviço Social da Indústria (Sesi)*: organizar os serviços sociais adequados às necessidades e possibilidades locais regionais e nacionais; promover quaisquer modalidades de cursos e atividades especializadas de serviço social; *Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (Senai)*: realizar, em escolas instaladas e mantidas pela Instituição, ou sob forma de cooperação, a aprendizagem industrial a que estão obrigadas as empresas de categorias econômicas sob sua jurisdição, nos termos de dispositivo constitucional e da legislação ordinária; *Serviço Social do Comércio (Sesc)*: propiciar o bem-estar social de sua clientela, atuando nas áreas de educação, saúde, lazer, cultura e assistência; *Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial (Senac)*: educar para o trabalho em atividades de comércio de bens, serviços e turismo; *Serviço*

meio de entidades não estatais, cuja criação e manutenção pelo Estado ocorre mediante o exercício de sua atividade de fomento.⁵⁸² Salvo as entidades do primeiro grupo dos serviços sociais autônomos (sistema S clássico) que percebem contribuições parafiscais, as atividades exercidas pelos demais serviços sociais autônomos não garantem um retorno econômico a elas, razão pela qual o Estado garante a manutenção das entidades de alguma forma.⁵⁸³

Independentemente do modo como ocorre o fomento a essas entidades, exige-se sempre o controle pelo Tribunal de Contas, nos termos estabelecidos pelo art. 70, parágrafo único, e pelo art. 71, II, ambos da CR/88:

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. 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.

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: [...]

II – julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e

Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (Sebrae): priorizar a atuação como agente indutor do desenvolvimento sustentável das Micro e Pequenas Empresas (MPE), da geração de emprego e renda, da inclusão social e da preservação do meio ambiente, alinhando-se com as políticas econômicas, industriais, comerciais (internas e externas), científicas e tecnológicas e com as modernas práticas de gestão empresarial, com foco numa cultura de empresas de pequeno porte empreendedoras e competitivas; *Serviço Nacional de Aprendizagem Rural (Senar):* organizar, administrar e executar em todo o território nacional a Formação Profissional Rural e a Promoção Social do Trabalhador Rural; *Serviço Nacional de Aprendizagem do Transporte (Senat) e do Serviço Social do Transporte (Sest):* melhorar a saúde e o bem-estar do trabalhador em transporte; tornar-se “centro de entretenimento” em esporte, cultura e lazer; *Serviço Nacional de Aprendizagem do Cooperativismo (Sescoop):* organizar, administrar e executar o ensino de formação profissional, a promoção social dos empregados de cooperativas, cooperados e de seus familiares, e o monitoramento das cooperativas em todo o território nacional; *Agência de Promoção de Exportações do Brasil (Apex):* promover as exportações dos produtos e serviços do País; contribuir para a internacionalização das empresas brasileiras; atrair investimentos estrangeiros para o Brasil; aumentar o número de empresas exportadoras; agregar valor à pauta de produtos exportados; consolidar a presença do País em mercados tradicionais; abrir novos mercados no exterior para os produtos e serviços nacionais” (COSTA; BASTOS, 2012, p. 10-11).

⁵⁸² DI PIETRO, 2008, p. 268.

⁵⁸³ Floriano de Azevedo Marques Neto e Carlos Eduardo Bergamini Cunha sustentam ser fundamental que o Estado subvencione as entidades de alguma forma: “Portanto, diante dessa necessária paridade de atuações que se complementam, mas não se confundem (traduzida basicamente em uma relação de vinculação por cooperação), parece-nos livre de dúvidas que deve haver um elo firme e estável entre o serviço social autônomo e o poder público. Referimo-nos aqui a um vínculo contratual ou convenial que, ao mesmo tempo que garanta a consonância da atuação da entidade com as políticas públicas vigentes, legitime também o fomento realizado, na maioria das vezes, como se sabe, na forma de repasses de recursos realizados pelo poder público. E os instrumentos de que podem as partes lançar mão para essa formalização são, em nossa opinião, o convênio administrativo e o contrato de gestão” (MARQUES NETO; CUNHA, 2011, p. 157). A título exemplificativo, vale mencionar a pesquisa realizada por Marcos Bemquerer Costa e Patrícia Reis Leitão Bastos. Segundo os autores, no ano de 2010 os serviços sociais autônomos (Sebrae, Senar, Sesi, Sesc, Senac, Sescoop, Senai, Senat, ABDI, Sest e Apex auferiram receitas da ordem de R\$3,3 bilhões e dispunham, no final do exercício de disponibilidades financeiras, de aproximadamente R\$1,7 bilhão.” (COSTA; BASTOS, 2012, p. 13).

sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;⁵⁸⁴

O controle exercido sob os serviços sociais autônomos é finalístico, ou seja, averigua-se o uso das verbas públicas, sem se ater a uma análise processual e burocrática, conforme jurisprudência do TCU.⁵⁸⁵

Quanto à licitação em relação às contratações com terceiros, o TCU já se manifestou que devem possuir regulamentos próprios, não havendo a necessidade de se sujeitarem aos ditames da Lei nº 8.666/93.⁵⁸⁶

⁵⁸⁴ (BRASIL, 1988).

⁵⁸⁵ “Portanto, é razoável que os serviços sociais autônomos, embora não integrantes da Administração pública, mas como destinatários de recursos públicos, adotem, na execução de suas despesas, regulamentos próprios e uniformes, livres do excesso de procedimentos burocráticos, em que sejam preservados, todavia, os princípios gerais que norteiam a execução da despesa pública. Entre eles podemos citar os princípios da legalidade - que, aplicado aos serviços sociais autônomos, significa a sujeição às disposições de suas normas internas --, da moralidade, da finalidade, da isonomia da igualdade e da publicidade. Além desses, poderão ser observados nas licitações os princípios da vinculação ao instrumento convocatório do julgamento objetivo. O fato de os serviços sociais autônomos passarem a observar os princípios gerais não implica em perda de controle por parte do Tribunal. Muito pelo contrário: o controle se tornará mais eficaz, uma vez que não se prenderá à verificação de formalidades processuais e burocráticas e sim, o que é mais importante, passará a perquirir se os recursos estão sendo aplicados no atingimento dos objetivos da entidade, sem favorecimento. O controle passará a ser finalístico, e terá por objetivo os resultados da gestão. O uso de procedimento uniformes irá facilitar o controle do Poder Público, tanto a cargo do Poder Executivo quanto do Tribunal de Contas da União. Uma vez aprovados, esses regulamentos não poderão ser infringidos sob pena de se aplicar aos administradores as sanções cabíveis, previstas na Lei nº 8.443/92” (BRASIL, 1997b). Consoante o posicionamento do TCU são as lições de Floriano de Azevedo Marques Neto e Carlos Eduardo Bergamini Cunha que valem ser transcritas em sua completude: “Não obstante tudo que se disse, um controle que se pretende eficiente dos serviços sociais autônomos deve combinar o respeito à autonomia da entidade e, ao mesmo tempo, assegurar que os recursos públicos destinados (direta ou indiretamente) atinjam os objetivos de interesse público endereçados, tudo isso com respeito à legalidade, isonomia, impessoalidade, transparência, moralidade e publicidade. Por óbvio, não se está aqui fazendo uma ode à principiologia do direito. Não é isso. Apenas acredita-se que já devem se encontrar nos regramentos da própria entidade as pautas para o exercício de uma atividade que é eminentemente privada, mas que é igualmente marcada pelo interesse público, de forma a se mostrar eficiente e alcançadora de seus objetivos institucionais. Portanto, na grande maioria dos casos, o controle incidente deve tão somente verificar e garantir o efetivo cumprimento de seus regramentos internos. Ou seja, proceder a um controle de fim, de atingimento de finalidades e observância de regras de conduta macro, não de meio, de peculiaridades, de formalidades, como é feito tradicionalmente com os órgãos de direito público integrantes do aparato estatal. Afinal, se diferenças há na estrutura jurídica dos entes estatais em relação aos serviços sociais autônomos, deve também haver consequências nos mecanismos de controle incidentes. Em outras palavras, de pouco préstimo nos parece ser controlar o cumprimento estrito da Lei no 8.666/1993 por entes que não integram o aparato estatal (e que nem mesmo integram o rol de obrigados a observá-la, nos termos do parágrafo único de seu artigo 1o) e deixar de observar se o processo de contratação utilizado é efetivamente isonômico e respeitador das pautas públicas obrigatórias de quem manuseia dinheiro público. Enfim, de nossa parte, um controle de meios e formalidades para os serviços sociais autônomos, além de contrário à lei e à lógica, seria infrutífero e atentatório à eficiência destas entidades” (MARQUES NETO; CUNHA, 2011, p. 171).

⁵⁸⁶ “5. Ressaltou o consulente que o TCU já definiu a natureza jurídica das entidades do Sistema "S", que correspondem aos serviços sociais autônomos, pessoas jurídicas de direito privado, que não integram a Administração pública, mas atuam em colaboração com o Estado, sendo consideradas entidades paraestatais (Acórdão nº 2.522/2009-TCU-2ª Câmara). 6. Esclareceu, ainda, que o Sistema "S" tem regulamento de licitações próprio, contando as entidades com discricionariedade para dispor sobre suas formas de contratação, observados os princípios contidos na Constituição Federal e na Lei nº 8.666/1993. [...] 12. Por meio do Acórdão nº 62/2007-TCU-Plenário, este Tribunal fez inserir ementa reafirmando que "as entidades do Sistema "S" têm liberdade procedimental para aprovar os regulamentos internos de licitação de suas unidades." 13. Ademais, consta do ementário do Acórdão nº 288/2007-TCU-Plenário que "as entidades do Sistema "S" não estão obrigadas a seguir

Em relação à contratação de pessoal, faz-se necessária a adoção de processos seletivos externos e internos para o recrutamento de pessoal – que não se confundem com os concursos públicos, haja vista não pertencerem nem a administração direta, nem indireta –, obedecendo aos critérios objetivos, a fim de impedir favorecimentos.⁵⁸⁷

Por fim, importante constatar a ausência de uma disciplina legal sobre essas entidades, pois as normas existentes são esparsas e compete à doutrina sistematizá-las.⁵⁸⁸ Mesmo na ausência de normas estruturantes, vale destacar a reconhecida constitucionalidade dos serviços sociais autônomos. Em 2004, o STF, no julgamento do RE 366.168/SC, afirmou que o SEBRAE não corresponde à noção constitucional de autarquia tratada no art. 37, XIX, da CR/88 e sua estrutura não fere o texto constitucional:

- 1.O SEBRAE não corresponde à noção constitucional de autarquia, que, para começar, há de ser criada por lei específica (CF, art. 37, XIX) e não na forma de sociedade civil, com personalidade de direito privado, como é o caso do recorrido. Por isso, o disposto no art. 20, -f-, da L. 4717/65 (LAP), para não se chocar com a Constituição, há de ter o seu alcance reduzido: não transforma em autarquia as entidades de direito privado que recebam e apliquem contribuições parafiscais, mas, simplesmente, as inclui no rol daquelas - como todas as enumeradas no art. 1º da LAP – à proteção de cujo patrimônio se predispõe a ação popular.
2. Dada a patente similitude da natureza jurídica do SESI e congêneres à do SEBRAE, seja no tocante à arrecadação e aplicação de contribuições parafiscais, seja, em consequência, quanto à sujeição à fiscalização do Tribunal de Contas, aplica-se ao caso a fundamentação subjacente à Súmula 516/STF: "O Serviço Social da Indústria – SESI – está sujeito à jurisdição da Justiça estadual"⁵⁸⁹

Em 2008, a Corte analisou o regime jurídico do Serviço Social Autônomo Paranaeducação e afirmou que a entidade obedece aos preceitos constitucionais:

1. Na sessão plenária de 12 de abril de 2004, esta Corte, preliminarmente e por decisão unânime, não conheceu da ação relativamente à Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação-CNTE. Posterior alteração da jurisprudência da Corte acerca da legitimidade ativa da CNTE não altera o julgamento da preliminar já concluído. Preclusão. Legitimidade ativa do Partido dos Trabalhadores reconhecida.
2. O PARANAEDUCAÇÃO é entidade instituída com o fim de auxiliar na Gestão do Sistema Estadual de Educação, tendo como finalidades a prestação de apoio técnico,

rigorosamente os termos do Estatuto de Licitações ou de outros normativos relativos à Administração pública, devendo, contudo, observar os princípios constitucionais gerais a ela aplicáveis" (BRASIL, 2010e).

⁵⁸⁷ “É admissível que os serviços sociais autônomos, por não serem parte da Administração pública e terem independência para a criação de seus cargos, de natureza privada, possam promover, à sua discricionariedade, processos seletivos externos e internos para o recrutamento de pessoal, resguardados os princípios de ordem constitucional que objetivam impedir favorecimentos e outras ilicitudes do gênero e preservado o processo seletivo público externo para o ingresso de funcionários em seus quadros” (BRASIL, 2009b).

⁵⁸⁸ A nomenclatura “serviço social autônomo” nem sempre foi utilizada nos termos da definição elaborada no presente trabalho. A título de exemplificação, vale mencionar o Serviço Social das Estradas de Ferro (SESEF), criado pela Lei nº 3.891, de 26 de abril de 1961 e regulamentado pelo Decreto nº 773, de 23 de março de 1962. Por meio deste Decreto aprovou-se o regulamento da entidade que é tratada em seu art. 2º como um órgão, ou seja, não possui natureza jurídica de associação e compõe a administração pública.

⁵⁸⁹ BRASIL, 2004c.

administrativo, financeiro e pedagógico, bem como o suprimento e aperfeiçoamento dos recursos humanos, administrativos e financeiros da Secretaria Estadual de Educação. Como se vê, o PARANAEDUCAÇÃO tem atuação paralela à da Secretaria de Educação e com esta coopera, sendo mero auxiliar na execução da função pública – Educação.

3. A Constituição federal, no art. 37, XXI, determina a obrigatoriedade de obediência aos procedimentos licitatórios para a Administração pública Direta e Indireta de qualquer um dos Poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios. A mesma regra não existe para as entidades privadas que atuam em colaboração com a Administração pública, como é o caso do PARANAEDUCAÇÃO.

4. A contratação de empregados regidos pela CLT não ofende a Constituição porque se trata de uma entidade de direito privado. No entanto, ao permitir que os servidores públicos estaduais optem pelo regime celetista ao ingressarem no PARANAEDUCAÇÃO, a norma viola o artigo 39 da Constituição, com a redação em vigor antes da EC 19/1998.

5. Por fim, ao atribuir a uma entidade de direito privado, de maneira ampla, sem restrições ou limitações, a gestão dos recursos financeiros do Estado destinados ao desenvolvimento da educação, possibilitando ainda que a entidade exerça a gerência das verbas públicas, externas ao seu patrimônio, legitimando-a a tomar decisões autônomas sobre sua aplicação, a norma incide em inconstitucionalidade. De fato, somente é possível ao Estado o desempenho eficaz de seu papel no que toca à educação se estiver apto a determinar a forma de alocação dos recursos orçamentários de que dispõe para tal atividade. Esta competência é exclusiva do Estado, não podendo ser delegada a entidades de direito privado.

6. Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente, para declarar a inconstitucionalidade do artigo 19, §3º da lei 11.970/1997 do estado do Paraná, bem como para dar interpretação conforme à Constituição ao artigo 3º, I e ao artigo 11, incisos IV e VII do mesmo diploma legal, de sorte a entender-se que as normas de procedimentos e os critérios de utilização e repasse de recursos financeiros a serem geridos pelo PARANAEDUCAÇÃO podem ter como objeto, unicamente, a parcela dos recursos formal e especificamente alocados ao PARANAEDUCAÇÃO, não abrangendo, em nenhuma hipótese, a totalidade dos recursos públicos destinados à educação no Estado do Paraná.⁵⁹⁰

Nesse julgado, confirmou-se a constitucionalidade do fomento destinado ao serviço social autônomo, bem como reconheceu-se a possibilidade de o fomento público ocorrer de diversas formas, seja mediante contribuição parafiscal, seja por contrato de gestão ou convênio, seja por repasse de verba pública.⁵⁹¹

Conclui-se, portanto, que os serviços sociais autônomos desenvolvem atividades de interesse público, têm sua constitucionalidade reconhecida e não compõem a administração direta ou indireta. O Estado fomenta o exercício das atividades desenvolvidas por essas entidades, mas não é possível considerá-las como organizações do terceiro setor, conforme argumentação exposta acima.

⁵⁹⁰ BRASIL, 2007e.

⁵⁹¹ “Assim, é inegável que os serviços sociais autônomos foram reconhecidos pelo STF como notavelmente aderentes ao sistema constitucional brasileiro, o que os torna mecanismos legítimos de exercício de atividades de interesse público, independentemente das especificidades de cada modelo. É dizer, seja de primeiro, segundo ou mesmo de terceiro tipo, os serviços sociais autônomos são legítimos no direito brasileiro” (MARQUES NETO; CUNHA, 2011, p. 156).

Compreendidas as características gerais dos serviços sociais autônomos, vale tratar especificamente do Serviço Social Autônomo Associação das Pioneiras Sociais.

4.2.2.1 Serviço Social Autônomo Associação das Pioneiras Sociais⁵⁹²

Conforme disposto no art. 1º e no art. 2º da Lei nº 8.246/91, regulamentada pelo Decreto nº 371, de 20 de dezembro de 1991, o Poder Executivo ficou autorizado a instituir o Serviço Social Autônomo Associação das Pioneiras Sociais, bem como extinguir a Fundação das Pioneiras Sociais, cujo patrimônio foi incorporado ao da União, por meio do Ministério da Saúde, cabendo ao recém-criado Serviço Social Autônomo Associação das Pioneiras Sociais a administração do patrimônio.⁵⁹³

Nos termos do art. 1º da Lei nº 8.246/91, o Serviço Social Autônomo Associação das Pioneiras Sociais, constitui-se como associação, pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos, de interesse coletivo e de utilidade pública, com objetivo de prestar assistência médica qualificada e gratuita a todos os níveis da população e de desenvolver atividades educacionais e de pesquisa no campo da saúde, em cooperação com o Poder Público.

Tratando-se de uma entidade sem finalidade lucrativa, poder-se-ia cogitar da cobrança pela prestação do serviço, podendo, até mesmo, haver superávit, desde que todo valor arrecadado fosse integralmente destinado à manutenção do serviço prestado. Todavia, todo serviço prestado pela entidade é gratuito. Ou seja, todo custeio da atividade provém: “exclusivamente do Orçamento da União, em rubrica específica para manutenção do Contrato de Gestão. A Rede SARAH não recebe recursos advindos do número e da complexidade dos serviços prestados, à semelhança do que ocorre com instituições de saúde subordinadas ao SUS.”⁵⁹⁴ Toda a verba utilizada pela associação é pública e encontra-se discriminada no contrato de gestão celebrado com a União.⁵⁹⁵

⁵⁹² O Serviço Social Autônomo Associação das Pioneiras Sociais, é a Instituição gestora da Rede SARAH de Hospitais de Reabilitação, com localização nas cidades de Belém, Belo Horizonte, Brasília, Macapá, Fortaleza, Rio de Janeiro, Salvador, São Luiz.

⁵⁹³ “Art. 2º O Poder Executivo é autorizado a promover, no prazo de noventa dias a contar da publicação desta lei, a extinção da Fundação das Pioneiras Sociais, cujo patrimônio será incorporado ao da União pelo Ministério da Saúde. § 1º O Serviço Social Autônomo Associação das Pioneiras Sociais será incumbido de administrar os bens móveis e imóveis que compõem esse patrimônio, aí incluídas as instituições de assistência médica, de ensino e de pesquisa, integrantes da rede hospitalar da extinta fundação” (BRASIL, 1991b). Verifica-se que um ente da Administração Indireta, Fundação das Pioneiras Sociais, instituída pela Lei nº 3.736, de 22 de março de 1960, foi extinto e todo seu patrimônio (público) ficou sob a administração de uma pessoa jurídica de direito privado que presta o mesmo serviço que antes era prestado pela administração pública.

⁵⁹⁴ SARAH, 2013.

⁵⁹⁵ SARAH, 2013.

Também, pelo contrato de gestão, estipulam-se os prazos e as responsabilidades da associação para com o Ministério da Saúde, órgão responsável pela supervisão da gestão da entidade em conjunto com o Tribunal de Contas da União.⁵⁹⁶

A incidência de normas de direito público é perceptível quando se analisa o art. 3º da Lei nº 8.246/91. Segundo esse dispositivo, a contratação de pessoal não é livre, pois é necessária a adoção de um procedimento específico devidamente publicado no Diário Oficial da União. As regras de contratação e administração de pessoal encontram-se no contrato de gestão e ocorrerá sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho, com remuneração compatível com o mercado de trabalho, conforme art. 3º, VI, VII e IX.⁵⁹⁷ Ainda que o contrato de trabalho seja regido pela CLT, há restrições quanto ao critério de contratação. O Tribunal de Contas da União possui entendimento consolidado quanto aos procedimentos a serem adotados pelo Serviço Social Autônomo Associação das Pioneiras Sociais:

[deve-se utilizar] critérios objetivos de seleção de pessoal, assegurando a isonomia entre os interessados, a impessoalidade, a transparência e a publicidade dos procedimentos; restrinja a avaliação de habilidades dos candidatos, inclusive a avaliação psicológica, àquelas que sejam indispensáveis ao desempenho das funções a serem executadas, adotando sempre critérios claros, objetivos, previamente definidos e divulgados em edital; e suprima a fase de entrevista nas hipóteses em que sua finalidade não for avaliar os conhecimentos dos candidatos por meio de critérios objetivos pré-fixados e com conteúdo programático previamente divulgado em edital.⁵⁹⁸

⁵⁹⁶ Vale observar que, conforme art. 9º “Além do Ministério da Saúde, outros órgãos e entidades governamentais são autorizados a repassar recursos ao Serviço Social Autônomo Associação das Pioneiras Sociais, mediante convênios para custear a execução de projetos de interesse social nas áreas das atividades previstas no objetivo social desta. 1º O Serviço Social Autônomo Associação das Pioneiras Sociais prestará contas, aos órgãos repassadores, da aplicação dos recursos públicos recebidos em convênio, nos termos da legislação vigente. 2º O Serviço Social Autônomo Associação das Pioneiras Sociais poderá também celebrar convênios e contratos com pessoas jurídicas de direito privado, para custear projetos e programas compatíveis com seus objetivos sociais, desde que não haja qualquer prejuízo na universalidade do atendimento” (BRASIL, 1991b).

⁵⁹⁷ “Art. 3º Competirá ao Ministério da Saúde supervisionar a gestão do Serviço Autônomo Associação Sociais, observadas as seguintes normas: [...] VI - para a execução das atividades acima referidas, o Serviço Social Autônomo Associações das Pioneiras Sociais poderá celebrar contratos de prestação de serviços com quaisquer pessoas físicas ou jurídicas, sempre que considere ser essa a solução mais econômica para atingir os objetivos previstos no contrato de gestão, observado o disposto no inciso XV deste artigo. VII - o contrato de gestão assegurará ainda à diretoria do Serviço Social Autônomo Associação das Pioneiras Sociais a autonomia para a contratação e a administração de pessoal para aquele Serviço e para as instituições de assistência médica, de ensino e de pesquisa por ele geridas, sob regime da Consolidação das Leis do Trabalho, de forma a assegurar a preservação dos mais elevados e rigorosos padrões de atendimento à população; [...] IX - o contrato de gestão conferirá à diretoria poderes para fixar níveis de remuneração para o pessoal da entidade, em padrões compatíveis com os respectivos mercados de trabalho, segundo o grau de qualificação exigido e os setores de especialização profissional” (BRASIL, 1991b).

⁵⁹⁸ Vale destacar trecho do voto do Ministro Relator: “A esse respeito, a jurisprudência do Tribunal está consolidada no sentido de que os entes integrantes da categoria “Serviços Sociais Autônomos” poderão adotar regulamentos próprios para a contratação de pessoal, observando, entretanto, os princípios constitucionais estabelecidos no art. 37 da Constituição Federal, em especial os da publicidade, da isonomia e da impessoalidade. Há que se considerar, igualmente, em relação aos signatários de contrato de gestão, que o Tribunal tem manifestado entendimento no sentido de o incremento em eficiência que é esperado das entidades sob a essa forma de administração, como é o caso da Associação das Pioneiras Sociais, não deve significar o afastamento das

Quanto à necessidade de licitar, deve-se fazer uma interpretação sistematizada da Lei nº 8.246/91. Nos termos do art. 3º, V e VI, a entidade pode celebrar contratos de prestação de serviços com quaisquer pessoas físicas ou jurídicas, sempre que considere ser essa a solução mais econômica para atingir os objetivos previstos no contrato de gestão. Nesses contratos, a entidade deve apresentar os procedimentos adotados, segundo suas especificidades. Assim como os demais serviços sociais autônomos, não se faz necessária a adoção de procedimentos licitatórios.

Ainda quanto às sujeições impostas à entidade, esta deve prestar contas anualmente, apresentando relatório ao Ministério da Saúde e ao Tribunal de Contas da União.

Diante de todo o exposto, vale observar as peculiaridades apontadas pelo TCU, que distinguem o Serviço Social Autônomo Associação das Pioneiras Sociais dos demais integrantes do sistema S:

É importante destacar que a Associação das Pioneiras Sociais tem peculiaridades que a diferenciam das demais entidades do Sistema S, especialmente quanto: a) sua instituição como Serviço Social Autônomo se deu a partir da extinção da Fundação das Pioneiras Sociais, nos termos da Lei 8.246/1991 e do Decreto 371/1991, alterado pelo de nº 404/1991; b) é administrada mediante Contrato de Gestão celebrado com o Ministério da Saúde; c) os recursos para custeio do contrato de gestão constam de rubrica específica no orçamento do Ministério da Saúde, sendo mantida, portanto, com recursos orçamentários e não com as contribuições parafiscais como ocorre com as demais entidades do Sistema s.⁵⁹⁹

Obedecendo aos argumentos elaborados no presente trabalho, o Serviço Social Autônomo Associação das Pioneiras Sociais não é entidade do terceiro setor, pois não foi constituída por particulares e não obedece ao princípio da livre iniciativa. Também não se cogita

exigências constitucionais e legais, especialmente quanto aos princípios que regem as demais organizações integrantes da Administração pública Federal, conforme consta das deliberações citadas na instrução técnica. Por meio de decisões subsequentes esta Corte de Contas explicitou melhor os procedimentos necessários ao fiel cumprimento de tais princípios constitucionais, a exemplo do constante no subitem 9.2.3.1 do Acórdão 969/2006 – TCU – Plenário, nos seguintes termos: “9.2.3.1. utilize critérios objetivos de seleção de pessoal, assegurando a isonomia entre os interessados, a impessoalidade, a transparência e a publicidade dos procedimentos; restrinja a avaliação de habilidades dos candidatos, inclusive a avaliação psicológica, àquelas que sejam indispensáveis ao desempenho das funções a serem executadas, adotando sempre critérios claros, objetivos, previamente definidos e divulgados em edital; e suprima a fase de entrevista nas hipóteses em que sua finalidade não for avaliar os conhecimentos dos candidatos por meio de critérios objetivos pré-fixados e com conteúdo programático previamente divulgado em edital;” Especificamente com relação à Associação das Pioneiras Sociais – APS, consoante assinalado pela Unidade Técnica, existem deliberações do Tribunal com determinações e recomendações no sentido de que esta adote procedimentos considerados indispensáveis à regularidade dos processos de seleção de pessoal, a exemplo da Decisão 1.535/2002 – Plenário e do Acórdão 1.718/2007 – Primeira Câmara, as quais, em essência, foram incorporadas no Regulamento encaminhado a esta Corte de Contas” (BRASIL, 2010f).

⁵⁹⁹ BRASIL, 2010f.

enquadrá-las como entidade da administração indireta.⁶⁰⁰ Todavia, suas características e também as características dos demais serviços sociais autônomos permitem afirmar que há semelhanças com o modelo das OS tratado na Lei nº 9.637/98.

⁶⁰⁰ Apesar de apresentar características próprias destas entidades, como bem observou Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “Embora denominada de Serviço Social Autônomo, ela tem várias características próprias das entidades da Administração Indireta, a saber: a. foi instituída por lei; b. vive de dotação orçamentária da União; c. está sujeita a processo seletivo para admissão de pessoal; d. está sujeita a licitação, ainda que observando manual próprio; e. tem que prestar contas ao Tribunal de Contas da União; f. depende de aprovação de seu orçamento pelo Ministério da Saúde; g. está vinculada, para fins de controle, ao mesmo Ministério” (DI PIETRO, 2010, p. 272).

5 CONCLUSÃO

Diante de toda argumentação apresentada ao longo do presente trabalho, faz-se necessário expor as conclusões de forma objetiva e sistemática.

O fomento, enquanto atividade administrativa, consiste em apoiar o exercício de alguma atividade ou proteger determinado estabelecimento que satisfaça o interesse público. Trata-se de atividade administrativa não coativa – não se pode coagir o indivíduo a aderir a determinada atividade de fomento –, de prestação obrigatória pelo Poder Público e que necessariamente deverá obedecer às normas de direito público, razão pela qual todos os princípios expressos e implícitos devem ser obedecidos.

Dentre essas normas, destaca-se o princípio da subsidiariedade que impõe um limite à atuação estatal. A intensidade e o modo de atuação da administração pública variam segundo cada situação. Também pelo princípio da subsidiariedade exige-se que o particular participe da execução da atividade privada. Não que o incentivo despendido pelo Estado não possa ser determinante para o desenvolvimento da atuação privada, mas é imprescindível que o particular atue de alguma forma. No modelo tratado na Lei nº 9.637/98 há uma atuação dos particulares, tanto na gestão da entidade - conforme se observa pela configuração do conselho de administração em que predominam os conselheiros escolhidos pelos setores da sociedade civil -, quanto no desenvolvimento da atividade desenvolvida pela OS, pois a lei nem exige que o Estado seja responsável por toda mão de obra, nem por todos os bens utilizados pela entidade, nem pelo repasse de toda verba necessária a manutenção da OS. A Lei nº 9.637/98 apenas faculta que o Estado conceda todos esses benefícios.

Destaca-se também o princípio da isonomia, que exige a adoção de um critério discriminatório adequado e legítimo, que permita distinguir situações e pessoas de acordo com suas diferenças. Além da exigência de um critério legítimo, deve existir uma justificativa racional para eventual discriminação e em toda atuação administrativa faz-se necessário consagrar valores constitucionais, conforme leciona Celso Antônio Bandeira de Mello.

Embora os ministros do STF tenham, em sua maioria, deferido a medida liminar, ainda assim alguns doutrinadores, como Celso Antônio Bandeira de Mello e Maria Sylvia Zanella Di Pietro, tecem duras críticas ao modelo das OS, especialmente quanto a eventual afronta ao princípio da isonomia. A começar pelo juízo discricionário existente na qualificação de uma fundação ou associação como OS, conforme disposto no art. 2º, II, da Lei nº 9.637/98.

Conforme demonstrado, a análise discricionária existente na qualificação de uma entidade como OS não é racionalmente justificável, tampouco tutela-se direito constitucional.

Apesar da inconstitucionalidade do juízo discricionário, deve-se compreender a consequência da qualificação tratada no art. 2º da Lei nº 9.637/98. Ao contrário do que sustenta parte da doutrina, a qualificação apenas permite que a entidade privada receba o título de utilidade pública. A cessão de servidores públicos, com ônus para a origem, a permissão de uso de bem público, dispensada a licitação, e 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, só serão possíveis com a celebração de um contrato de gestão. Ou seja, quase todo o fomento destinado à entidade advém do contrato de gestão. E a Lei nº 9.637/98 não impôs a contratação direta da OS.

Ao contrário do que sustenta Maria Sylvia Zanella Di Pietro, entende-se que o contrato de gestão consiste em um acordo de vontades entre as partes (Poder Público e OS), com vista a executar as atividades tratadas no art. 1º da Lei nº 9.637/98, por meio do fomento estatal. Não se reconhece a natureza de “acordo” do contrato de gestão, pois ao contrário da autora, entende-se que a contraposição de interesses entre as partes contratantes importa apenas que os efeitos reflitam nas partes contratantes. Filiando-se aos ensinamentos de Pontes de Miranda, Carlos Ferreira de Almeida e Gustavo Alexandre Magalhães, entende-se que o contrato não implica sempre na contraposição de interesses – como sustenta a maior parte da doutrina –, mas, sim, um acordo em que os efeitos jurídicos se refletem nas pessoas que nele são parte (acordo reflexivo).

Tratando-se de contrato, deve-se considerá-lo como contrato administrativo em que a celebração é previamente antecedida de um procedimento licitatório, conforme art. 37, XXI, da CR/88.

A licitação exige que a entidade demonstre estar apta a contratar com a administração pública, pois terá que apresentar toda a documentação exigida no art. 27 da Lei nº 8.666/93. E é por meio da licitação que se resguarda o princípio da isonomia e se justifica, em termos legais, o fomento destinado à OS – como a cessão de servidores públicos, a permissão de uso de bens públicos e o repasse de verbas públicas.

Quanto à cessão de servidores públicos, inicialmente importa salientar que se trata de meio idôneo de fomento. Desde que exista interesse público, a cessão de servidor para desempenho de suas funções em entidade pública ou privada é aceita no ordenamento jurídico. Militares, servidores estatutários e servidores trabalhistas podem ser cedidos sem que haja afronta ao texto constitucional.

Trata-se, inclusive, de mecanismo que pode auxiliar sobremaneira a atividade fomentada, pois um servidor singularmente capacitado, de elevado valor de mercado, poderá

contribuir de forma única no desempenho da atividade prestada pela OS. Ademais, a cessão não fere o regime previdenciário do servidor público, pois o servidor permanecerá vinculado ao regime previdenciário de origem, devendo ser recolhidas as contribuições previdenciárias no montante correspondente àquele devido em razão do exercício do cargo efetivo ocupado.

Outro meio de se fomentar a OS ocorre mediante permissão de uso de bem público. A permissão possui natureza de contrato, devendo-se obedecer aos dispositivos legais da Lei nº 8.666/93. No contrato de gestão, estará estipulado o modo como ocorrerá a permissão de uso. Esta permissão nem é discriminatória, nem aleatória, pois, vale reiterar que, na celebração do contrato de gestão, impõe-se a necessidade de se realizar procedimento licitatório. Ou seja, o bem público será utilizado pelo licitante vencedor. A dispensa de licitação justifica-se, pois existe procedimento licitatório prévio à celebração do contrato de gestão que tratará da permissão de uso.

Outra forma de fomento, e também uma decorrência do modelo das OS, é 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 (art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93). Conforme já explanado, esse dispositivo vem recebendo tratamento equivocado pela doutrina e pela jurisprudência, pois parte dos juristas entende que há permissão de contratação direta para a celebração do contrato de gestão.

Essa possibilidade de dispensa tanto fomenta a atuação das OS junto à União, cumprindo a função regulatória da licitação, conforme bem observou o Ministro Carlos Ayres Britto, quanto retrata o modelo único das OS, que consubstancia uma estratégia singular de atuação na ordem social. A sinergia existente entre o Poder Público e a entidade qualificada como OS também justifica a dispensa de licitação para os contratos de serviços inseridos no âmbito das atividades constantes no contrato de gestão firmado. E, conforme já disposto, a dispensa para esses contratos será possível se o contrato de gestão já estiver celebrado, logo, respeita-se a isonomia.

Em relação ao modelo das OS, faz-se necessário reconhecer a constitucionalidade do conselho de administração da entidade. A participação de representantes do Poder Público demonstra a colaboração entre a entidade privada e o Estado, além de aumentar a fiscalização na utilização de bens, na cessão dos servidores públicos e no repasse de verbas públicas.

Também esses representantes contribuem com seus conhecimentos técnicos na gestão da organização social. Ora, são inúmeros os servidores públicos que detêm experiência e conhecimento técnico capazes de auxiliar a gestão da OS. Deve-se conceber a participação dessas pessoas como uma forma de cooperação público-privada. Essa peculiaridade do modelo

das OS não fere o art. 5º, incisos XVII a XXI, da CR/88, pois não há ingerência do Estado nas entidades, tendo em vista que seus representantes limitam-se à porcentagem de 20 a 40% (vinte a quarenta por cento) dos membros do conselho. O Estado é apenas uma das partes responsáveis pela gestão da entidade.

Compreendido o modelo das OS, sob o aspecto do fomento público, vale compreender sua adequação ao terceiro setor. Trata-se de entidades constituídas voluntariamente por particulares, cujas atividades, licitamente desenvolvidas, não possuem finalidade lucrativa e buscam o desenvolvimento de interesses sociais relevantes. São autônomas em relação ao Estado – o fomento estatal não retira essa autonomia – e desempenham atividades livres à iniciativa privada e de reconhecido interesse público. Ou seja, possuem todas as características das entidades do terceiro setor.

Quanto à constitucionalidade da norma, crê-se, até mesmo, que poderá ser reconhecida pelos ministros do STF que ainda devem votar o mérito da ADI 1.923-5/DF.⁶⁰¹

O próprio TCU manifestou, recentemente, acerca de alguns procedimentos a serem adotados pelas organizações sociais a fim de adequar o modelo às normas constitucionais.⁶⁰²

⁶⁰¹ Ao analisar o mérito da ADI nº1.923-5/DF, o Ministro Carlos Ayres Britto sustentou que as questões suscitadas na inicial dependem de uma reflexão sobre as exigências constitucionais fixadas para a atuação dos poderes públicos nas atividades tratadas no art. 1º da Lei nº 9.637/98. Segundo o ministro, é preciso enxergar o tema sem as amarras de uma pré-compreensão rígida de um modelo específico de Estado. Para ele, as atividades descritas no art. 1º são livres à iniciativa privada (serviços públicos sociais), mas quando exercidas pelo Poder Público são consideradas serviços públicos. Fato esse que impede a aplicação do art. 175 da CR/88. Nos mesmos termos suscitados no presente trabalho, defendeu o ministro que a Lei nº 9.637/98 apenas instituiu um sistema de fomento e não delegou serviços públicos. E por meio do contrato de gestão instituiu-se um mecanismo consensual de parceria público-privada, mediante a inserção de metas e de resultados a serem alcançados. Observou, ainda, que a qualificação como OS não permite, necessariamente, a cessão de servidores ou a permissão de uso de bem público. Entretanto, para ele, o juízo discricionário, mencionado no art. 2º, II, da Lei nº 9.637/98, não viola a Constituição. O administrador público deve obedecer aos princípios constitucionais a fim de evitar arbitrariedades na qualificação discricionária da entidade. Quanto à licitação prévia à celebração do contrato de gestão, o ministro sustentou a natureza de convênio desse contrato, o que tornaria injustificável o procedimento licitatório. Todavia, salientou que é imprescindível a adoção de um procedimento público impessoal e pautado por critérios objetivos. Por toda a argumentação tecida, votou o ministro no sentido de julgar parcialmente procedente o pedido, apenas para conferir interpretação conforme a Constituição à Lei nº 9.637/98 e ao art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93. Em voto vista, o Ministro Luiz Fux julgou parcialmente procedente o pedido, para conferir interpretação conforme a Constituição aos preceitos impugnados na referida ação. Ele fez ressalvas quanto ao procedimento de qualificação como organização social, sustentando que a qualificação deveria ser conduzida com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CR/88. Afirmou, também, que a celebração do contrato de gestão deve obedecer aos mesmos postulados constitucionais, assim como as hipóteses de dispensa de licitação para contratações (Lei 8.666/93, art. 24, XXIV) e outorga de uso de bem público. Após o voto-vista do Ministro Luiz Fux, pediu vista dos autos o Ministro Marco Aurélio aos dezenove de maio de 2011 e, desde então, aguarda-se sua manifestação.

⁶⁰² “RELATÓRIO DE AUDITORIA OPERACIONAL. TRANSFERÊNCIA DO GERENCIAMENTO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE A ORGANIZAÇÕES SOCIAIS. FALHAS. DETERMINAÇÕES E RECOMENDAÇÕES. MONITORAMENTO. 1. Apesar de abrir mão da execução direta dos serviços de saúde objeto de contratos de gestão, o Poder Público mantém responsabilidade de garantir que sejam prestados na quantidade e qualidade apropriados. 2. Do processo de transferência do gerenciamento dos serviços de saúde para organizações sociais deve constar estudo detalhado que contemple a fundamentação da conclusão de que a transferência do gerenciamento para organizações sociais mostra-se a melhor opção, avaliação precisa dos custos do serviço e dos ganhos de eficiência esperados, bem assim planilha detalhada com a estimativa de custos a serem

Mesmo que as conclusões aqui apresentadas não estejam em perfeita sintonia com os votos dos Ministros Carlos Ayres Britto e Luiz Fux, bem como o posicionamento do TCU, ainda assim deve-se atentar para o potencial das OS, fazendo-se necessária uma releitura do instituto.

Dessa forma, devido à ausência de um leque amplo de instrumentos de fomento passíveis de utilização pelo Estado, este pode se valer da Lei nº 9.637/98 para otimizar o fomento estatal no âmbito da União. Como o fomento é obrigatório em algumas atividades, sendo possível, até mesmo, que o Estado o reconheça como instrumento garantidor de direitos sociais em detrimento da prestação de serviços públicos, entende-se que o modelo das OS pode ser bastante útil. Propõe-se, assim, a “redescoberta” das organizações sociais, comumente compreendidas de forma equivocada.

incorridos na execução dos contratos de gestão. 3. A qualificação de entidades sem fins lucrativos como organizações sociais deve ocorrer mediante processo objetivo em que os critérios para concessão ou recusa do título sejam demonstrados nos autos do processo administrativo. 4. A escolha da organização social para celebração de contrato de gestão deve, sempre que possível, ser realizada a partir de chamamento público, devendo constar dos autos do processo administrativo correspondente as razões para sua não realização, se for esse o caso, e os critérios objetivos previamente estabelecidos utilizados na escolha de determinada entidade, a teor do disposto no art. 7º da Lei 9.637/1998 e no art. 3º combinado com o art. 116 da Lei 8.666/1993. 5. As organizações sociais submetem-se a regulamento próprio sobre compras e contratação de obras e serviços com emprego de recursos provenientes do Poder Público, observados os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, sendo necessário, no mínimo, cotação prévia de preços no mercado. 6. Não é necessário concurso público para organizações sociais selecionarem empregados que irão atuar nos serviços objeto de contrato de gestão; entretanto, durante o tempo em que mantiverem contrato de gestão com o Poder Público Federal, devem realizar processos seletivos com observância aos princípios constitucionais da impessoalidade, publicidade e moralidade. 7. Os Conselhos de Saúde devem participar das decisões relativas à terceirização dos serviços de saúde e da fiscalização da prestação de contas das organizações sociais, a teor do disposto no art. 1º, §2º, da Lei Federal 8.142/1990. 8. Os contratos de gestão devem prever metas, com seus respectivos prazos de execução, bem assim indicadores de qualidade e produtividade, em consonância com o inciso I do art. 7º da Lei 9.637/1998. 9. Os indicadores previstos nos contratos de gestão devem possuir os atributos necessários para garantir a efetividade da avaliação dos resultados alcançados, abrangendo as dimensões necessárias à visão ampla acerca do desempenho da organização social. 10. A comissão a quem cabe avaliar os resultados atingidos no contrato de gestão, referida no §2º do art. 8º da Lei 9.637/1998, deve ser formada por especialistas da área correspondente” (BRASIL, 2013d).

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos I: conceito. Fontes. Formação*. 3 ed. Coimbra: Almeida, 2005.

ANDRADE, Alessandro Purcino. As organizações religiosas como pessoas jurídicas de direito privado. *Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS*, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, jan./jun. 2009, p. 93-113.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Motivação e controle do ato administrativo*. 2. ed. rev. ampl. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. *Negociação coletiva dos servidores públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. Requisitos Constitucionais para a contratação temporária de servidores públicos. In: FORTINI, Cristiana (Org.). *Servidor Público: estudos em homenagem ao professor Pedro Paulo de Almeida Dutra*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

ASSOCIAÇÃO DE COMUNICAÇÃO EDUCATIVA ROQUETTE-PINTO (ACERP). *Infraestrutura: o que há de mais moderno na TV*. Disponível em: <<http://www.acerp.org.br/?p=1998>>. Acesso em: 25 ago. 2013.

AZEVEDO, Damião Alves. O título de utilidade pública federal e sua vinculação à isenção da cota previdenciária patrimonial. *Revista da Previdência Social*. São Paulo, n. 290, jan. 2005, p. 02. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/main.asp>? Acesso em: 18 de novembro de 2013.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no direito administrativo brasileiro. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 89-116.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. *Grandes temas de Direito Administrativo*. 1 ed. 2 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *O conteúdo do regime jurídico do princípio da igualdade*. 3 ed. 22ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2013.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação autoritária, no contexto de uma Administração Pública mais democrática*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BNDES, Banco Nacional do desenvolvimento. *Indústria*. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Areas_de_Atuacao/Industria/>. Acesso em: 05 nov. 2013.

_____. *Eleição para Representante dos Empregados no Conselho de Administração do BNDES*. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Institucional/O_BNDES/A_Empresa/conselhos_bndes.html>. Acesso em: 08 jul. 2013

BONELA, Davi Padilha. Criado o instituto nacional de pesquisas oceanográfica e hidroviárias. *Academia Brasileira de Ciências*. 2013. Disponível em: <http://www.abc.org.br/article.php3?id_article=2729>. Acesso em: 08 outubro 2013.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*. Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.Htm>. Acesso em: 07 maio 2013.

BRASIL. Decreto de 2 de setembro de 2013. Qualifica como Organização Social a Associação Brasileira de Pesquisa e Inovação Industrial - EMBRAPPII. *Diário Oficial da União*. Brasília, 03 set. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Dsn/Dsn13662.htm>. Acesso em: 07 maio 2013.

BRASIL. Decreto de 10 de junho de 1992. Dispõe sobre o contrato de gestão para a Companhia Vale do Rio Doce e suas controladas. *Diário Oficial da União*. Rio de Janeiro, 11 jun. 1992b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/DNN/Anterior%20a%202000/1992/Dnn797.htm>. Acesso em: 02 dezembro 2013.

BRASIL. Decreto nº 119-A, de 7 de janeiro de 1890. Proíbe a intervenção da autoridade federal e dos Estados federados em matéria religiosa, consagra a plena liberdade de cultos, extingue o padroado e estabelece outras providências. *Coleção de Leis do Império do Brasil de 1890*. Sala de sessões do Governo Provisório, 07 jan. 1890, 2ª República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1890-1994/leis/119a.htm>.

[://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d119-a.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d119-a.htm)>. Acesso em: 20 agosto 2013.

BRASIL. Decreto nº 137, de 27 de maio de 1991. Institui o Programa de Gestão das Empresas Estatais e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, 28 maio 1991a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D137.htm>. Acesso em: 27 maio 2013.

BRASIL. Decreto nº 1.050, de 27 de janeiro de 1994. Dispõe sobre o contrato de gestão para a Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobrás) e suas subsidiárias. *Diário Oficial da União*. Brasília, 18 jan. 1994a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D1050.htm>. Acesso em: 02 dezembro 2013.

BRASIL. Decreto nº 1.526, de 20 de junho de 1995. Cria a Câmara da Reforma do Estado, do Conselho de Governo, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, 20 jun. 1995b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1526.htm>. Acesso em: 03 abril 2013.

BRASIL. Decreto nº 4.050, de 12 de dezembro de 2001b. Regulamenta o art. 93 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que dispõe sobre a cessão de servidores de órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta, autárquica e fundacional, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, 13 dez. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D4050.htm>. Acesso em: 01 junho 2013.

BRASIL. Decreto nº 5.375, de 17 de fevereiro de 2005. Dispõe sobre a aplicação do § 7º do art. 93 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, para compor força de trabalho no âmbito dos projetos que especifica, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, 18 fev. 2005b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5375.htm>. Acesso em: 05 junho 2013.

BRASIL. Decreto nº 7.274, de 25 de agosto de 2010. Dispõe sobre a Política de Ensino de Defesa PEnsD e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, 26 ago. 2010b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7274.htm>. Acesso em: 11 junho 2013.

BRASIL. Decreto nº 7.107, de 11 de fevereiro de 2010. Promulga o Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Santa Sé relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil, firmado na Cidade do Vaticano, em 13 de novembro de 2008. *Diário Oficial da União*. Vaticano, 12 de fev. 2010c. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7107.htm>. Acesso em: 04 agosto 2013.

BRASIL. Decreto 8.078, de 19 de agosto de 2013a. Qualifica como Organização Social o Centro Brasileiro de Pesquisa em Avaliação e Seleção e de Promoção de Eventos – Cebraspe. *Diário Oficial da União*. Brasília, 20 de ago. 2013 e retificado em 21. Ago. 2013. Disponível em: < [http:// www. planalto. gov. br/ CCIVIL_ 03/_ Ato2011- 2014/ 2013/ Decreto/ D8078. Htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D8078.Htm)>. Acesso em: 30 setembro 2013.

BRASIL. Decreto nº 50.517, de 02 de maio de 1961. Regulamenta a Lei nº 91, de 28 de agosto de 1935, dispõe sobre a declaração de utilidade pública. *Diário Oficial da União*. Brasília, 02 maio 1961. Disponível em: [http:// www. planalto. gov. br/ ccivil_ 03/ decreto/ 1950- 1969/ d50517. htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/d50517.htm) Acesso em: 21 de novembro de 2013.

BRASIL. Decreto nº 93.872, de 23 de dezembro de 1986. Dispõe sobre a unificação dos recursos de caixa do Tesouro Nacional, atualiza e consolida a legislação pertinente e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, 24 dez. 1986. Disponível em: <[http://www. planalto. gov. br/ ccivil_ 03/ decreto/ d93872. Htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d93872.Htm)>. Acesso em: 20 novembro 2013.

BRASIL. Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, 27 fev. 1967 e retificado em 14 mar. 1967. Disponível em: <[http://www. planalto. gov. br/ ccivil_ 03/ decreto-lei/ del 0201. Htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0201.Htm)>. Acesso em: 30 outubro 2013.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*. Rio de Janeiro, 31 dez. 1940 e retificado em 03 jan. 1941. Disponível em: [http:// www. planalto. gov. br/ ccivil_ 03/ decreto- lei/ del 2848. htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm). Acesso em 30 de outubro de 2013.

BRASIL. Decreto –Lei 4.657, de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. *Diário Oficial da União*. Rio de Janeiro. 09 set. 1942. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 27 dezembro 2013.

BRASIL. Decreto-lei nº 5.452 de 01 de maio de 1943. Aprova a Consolidação das leis do trabalho. *Diário Oficial da União*. Rio de Janeiro, 09 ago. 1943. Disponível em: <[http://www. planalto. gov. br/ ccivil_ 03/ decreto-lei /del 5452. htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)>. Acesso em: 30 maio 2013.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) *et al. As fundações privadas e associações sem fins lucrativos no Brasil*. 2 Rio de Janeiro: IBGE, 2010a, p. 13. (Estudos e Pesquisas: Informação Econômica). Disponível em: www.ibge.gov.br. Acesso em: 02 de julho 2012.

BRASIL. Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950. Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. *Diário Oficial da União*. Rio de Janeiro, 12 abril 1950.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1079.Htm>. Acesso em: 30 outubro 2013.

BRASIL. Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da união, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. *Diário Oficial da União*. Brasília, 23 mar. 1964, retificada em 09 abr. e 03 jun. 1964. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14320.htm>. Acesso em: 20 setembro 2013.

BRASIL. Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. *Diário Oficial da União*. Brasília, 05 jul. 1965a e republicada em 08 abr. 1974. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14717.htm>. Acesso em: 03 junho 2013.

BRASIL. Lei nº 4.737 de 15 de julho de 1965. Institui o Código eleitoral. *Diário Oficial da União*. Brasília, 19 jul.1965 e retificada em 30 jul. 1965b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14737.htm>. Acesso em: 03 junho 2013.

BRASIL. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, 31 dez. 1973. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16015.htm>. Acesso em: 20 agosto 2013.

BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre a sociedade por ações. *Diário Oficial da União*. Brasília, 17 dez. 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16404_compilada.htm>. Acesso em: 20 agosto 2013.

BRASIL. Lei nº 6.880, de 09 de dezembro de 1980. Dispõe sobre o estatuto dos militares. *Diário Oficial da União*. Publicado em 11 dez. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16880.htm>. Acesso em: 11 junho 2013.

BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, 02 set. 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16938.Htm>. Acesso em: 25 agosto 2013.

BRASIL. Lei nº 6.999 de 07 de junho de 1982. Dispõe sobre a requisição de servidores públicos pela Justiça Eleitoral e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, 08 jun. 1982. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6999.htm> Acesso em: 03 junho 2013.

BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. *Diário*

Oficial da União. Senado Federal, 18 abr. 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18112cons.htm>. Acesso em: 30 julho 2013.

BRASIL. Lei nº 8.246, de 22 de outubro de 1991. Autoriza o Poder Executivo a instituir o Serviço Social Autônomo Associação das Pioneiras e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, 13 out. 1991b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8246.htm>. Acesso em: 10 novembro 2013.

BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Rio de Janeiro, 03 jun. 1992a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.Htm>. Acesso em: 30 outubro 2013.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, 22 jun. 1993a, republicada e retificada em 06 jul. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.Htm>. Acesso em: 12 novembro 2013.

BRASIL. Lei nº 8.745 de 09 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do inciso IX do art. 37 da Constituição Federal, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, 10 dez. 1993d. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8745compilada.htm>. Acesso em: 20 junho 2013.

BRASIL. Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, 14 fev. 1995 e republicado em 28 set. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm> Acesso em: 03 janeiro 2013.

BRASIL. Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. *Diário Oficial da União*. Brasília, 20 set. 1995d. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19096.htm>. Acesso em: 14 maio 2013.

BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. *Diário Oficial da União*. Brasília, 23 dez. 1996a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.Htm>. Acesso em: 21 agosto 2013.

BRASIL. Lei nº 9.427 de 26 de dezembro de 1996. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. *Diário Oficial*. Brasília, 27 dez. 1996b. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/1033908/lei-9427-96>>. Acesso em: 04 fevereiro 2013.

BRASIL. Lei nº 9.472 de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. *Diário Oficial da União*. Brasília, 17 jul. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9472.htm> Acesso em: 04 fevereiro 2013.

BRASIL. Lei nº 9.636, de 15 de maio de 1998. Dispõe sobre a regularização, administração, aforamento e alienação de bens imóveis de domínio da União, altera dispositivos dos Decretos-Leis nºs 9.760, de 5 de setembro de 1946, e 2.398, de 21 de dezembro de 1987, regulamenta o § 2º do art. 49 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, 18 maio 1998d. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9636.htm>. Acesso em: 12 janeiro 2013.

BRASIL. Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, 18 maio 1998 e retificada em 25 maio 1998a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19637.htm>. Acesso em: 19 julho 2013.

BRASIL. Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998. Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, 28 maio 1998 e retificado em 05 jun. 1998b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9649cons.htm>. Acesso em: 03 março 2013

BRASIL, Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999. Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, 24 mar. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19790.htm>. Acesso em: 03 março 2013.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*. Brasília, 11 jan. 2002a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 20 julho 2013.

BRASIL. Lei nº 10.539, de 23 de setembro de 2002. Dispõe sobre a estruturação de órgãos, cria cargos em comissão no âmbito do Poder Executivo Federal, e dá outras providências. *Diário*

Oficial da União. Brasília, 24 set. 2002b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10539.htm#art4>. Acesso em: 18 junho 2013.

BRASIL. Lei nº 10.668, de 14 de maio de 2003. Autoriza o Poder Executivo a instituir o Serviço Social Autônomo Agência de Promoção de Exportações do Brasil - Apex-Brasil, altera os arts. 8º e 11 da Lei nº 8.029, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, 15 maio 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.668.htm>. Acesso em: 12 dezembro 2013.

BRASIL. Lei nº 10.824, de 22 de dezembro de 2003. Denomina "Aeroporto de Joinville/SC - Lauro Carneiro de Loyola" o Aeroporto de Joinville, no Estado de Santa Catarina. *Diário Oficial da União*. Brasília, 23 dez. 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.824.htm>. Acesso em: 18 junho 2013.

BRASIL. Lei nº 12.441, de 11 de julho de 2011. Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para permitir a constituição de empresa individual de responsabilidade limitada. *Diário Oficial da União*. Brasília, 12 ju. 2011b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112441.htm>. Acesso em: 18 junho 2013.

BRASIL. Lei nº 12.464, de 04 de agosto de 2011. Dispõe sobre o ensino na Aeronáutica; e revoga o Decreto-lei nº 8.437, de 24 de dezembro de 1945, e as Leis nº 1.601, de 12 de maio de 1952, e 7.549, de 11 de dezembro de 1986. *Diário Oficial da União*. Brasília, 05 ago. 2011a, edição extra. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12464.htm>. Acesso em: 11 junho 2013.

BRASIL. Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de . Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, 05 maio 2000a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm>. Acesso em: 30 outubro 2013.

BRASIL. Medida Provisória nº 813, de 01 de janeiro de 1995. Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, 01 jan. 1995a. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/Antigas/813.htm>. Acesso em: 03 março 2013.

BRASIL. Medida Provisória 1.795, de 01 de janeiro de 1999. Dispõe sobre a organização da presidência da república e dos ministérios, e dá outras providências (ementa modificada pela mpv 2.216-37, de 31/08/2001). *Diário Oficial. (Ed. Especial)*. Brasília, 01 jan. 1999, p. 1. Disponível em: <<http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao>>. Acesso em: 03 março 2013.

BRASIL. Medida provisória nº. 2.216-37, de 31 de agosto de 2001. Altera dispositivos da Lei no 9.649, de 27 de maio de 1998, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, 01 set. 2001a, ed. Extra. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2216-37.htm>. Acesso em: 20 junho 2013.

BRASIL. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (MARE)/Secretaria da Reforma do Estado. *Organizações sociais*. 5 ed. Brasília: MARE, 1998c, 75 p. (Cadernos MARE de Reforma do Estado, v. 2)

BRASIL. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (MARE)/Secretaria da Reforma do Estado. *Institucional*. Disponível em: <http://www.servidor.gov.br/institucional/historico_MARE.htm>. Acesso em: 20 maio 2013a.

BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação. *Contrato de gestão*. Disponível em: <http://www.mct.gov.br/upd_blob/0225/225906.pdf>. Acesso em: 20 agosto 2013c.

BRASIL. Ministério da Defesa. Exército Brasileiro. Secretaria-geral do Exército. Boletim do exército nº43/2009, Brasília, 30 de outubro de 2009. *Portaria nº 796, de 22 de outubro de 2009a. Aprova a diretriz sobre Cessão de Militar da Ativa para Órgãos não Pertencentes ao Comando do Exército*. Disponível em:< http://www.sgex.eb.mil.br/pdf/Normas_Sampaio.Pdf>. Acesso em: 11 junho 2013.

BRASIL. Ministério da Justiça. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/>. Acesso em 25 de julho de 2012.

BRASIL. Ministério do Planejamento. *Notícias*. Disponível em:< <http://www.planejamento.gov.br/noticia.asp?p=not&cod=524&cat=238&sec=25>>. Acesso em: 03 abril 2013b.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública Federal e Entes de Colaboração. Exposição de Motivos. *Comissão de Juristas constituída pela Portaria nº 426, de 6 de dezembro de 2007e, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão*. 2007, p. 16-17. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/seges/comissao_jur/arquivos/090729_seges_Arq_leiOrganica.Pdf>. Acesso em: 20 dezembro 2013.

BRASIL. Portal Brasil. Pesquisa de ponta em hidroceanografia serão implementadas no país. Defesa e segurança. 2013d. Disponível em: < <http://www.brasil.gov.br/defesa-e-seguranca/2013/07/pesquisas-de-ponta-serao-implementadas-em-hidroceanografia-no-pais>>. Acesso em: <08 out. 2013.

BRASIL. Presidente. *Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado*. Brasília: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado, 1995c.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. *RMS nº 266/RS*, Rel. Min. Peçanha Martins julgado em 07/06/1993b. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>>. Acesso em: 14 junho 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. *RMS nº 67/RS*, Rel. Min. Peçanha Martins. julgado em 03/02/1993c. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>>. Acesso em: 14 junho 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. *RMS 12.312/RJ*. Rel. Min. Vicente Leal. julgado em 12/11/2002c. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>>. Acesso em: 14 junho 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. *RMS 23.445/MG*. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. julgado em 22/11/2007b. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>>. Acesso em: 14 junho 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 6º turma. Recurso Ordinário em MS n. 9.933/RS – 1998/0041230-1 – Rel. Min. Vicente Leal, J: 14/02/2000, *Diário Judicial União*. 19/02/2001c. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>>. Acesso em: 25 junho 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Recurso Especial nº 1164419/DF. Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 04/11/2010. *Dário Judicial Eletrônico*. 10/11/2010d. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 17 janeiro 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. REsp nº 904.676/DF, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 18/11/2008. *Dário Judicial Eletrônico*. 15/12/2008. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 10 janeiro 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. RMS 17.644/DF, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 20/03/2007d. *Diário do Judiciário*. 12/04/2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 17 janeiro 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. RMS 16.280/RJ, Rel. Ministro José Delgado, julgado em 19/02/2004a. *Diário do Judiciário*. 19/04/2004, p. 154. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 17 janeiro 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. *RE 366168*, Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Julgado em 03/02/2004c. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 10 dezembro 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. *REsp 904.676/DF*, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 18/11/2008. *Dário Judicial Eletrônico*. 15/12/2008. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 17 janeiro 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. *AgRg no Ag 761.806/RJ*, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. julgado em 06/02/2007c. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 02 junho 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *ADI nº 1.864*. Rel. Min. Maurício Corrêa. Rel. p/ Acórdão: Min. Joaquim Barbosa. julgado em 08/08/2007e. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 10 de dezembro de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI 1.923. 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. *Diário Judicial Eletrônico*, p.106 divulgado em 20 set. 2007a. Publicado em 21 set, 2007. *Diário do Judiciário*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 agosto 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI 2.125 MC, Rel. Min. Maurício Corrêa. Julgado em 06/04/2000b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 21 de junho de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI 3.068, Relator(a): Min. Marco Aurélio. Relator(a) p/ Acórdão: Min. Eros Grau Tribunal Pleno, julgado em 25/08/2004. *Diário da Justiça*. Publicado em 23 set. 2005a. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 12 junho 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal pleno. RMS 6.277, Relator(a): Min. Henrique D'Ávila (convocado), julgado em 23/12/1959. *Diário do Judiciário*. 09-04-1959 PP-***** EMENT VOL-00378-01 PP-00262. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 22 janeiro 2013.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. Decisão 20/94. Rel. Min. Luciano Brandão Alves de Souza. *Diário Oficial da União*. Brasília, 17 fev.1994b. Sessão 02 de fevereiro de 1994. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br>. Acesso em: 14 dezembro 2013.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. *Acórdão 369/2009b*. Rel. Min. Marcos Vinícios Vilaça. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris>>. Acesso em: 10 de dezembro 2013.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. Consulta. *Acórdão 421/2004b*. Min. Rel. Augusto Sherman Cavalcanti. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ServletTcuProxy>>. Acesso em: 10 dezembro 2013.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. *Acórdão 907/1997b*. Rel. Min. Lincoln Magalhães da Rocha. *Diário Oficial da União*. Brasília, 26 dez. 1997. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/>>. Acesso em: 10 dezembro 2013

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Fiscalização. *AC-1901-28/10-P*. Sessão: 04/08/10d. Rel. Min. Raimundo Carreiro. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/jurisprudencia>>. Acesso em: 05 junho 2013.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. *Acórdão 2333/2011*. Rel. Min. Valmir Campelo. 2011c. Disponível: <https://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ServletTcuProxy>. Acesso em: 20 de novembro 2013.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. Fiscalização. *AC-2053-30/10-P*. Sessão: 18/08/10e Rel. Min. Raimundo Carreiro. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/jurisprudencia>>. Acesso em: 05 junho 2013.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. Fiscalização/Monitoramento *AC-2527-39/11-P* Sessão: 21/09/11c. Rel. Min. José Jorge. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/jurisprudencia>> Acesso em: 05 junho 2013.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. Representação. *Acórdão nº 3140/10*, ata 46/2010. Plenário. Min. Rel. Aroldo Cedraz. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/jurisprudencia>> Acesso em: 05 junho 2013. Publicação 24 de novembro 2010f.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. Consulta. *Acórdão nº 1.192/2010e*. Rel. Min. José Múcio Monteiro. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/juris>. Acesso em: 10 de dezembro de 2013.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. Processo nº 018.739/2012-1. *Acórdão nº 3239*. Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues. 2013d. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 07 setembro 2013.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado. In: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter. (Org.) *Reforma do Estado e Administração pública gerencial*. 7 ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2006.

_____. Um reforma gerencial da Administração Pública no Brasil. *Revista do Serviço Público*. Ano 49, n. 1, jan.-mar. Brasília: Escola Nacional da Administração Pública, 1998.

CARDOSO, Fernando Henrique. Reforma do Estado. In: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter. (Org.) *Reforma do Estado e Administração pública gerencial*. 7 ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2006.

CARVALHO, Carlos Eduardo de. Os novos caminhos do Direito Administrativo no contexto evolutivo do Estado de Direito. In: PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. (Org.). *O novo Direito Administrativo brasileiro: o Estado, as agências e o Terceiro setor*. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 323-363.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Interesse Público: verdades e sofismas. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 67-84.

_____. *Manual de Direito Administrativo*. 22 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CENTRO DE GESTÃO E ESTUDOS ESTRATÉGICOS (CGEE). *Resolução nº 129 – Divulga alterações do Estatuto do CGEE*. Brasília, 06 jul. 2012. Disponível em: <http://www.cgee.org.br/arquivos/cgee_estatuto.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2013.

CENTRO NACIONAL DE PESQUISA EM ENERGIA E MATERIAIS (CNPEN). *Conselho administrativo*. Ago. 2013. Disponível em <<http://www.cnpem.br/aspectosinstitucionais/institucional/conselho-de-administracao/>>. Acesso em: 20 ago. 2013.

CERQUEIRA, Thales Tácito; CERQUEIRA, Camila Albuquerque. *Direito eleitoral esquematizado*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 252.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado do domínio público*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

COSTA, Marcos Bemquerer; BASTOS, Patrícia Reis Leitão. Desvendando o “S”. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*. Belo Horizonte, ano 11, n. 127, p. 9-24, jul. 2012.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 5 ed. São Paulo: Ltr, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Aposentadoria dos servidores públicos efetivos. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabrício; FERRAZ, Luciano de Araújo (Org.) *Servidores públicos na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. Das entidades paraestatais e das entidades de colaboração. In: MODESTO, Paulo (Coord.) *Novas organização administrativa brasileira*. 2 ed. ver. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010 p. 239-256.

_____. *Direito Administrativo*. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. *Uso privativo de bem público por particular*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. O Princípio do Interesse Público: sobrevivência diante dos Ideais do Neoliberalismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 85-102.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Terceiro setor e estado: legitimidade e regulação*. Por um novo marco jurídico. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. v. 1, 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ENTERRÍA, Eduardo García; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

FERNANDES, Rubem César. O que é o terceiro setor? In: IOSCHPE, Evelyn Berg (Org.). *Terceiro setor: desenvolvimento social sustentado*. 2. ed. São Paulo: GIFE/Paz e Terra, 2000.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Reserva do possível, direitos fundamentais sociais e a supremacia do interesse público. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.) *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 267-305.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 8 ed. Totalmente revista e ampliada. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2004.

FIÚZA, César. *Direito Civil: curso completo*. 9 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Lei de proteção da concorrência: comentários à legislação antitruste*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

FORTINI, Cristiana. *Contratos administrativos: franquias, concessão, permissão e PPP*. 2º ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FORTINI, Cristiana; MIRANDA, Iúlian. As organizações sociais como instrumento destacado de atuação compartilhada entre a administração pública e a sociedade civil organizada. *In: XX Congresso Nacional do CONPEDI*, 2011, Vitória, p. 1028. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/>>. Acesso em: 02 ago. 2013.

_____. O Direito à informação como garantidor do controle social das atividades administrativas: uma análise dos riscos oriundos dessa participação popular. *In: XXII Encontro Nacional do CONPEDI*, 2013a. Curitiba. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=64f173a41d2ffa62> Acesso em: 03 de setembro de 2013.

_____. *Uma análise crítica acerca da pretensa desconstrução do Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Interesse Privado*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=2596a54cddb555cf>>. Acesso em: 21 ago. 2013b.

FREIRE, André Luiz. Responsabilidade patrimonial na atividade administrativa de fomento. *In: SPARAPANI, Priscila; ADRI, Renata Porto (Coord.). Intervenção do Estado no domínio econômico e no domínio social: homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 161-187.

FREITAS, Juarez. Regime peculiar das organizações sociais e o indispensável aperfeiçoamento do modelo federal. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 214. p. 99-106, out./dez. 1998.

FUNDAÇÃO CASIMIRO MONTENEGRO FILHO. *Apresentação*. Disponível em: <<http://www.fcmf.org.br/>>. Acesso em: 20 jun. 2013.

FURTADO, J. R. Caldas. A força vinculante da lei orçamentária. In: CASTRO, Rodrigo Pironti Aguires de (Coord.). *Lei de responsabilidade fiscal: ensaios em comemoração aos 10 anos da Lei Complementar nº 101/00*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 121-155.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2003.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 24 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 12 ed. revisada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2007.

GREENPEACE, Brasil. *Quem somos*. Disponível em: <[www. greenpeace. org/ brasil /pt/quemsomos](http://www.greenpeace.org/brasil/pt/quemsomos)>. Acesso em: 05 set. 2013.

GROSSMANN, Luís Osvaldo. *Embrapii terá R\$ 1 bilhão para pesquisas direcionadas ao setor produtivo. Convergência Digital*. Publicação 14 de março de 2013. Disponível em: <[http://convergenciadigital. uol. com. br/ cgi/ cgilua. exe/ sys/ start. htm? infoid= 33257 &sid= 3#. UIRA7RD wAmA](http://convergenciadigital.uol.com.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=33257&sid=3#UIRA7RDwAmA)>. Acesso em: 25 set. 2013.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 25-29.

INSTITUTO DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL MAMIRAUÁ. *Estatuto do instituto mamirauá: estatuto social consolidado*. 2012. Disponível em: <[http://www. mamiraua. org. br/ cms/ content/ public/ documents/ 2f52298d-b328-4498-a308-586c76079c44 _estatuto- idsm- 2013. Pdf](http://www.mamiraua.org.br/cms/content/public/documents/2f52298d-b328-4498-a308-586c76079c44_estatuto-idsm-2013.Pdf)>. Acesso em: 20 ago. 2013.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). *IBGE calcula participação econômica do terceiro setor*. Disponível em:<[http://www. ipea. gov. br/ acaosocial/ article14a4. html?id_ article= 389](http://www.ipea.gov.br/acaosocial/article14a4.html?id_article=389)>. Acesso em: 06 de out. 2012.

INSTITUTO NACIONAL DE MATEMÁTICA PURA E APLICADA (IMPA). *Institucional*. Disponível em: <[http://www. impa. br/ opencms/ pt/ institucional/ dirigentes/index.html](http://www.impa.br/opencms/pt/institucional/dirigentes/index.html)>. Acesso em: 20 ago. 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. O direito administrativo do espetáculo. IN: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 65-86.

_____. *Curso de direito administrativo*. 8 ed. Belo Horizonte, 2012.

_____. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15 ed. São Paulo: Dialética, 2012.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. A reforma do direito das associações sem fins econômicos pela Lei nº 11.127 de 2005 e o Terceiro setor. *Revista de Direito do Terceiro setor: RDTS*. Belo Horizonte. Ano 1, n.1, p. 39-42, janeiro/junho, 2007, p. 39.

MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. *Contratação temporária por excepcional interesse público: aspectos polêmicos*. 1 ed. São Paulo: Ltr, 2005.

_____. *Convênios Administrativos: aspectos polêmicos e análise crítica de seu regime jurídico*. São Paulo: Atlas, 2012.

MÂNICA, Fernando Borges. Da legalidade da participação de servidores públicos em cargos de direção de OSCIPs qualificadas como tais pelo Ministério da Justiça. *Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS*, Belo Horizonte, ano 3, n.5, p. 63-77, jan./jun. 2009.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens Públicos: função social e exploração econômica. O regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; CUNHA, Carlos Eduardo Bergamini. Serviços Sociais Autônomos. *Revista de Direito Administrativo – RDA*. Rio de Janeiro, v. 263, p. 135-174, maio/ago. 2013.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Natureza jurídica das organizações sociais e das organizações da sociedade civil de interesse público. In: SPARAPANI, Priscilia; ADRI, Renata Porto (Coord.). *Intervenção do Estado no domínio econômico e no domínio social: homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELO, Cristina Andrade. As organizações sociais e as Quasi autonomous non governmental organizations (quangos) da Grã-Betanha: uma fuga para o Direito Privado? *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte, v. 79, n. 2, abril/maio/junho 2011.

MELLO, Célia Cunha. *O fomento da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MELLO, Rafael Munhoz de. Atividade de fomento e o princípio da isonomia. In: SPARANI, Priscila; ADRI, Renata Porto (Coord.). *Intervenção do Estado no domínio econômico e no domínio social: homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 263-285.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. 1ª Câmara Cível. Apelação Cível 1.0024.08.938223-8/002, Rel. Des.(a) Geraldo Augusto, julgamento em 28/06/2011, publicação da *súmula* em 15/07/2011b. Disponível em: < <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/.com.br> > Acesso em: 20 novembro 2012.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. 3ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 1.0417.08.011657-3/001, Rel. Des.(a) Albergaria Costa, julgamento em 17/05/2012, publicação da *súmula* em 25/05/2012. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 10 janeiro 2013.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. 6ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 1.0058.09.038525-1/001, Rel. Des.(a) Antônio Sérvulo, julgamento em 27/09/2011, publicação da *súmula* em 04/10/2011a. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/.com.br>>. Acesso em: 20 novembro 2012.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Corte Superior. Mandado de segurança nº 1.0000.05.420918-4/000. Des. Rel. Kildare Carvalho. Data do julgamento 14 de dezembro de 2005. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia>. Acesso em 14 de junho de 2013.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Mandado de Segurança nº 1.0000.12.081486-8/00. Órgão especial. Des. Rel. Bitencourt Marcondes. Data do julgamento 03 de abril de 2013. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 14 junho 2013.

MIRANDA, Iúlian; ROCHA, David de Oliveira Lima. A possibilidade de alocação de riscos nos contratos administrativos regidos pela Lei nº 8.666/93 à luz do direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 138, p. 27-40, junho 2013.

MONTEIRO, Washington de Barros; FRANÇA PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro. *Curso de Direito Civil: parte geral*. 42 ed. 3ª tiragem, São Paulo: Saraiva, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MOTTA, Fabrício. Concurso Público. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabrício; FERRAZ, Luciano de Araújo (Org.) *Servidores públicos na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2011.

NUNES, Andrea. *Terceiro setor: controle e fiscalização*. 2 ed. São Paulo: Método, 2006.

OLIVEIRA, Antônio Flávio de. Cessão de servidor público para instituição sem fins lucrativos. In: SAYD, Jamile (Org.) *Servidor Público: questões polêmicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Constitucionalidade da Lei Federal nº 9.637/98, das organizações sociais (comentários à Medida Cautelar da ADIn nº 1.923-DF, do Supremo Tribunal Federal). *Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS*, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, jul./dez. 2007, p. 177-210.

OLIVEIRA, Gustavo Justino. Direito do terceiro setor. *Revista de Direito do Terceiro Setor*. Belo Horizonte, ano 1, nº 1, jan./jun. 2007, p. 03-19

OLIVEIRA, José Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006.

OMS. *Constituição da Organização Mundial de Saúde de 1946*. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAdede/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em: 03 set. 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: introdução ao direito civil. Teoria Geral de Direito Civil*. 21 ed. vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PETROBRÁS. *Organograma: energia que integra pessoas, mercados e nações*. Disponível em: <<http://www.petrobras.com.br/pt/quem-somos/perfil/organograma/>>. Acesso em: 08 julho 2013.

PIRES, Maria Coeli Simões. Terceiro setor e as organizações sociais. *Boletim de Direito Administrativo*, ano 15, n. 4, p. 245-255, abr. 1999.

PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. Atualização por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000, t. III.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. PUCMINAS Disponível em:<http://www.pucminas.br/destaques/index_interna.php?pagina=3330>. Acesso em: 10 set. 2013.

REDE NACIONAL DE ENSINO E PESQUISA (RNP). *Contato de gestão*. Disponível em:<https://www.rnp.br/rnp/contrato_mct.html>. Acesso em: 20 ago. 2013.

REGULES, Luis Eduardo Patrone. *Terceiro setor: regime jurídico das OSCIPs*. São Paulo: Método, 2006.

REINO UNIDO. House of Commons. *Research paper n° 5/30*, de 11 de abril de 2005. *The quango debate*. Disponível em: <<http://www.parliament.uk>. Acesso em: 30 de setembro de 2012.

REINO UNIDO. Cabinet Office. *Public Bodies 2009*. Set. 2009. Disponível em:< [http://www.civilservice.gov.uk/Assets/Public Bodies 2009_tcm6-35808.pdf](http://www.civilservice.gov.uk/Assets/Public%20Bodies%202009_tcm6-35808.pdf)>. Acesso em: 15 dezembro 2012.

REINO UNIDO. *Quangos*. Disponível em: < <http://www.parliament.uk/business/publications/research/key-issues-for-the-new-parliament/decentralisation-of-power/quangos/> >. Acesso em: 20 novembro 2011.

RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. Interesse Público: um conceito jurídico determinável. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 103-119.

RIFKIN, Jeremy. Identidade e natureza do terceiro setor. In: IOSCHPE, Evelyn Berg. *3º setor: desenvolvimento social sustentado*. 3 ed. São Paulo: Paz e Terra: Grupo de Institutos, Fundações e Empresas (GIFE), 2005.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. Concessão, Permissão, Autorização, Cessão e Doação. Quais São as Diferenças? (Conclusão). *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*. Belo Horizonte, n. 35, ano 3, nov. 2004. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=9479>>. Acesso em: 15 janeiro 2013.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Décima sétima Câmara Cível. *Apelação nº 0013864-70.2009.8.19.0007*. Des. Rel. Elton Leme. Data do julgamento 22 de maio de 2013. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br>>. Acesso em: 18 junho 2013.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro Setor*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SANNA, Fernanda Amorim. O preconceito do sistema das subvenções na sistemática dos convênios e termos de parceria. In: SPARAPANI, Priscila; ADRI, Renata Porto (Coord.). *Intervenção do Estado no domínio econômico e no domínio social: homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 217-240.

SARAH, Rede Sarah de Hospitais de Reabilitação. *Instituição*. Disponível em: <<http://www.sarah.br/Cvisual/Sarah/>>. Acesso em: 06 janeiro 2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, Maria das Graças Bigal Barboza da; SILVA, Ana Maria Viegas da. *Terceiro setor: gestão das entidades sociais (ONG – Oscip – Os)*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

TEIXEIRA, Josenir. A indevida utilização da formação do Conselho de Administração das Organizações Sociais federais pelos Estados e Municípios. *Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS*, Belo Horizonte, ano 6, n. 12, p. 125-153, jul./dez. 2012.

VERONESE, Alexandre. *Reforma do Estado e organizações sociais: a experiência de sua implantação no Ministério da Ciência e Tecnologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

VIOLIN, Tarso Cabral. *Terceiro Setor e as parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica*. Belo Horizonte: Fórum. 2010.

Wikipédia. *Quango*. Disponível em: <<http://en.wikipedia.org/wiki/Quango>>. Acesso em: 13 outubro 2010.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. *Da intervenção do Estado no domínio social*. São Paulo: Malheiros, 2009.