

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO**

Isabelle Paula de Oliveira E Silva

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.923 DF:
UMA ANÁLISE SOBRE OS PARÂMETROS DE
CONSTITUCIONALIDADE UTILIZADOS NA AÇÃO**

Juiz de Fora
2017

Isabelle Paula de Oliveira E Silva

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.923 DF:
UMA ANÁLISE SOBRE OS PARÂMETROS DE
CONSTITUCIONALIDADE UTILIZADOS NA AÇÃO**

Artigo apresentado à faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel, sob orientação do Professor Dr. Renato Chaves Ferreira.

Juiz de Fora
2017

FOLHA DE APROVAÇÃO

Isabelle Paula de Oliveira E Silva

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.923 DF: UMA ANÁLISE SOBRE OS PARÂMETROS DE CONSTITUCIONALIDADE UTILIZADOS NA AÇÃO

Artigo apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel, submetida à Banca Examinadora composta pelos membros:

Orientador: Professor Dr. Renato Chaves Ferreira
Universidade Federal de Juiz de Fora

Professor Dr. Frederico Augusto D'Ávila Riani
Universidade Federal de Juiz de Fora

Lays Gomes Martins

PARECER DA BANCA

() APROVADO

() REPROVADO

Juiz de Fora, 22 de Junho de 2017

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar alguns aspectos referentes à constitucionalidade da Lei 9.637/98 que veio a sofrer uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, a ADIN 1.923/DF. Em síntese, a Lei em questão trata principalmente da qualificação das organizações sociais e da posterior celebração de contratos de gestão entre essas entidades e a administração pública com a dispensa da licitação. Questiona-se o fomento estatal destinado a essas pessoas jurídicas de direito privado sem que haja, para isso, parâmetros concretos de fiscalização da destinação desses recursos. Busca-se ainda, fazer algumas diferenciações nas terminologias utilizadas na ADIN; entender em que medida os princípios norteadores da administração pública, elencados no caput do art. 37 da Constituição federal, se aplicam a essas organizações sociais e por fim procura-se compreender como se dá o controle e a fiscalização dessas contratações tanto dessas entidades com a Administração Pública, quanto destas com terceiros.

PALAVRAS- CHAVE: Organizações sociais; Contratos de gestão; Fomento; Administração Pública; Controle.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyze some aspects related to the constitutionality of Law 9.637/98 that came to undergo a Direct Action of Unconstitutionality, ADIN (in Portuguese) 1923/DF. In summary, the Law in question deals mainly with the qualification of social organizations and the subsequent conclusion of management contracts between these entities and the public administration with the exemption of bidding. It is questioned the government furtherance to these legal entities of private Law without, for this, concrete parameters of supervision of the destination of these resources. We also intend to make some differentiations in the terminologies used in ADIN; we seek to understand to what extent the guiding principles of public administration, listed in the main section of art. 37 of the Federal Constitution, applies to these social organizations and ultimately, we seek to understand how the control and supervision of these contracting between these entities with the Public Administration, as well as with third parties work.

Keywords: Social organizations; Management contracts; Furtherance; Public Administration; Control.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1.O TERCEIRO SETOR E OS CONTRATOS DE GESTÃO NA PERSPECTIVA DA ADIN 9.123/DF.....	6
2. DIFERENCIAÇÕES ENTRE CONTRATO DE GESTÃO E CONVÊNIO	8
2.1 Os princípios norteadores da Lei 9.637/98 e as críticas aos contratos de gestão	10
3. O CONTROLE E A FISCALIZAÇÃO DAS CONTRATAÇÕES	12
3.1 Contratações das organizações sociais com terceiros.....	14
CONCLUSÃO.....	17
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	18

INTRODUÇÃO

Esta análise cuida da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.923/DF (ADIN 1.923/DF) ajuizada pelo Partido dos Trabalhadores (PT) e pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT) em face da Lei 9.637/98, que trata da qualificação como organizações sociais de pessoas jurídicas de direito privado e em face do inciso XXIV do art. 24 da Lei 8.666/93, com redação dada pelo art. 1º da Lei 9.648/98, que autoriza a celebração de contratos de prestação de serviços com organizações sociais, com dispensa de licitação.

O tema em questão, mas do que nunca dado o momento histórico em que vivemos, possui destacada relevância, uma vez que a Lei questionada trata sobre o instituto do contrato de gestão como ferramenta pública capaz de viabilizar a cooperação entre a Administração Pública e as entidades qualificadas como organizações sociais pelo Poder Público. O tema torna-se ainda mais relevante, uma vez que a natureza privada das organizações sociais contrasta-se ao fomento promovido pelo Estado.

Em síntese, entidades desprovidas de finalidade lucrativa e não integrantes da Administração Pública prestam serviços de interesse público, voltados ao ensino, ao desenvolvimento tecnológico, a pesquisa científica, à proteção e preservação do meio ambiente, à saúde e à cultura. Este trabalho, porém, tende a focar a questão do elevado volume de recursos orçamentário-financeiro e patrimonial repassados pelo Estado por meio dos contratos de gestão às organizações sociais e quais parâmetros são utilizados para que estes repasses sejam considerados lícitos. Busca-se analisar principalmente as razões que justificam a dispensa de licitação na celebração dos contratos de gestão, quando da destinação de recursos orçamentários.

É sabido que as empresas estatais se subordinam aos princípios norteadores da atividade administrativa previstos na Constituição Federal de 1998, em seu art. 37, devendo, portanto, orientar sua atividade de acordo com a legalidade, isonomia, moralidade, eficiência e pelos demais princípios pertinentes e que a obrigatoriedade de licitação prévia para as contratações com a Administração Pública se impõe para essas empresas. Essa imposição possui caráter fundamental, uma vez que, a Lei 8.666/93, estabelece parâmetros para o controle dessas contratações de modo que possíveis irregularidades não ocorram.

A questão que se impõe é a de como controlar a destinação de recursos orçamentários e bens públicos móveis e imóveis às organizações sociais, se o parâmetro de controle para a destinação desses recursos é a Lei 8.666/93 e nos moldes do art. 24, XXVI da

mesma Lei, a licitação é dispensada. Ademais, recursos são destinados às organizações sociais que conseqüentemente irão utilizá-los na compra ou na contratação de serviços de terceiros. Como fiscalizar essas contratações com terceiros?

Deste modo, as questões jurídicas aventadas por meio da ADIN 1.923/DF relacionam-se ao fomento da prestação de serviços de interesse público por entidades privadas utilizando-se recursos públicos de grandes proporções e sendo reproduzido em todas as esferas de governo, o que torna o tema de relevante interesse para a sociedade.

1. O TERCEIRO SETOR E OS CONTRATOS DE GESTÃO NA PERSPECTIVA DA ADIN 9.123/DF

Com o passar dos anos o Estado passou-se a evidenciar uma visível insuficiência de recursos para a gestão e promoção dos Direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, desta forma, abriu-se espaço para a criação do terceiro setor, que caracteriza-se por parcerias público privadas, com a função de realizar atividades inerentes ao Estado, ou seja, atividades de saúde , proteção do meio ambiente, assistência social, dentre outras atividades de interesse da sociedade. Neste sentido Lúcia Valle Figueiredo (2003 p.153-154) conclui:

[...] as organizações sociais são pessoas jurídicas privadas, sem fins lucrativos, cujas atividades, no âmbito federal, são dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendido os requisitos previstos na Lei 9637/98.

As Organizações sociais nascem compondo o terceiro setor, são pessoas jurídicas de direito privado que desenvolvem atividades de interesse social com o apoio da administração pública e em tese não possuem finalidade lucrativa. Apesar de realizarem atividades típicas de Estado, as entidades integrantes do terceiro setor não fazem parte da administração pública, o que torna difícil à determinação do regime jurídico aplicável a tais entidades. Citando Cretella Junior, Maria Sylvia Zanellodi Pietro (2002, p.412) explica que as entidades do Terceiro Setor são chamadas de paraestatais, porque atuam ao lado do Estado, ou seja, não visam substituí-lo, mas sim colaborar com este no desempenho de suas atividades. Recebem também a denominação de entidades públicas não estatais, pois, apesar de prestarem serviços de interesse público, não integram a Administração Pública.

As organizações sociais, portanto, são entes não integrantes da administração pública, compostas por pessoas jurídicas de direito privado, que cumprem tarefas com a clara

finalidade pública, porém, com fomento Estatal. Deste aspecto decorre uma série de questões que no mínimo devem ser analisadas com calma, uma vez que o uso do dinheiro público está sendo repassado a entes privados.

Para que passem a receber verbas estatais as organizações sociais devem se qualificar e atender ao que dispõe a Lei 9.637/98 que tem como objetivo 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. Depois de qualificadas, as organizações sociais estariam aptas a realizar os denominados contratos de gestão. De acordo com o entendimento exposto pela decisão do julgamento da ADIN 9.123/DF este contrato realizado entre entidades pública e privada, se dá através de uma união de vontades para a concretização do interesse público. Não há uma contraposição de interesses com o intuito lucrativo, que caracteriza a figura do contrato administrativo habitual. Na realização do contrato de gestão, Poder público e entidade privada qualificada com Organização social, unem forças para a concretização de interesses da coletividade. Neste aspecto cabe destacar que conforme o Voto-Vista do Ministro Eros Grau em Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.923-5 DF:

A definição de contrato de gestão como o “instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social” causa espanto. Pois a de número 9.637 é uma lei que sem sombra de dúvida muito inova a ciência do direito: seu artigo 5º define como contrato não o vínculo, mas seu instrumento... Seja como for, a celebração desse contrato de gestão com o Poder Público habilitará a organização social ao desfrute de certas vantagens. Mais do que vantagens, favores desmedidos, visto que essa contratação não é antecedida de licitação.

Além disso, a decisão ainda aduz que a qualificação como Organização Social com o intuito de receber verbas públicas, diferentemente do que ocorre nas contratações habituais antecedidas de licitação, não consiste em uma disputa entre os interessados, mas em um credenciamento de todas aquelas entidades que satisfizerem os requisitos estipulados pela Lei 9.637/98. Deve-se ressaltar que este “credenciamento” realizado pelas entidades privadas para se habilitarem como Organização Social depende de uma aprovação quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação, feita pelo 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. Neste ponto, cabe uma ressalva, o que seria apenas um credenciamento, atendendo a todas as entidades que supostamente apresentassem os requisitos estabelecidos em Lei, passa a depender também da conveniência e da

oportunidade estipuladas por gestores atuando de forma discricionária, sem qualquer parâmetro de aferição. Esta discricionariedade certamente poderia favorecer determinadas entidades, uma vez que não existem critérios objetivos na escolha das Organizações Sociais, e em se tratando de verbas públicas destinadas aos setores privados, deveria haver ao menos um parâmetro objetivo de escolha. Neste sistema, possíveis desigualdades de tratamento e injustiças, derivadas da tentação de optar por determinados beneficiários destes contratos, podem ocorrer; diversos fatores políticos ou econômicos podem vir a influenciar a escolha da entidade contratada.

2. DIFERENCIAÇÕES ENTRE CONTRATO DE GESTÃO E CONVÊNIO

A Lei 9.637/98 difundiu o modelo do contrato de gestão. Segundo seu art. 5º, entende-se por contrato de gestão 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, qual seja, áreas que vêm a ser as de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde. Nestes contratos o Poder Público pactua com pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, não integrantes da administração pública. Como adverte Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2008, p.263-264), o que se dá com a Lei 9.637/98 é fomento, e não descentralização. Enquanto o contrato de gestão, quando celebrado com entidades da Administração indireta, tem por objetivo ampliar a sua autonomia, quando celebrado com organizações sociais, tem sua autonomia restringida, pois, embora sejam entidades privadas terão que sujeitar-se às exigências contidas no contrato.

Deve-se analisar, portanto o seguinte aspecto: a Lei 9.637/98 estabelece, segundo o entendimento da decisão da ADIN 9.123/DF, que o contrato de gestão será celebrado “como uma união de vontades”, “de comum acordo” entre o órgão ou entidade supervisora e a organização social, será ainda aprovado pelo conselho de administração da entidade, para enfim, ser submetido ao Ministro ou autoridade supervisora da área de atuação (Lei 9.637/1998, art. 4º, inc. II, c/c 6º, *caput* e parágrafo único). Essa união de vontades, em tese, descaracterizaria a essência do termo “contrato de gestão”, para caracterizá-lo com pretende a decisão da ADIN 9.123 DF como convênio. Nas palavras do Ministro Luiz Fux e seu voto na ADIN 9.123 DF:

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

No entanto, apesar do at.7º da Lei 9.637/98 elencar os diversos princípios a serem observados na contratação entre Organização Social e administração pública e um conteúdo mínimo para o contrato, o parágrafo único desse mesmo artigo atribui ao Ministro ou à autoridade supervisora da área o dever de estipular as demais cláusulas do contrato de gestão de que sejam signatários. Deste modo, o poder atribuído ao Ministro ou a entidade supervisora de inserir novas cláusulas, modificar ou suprimir cláusulas originais garante que, apenas excepcionalmente, o contrato terá característica de convênio, ou seja, será estabelecido como uma união de vontades com o objetivo de suprir o interesse público. O documento a princípio pactuado é mera hipótese de contrato, ou seja, caso a autoridade supervisora competente ou o ministro de Estado altere o que fora pactuado, o contrato de gestão passa a ser firmado unilateralmente, perdendo a característica de convênio que pretende o entendimento da decisão da ADIN 9.123 DF. O ente que se qualifica para realizar um contrato de gestão com o Estado, nesses moldes, adere às imposições estatais sem contra partida. Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p.210) critica essa terminologia de contrato de gestão nas organizações sociais mencionando que, trata-se de um erro grosso, face os conceitos de contrato na legislação brasileira. *In verbis*:

A definição em apreço, de um lado é lamentável do ponto de vista técnico, pois começa por qualificar tal contrato como um "instrumento". Ora, qualquer pessoa com rudimentos de Direito sabe que contrato não é instrumento no qual está vertido. Este último é apenas o meio por via do qual se externa o contrato. De outro, é altamente imprecisa, pois não esclarece o que deverá ser entendido por "parceria", expressão extremamente vaga e que serve para abranger quaisquer formas de colaboração entre o Poder Público e terceiro na realização de algum empreendimento. Esclarece-se apenas que o objeto de tal contrato com as organizações sociais diz respeito às atividades indicadas (ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, cultura, saúde e proteção e preservação do meio ambiente).

Outra questão defendida pelo Ministro Luiz Fux na ADIN 9.123 DF que deve ser debatida é a de que o contrato de gestão realizado por uma pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos e a administração pública, não busca em nenhuma seara, interesses individuais; contrata-se, portanto, visando única e exclusivamente o interesse da coletividade; o interesse perseguido deve transcender a individualidade de interesses e focar na concretização do interesse coletivo. A administração pública passou a considerar que as entidades que realizam contratos de gestão com o Estado são colaboradores completamente desinteressados em finalidades lucrativas, com interesses convergentes aos seus. Com isso, passou a fomentar suas atividades, fazendo repasses de verbas públicas a tais entidades, baseando-se apenas na intenção de que, de fato, tais entidades estariam completamente desprovidas de interesses pecuniários. Convenhamos, no atual momento histórico pelo qual o Brasil atravessa, com a corrupção borbulhando em todas as esferas de governo, esse ideal é um tanto quanto utópico, ainda mais, quando os parâmetros para aferir tais contratações são distorcidos.

2.1 Os princípios norteadores da Lei 9.637/98 e as críticas aos contratos de gestão

Segundo a interpretação dada a Lei 9.637/98 é válida a prestação de serviços não exclusivos por organizações sociais em parceria com o poder público, ou seja, poder público e iniciativa privada podem exercer essas atividades simultaneamente, pois ambas são titulares deste direito nos termos da Constituição Federal. Ao contrário do que ocorre com os serviços públicos privatizados, o particular pode exercer tais atividades independentemente de qualquer ato negocial de delegação pelo poder público de que seriam exemplos os instrumentos da concessão e da permissão mencionados no artigo 175, caput, da Constituição Federal.

Contudo, a celebração de um contrato de gestão-convênio, entre administração pública e entidade privada deve ser conduzida de forma impessoal, com critérios objetivos, de forma pública e ainda pautada nos princípios constitucionais que regem a Administração pública elencados no caput do art. 37 da Constituição Federal.

Certo é que o terceiro setor nasceu com a função de realizar atividades inerentes ao Estado, de grande interesse da coletividade e que a administração pública visando promover os Direitos Fundamentais passou a delegar a entidades privadas. De acordo com essa lógica a contratação das organizações sociais via contratos de gestão, dispensando o processo licitatório, se dá visando atender ao princípio da eficiência, buscando-se com isso atender com

uma maior agilidade setores da saúde, educação, cultura, meio ambiente e tecnologia, uma vez que o processo licitatório demanda um maior tempo na escolha da empresa contratada que realizará tais atividades. Todavia, na realização do processo licitatório são estabelecidos parâmetros para que os princípios elencados no caput do art. 37 da Constituição Federal sejam de fato respeitados, impõe-se, portanto, critérios objetivos de escolha baseados na isonomia, publicidade, moralidade e eficiência. Critérios como melhor preço, melhor técnica e preço ou maior lance visam alcançar a proposta mais vantajosa para a administração. A existência de um edital definindo os critérios de elegibilidade dos contratantes, o objeto da licitação, as condições de pagamento e as sanções administrativas em caso de descumprimento, visa justamente atender de forma clara e objetiva os princípios elencados no caput do art. 37. Celso Antônio Bandeira de Mello (MELLO, 2003) critica o contrato de gestão por considerá-lo inconstitucional. Não por ser este firmado entre a Administração e a Organização Social, mas pela maneira que essa parceria é realizada. Da forma estabelecida pela lei este contrato viola o princípio constitucional da isonomia, ao dispensar a licitação para a escolha da Organização Social a ser contratada, além de conceder excessivo poder discricionário à Administração Pública.

No mesmo sentido, Maria Sylvia Zanellodi Pietro (DI PIETRO, 2002) critica tais contratos de gestão. Sua principal condenação consiste no fato de serem essas entidades uma forma usada pelo Estado de prestar o mesmo serviço, sobre as mesmas condições, mesma estrutura e pessoal, mas sem a excessiva burocracia estatal. A Autora defende que é evidente a intenção do legislador de usar o contrato de gestão como forma de fugir do regime público. A Organização Social exerce o serviço público que o Estado antes exercia, usando, para tanto, patrimônio, funcionários e bens públicos, com a única diferença de que o regime a ela aplicado é o privado, ou seja, as Organizações Sociais não se submetem às chamadas “amarras da Administração Pública.” Entende ainda que a Lei poderia se tornar constitucional se realizadas as seguintes alterações: realização de licitação para escolha da entidade e submissão aos seus princípios; prova da prévia existência da mesma, com sede, patrimônio e capital próprio, além de outros requisitos exigidos para a constituição válida de uma pessoa jurídica; comprovação de qualificação técnica e idoneidade financeira para gerir patrimônio público; determinação de limite salarial, quando use de recursos orçamentários públicos para remunerar seus empregados e a prestação de garantia, como exigido nos contratos administrativos.

Nas contratações realizadas entre Organizações sociais e administração pública, de forma discricionária, o Ministro ou a entidade supervisora escolhe mediante a oportunidade e

a conveniência as entidades que irão receber verbas públicas para realizar tais atividades. Como então, tirar do plano abstrato, a imposição dos princípios norteadores da administração? Como medir sua efetiva concretização? Que as contratações devem ser pautadas nestes princípios é um fato. Mas em que medidas realmente o são?

O voto-vista do Ministro Luiz Fux na Adin 9.123 DF é todo pautado na observância dos princípios contidos no texto constitucional, porém, não aponta de fato como estes princípios serão observados. Ele salienta ainda que tanto a contratação com terceiros como a seleção de pessoal feita pelas organizações sociais devem ser conduzidas de forma pública, objetiva e impessoal, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada identidade, o que mostra o quão amplo são esses parâmetros de adequação. Segundo seu entendimento:

Por não se tratar de contratos administrativos, não cabe falar em incidência do dever constitucional de licitar, restrito ao âmbito das contratações (CF, art. 37, XXI). Nem por isso, porém, a celebração de contratos de gestão pode ficar imunizada à incidência dos princípios constitucionais. Da mesma forma como se ressaltou acima, a Administração deve observar, sempre, os princípios estabelecidos no *caput* do art. 37 da CF. Dentre eles, têm destaque os princípios da *impessoalidade*, expressão da isonomia (art. 5º, *caput*), e da *publicidade*, decorrência da ideia de transparência e do princípio republicano (CF, art. 1º, *caput*). (Voto Vista Ministro Luiz Fux, ADIN 1.923 DF, página 27).

3. O CONTROLE E A FISCALIZAÇÃO DAS CONTRATAÇÕES

Uma relevante questão que se impõe é a de que nos termos da Lei 9.637/98 haveria limites ao controle e a fiscalização das Organizações Sociais, no que diz respeito ao fomento que lhe é destinado pelo poder público, no que se refere ao Tribunal de Contas e ao Ministério Público. Conforme aduz o artigo 4º, inciso X, da Lei 9.637/98, caberiam privativamente ao Conselho de administração:

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.

Conforme colocado pelo Ministro Luiz Fux em seu voto vista na ADIN 9.123 DF, não existiria restrição no controle feito pelo Tribunal de Contas no que diz respeito à aplicação de recursos públicos:

O termo “*privativo*”, ao tratar, no art. 4º da Lei, das competências do Conselho de Administração, diz respeito apenas à estrutura interna da organização social, sem afastar, como sequer poderia, o âmbito de

competência delimitado constitucionalmente para a atuação do Tribunal de Contas (CF, art. 70, 71 e 74).

Ocorre que como não existem parâmetros de controle para a contratação das organizações sociais, como poderia ser feito um controle efetivo do fomento destinado a estas organizações de forma adequada? A questão é sempre a mesma e nas palavras de Eros Grau em seu voto vista na ADIN 1.923 DF:

(...) 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 móveis e imóveis a elas tudo com dispensa de licitação.

As competências relativas à supervisão ou fiscalização do contrato de gestão compreendem a avaliação da execução dos compromissos contratuais, especialmente no que se refere ao cumprimento das metas negociadas com a organização social e a análise da sua prestação de contas, relativa ao exercício financeiro. Nesse sentido, dispõe o § 1º do art. 8º da lei:

“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”.

O poder atribuído ao Ministro ou a entidade supervisora de inserir novas cláusulas, modificar ou suprimir cláusulas originais do contrato de gestão possui ao menos um aspecto positivo no âmbito da fiscalização das Organizações Sociais, uma vez que seria recomendável que a Autoridade pública negociasse com a entidade a inclusão de dispositivo específico no contrato de gestão, que obrigasse os seus dirigentes a apresentar, anualmente, ao Poder Público, em prazo definido, cópia das declarações do Imposto de Renda com o objetivo de acompanhar a evolução do seu patrimônio. Essa providência poderia contribuir para a verificação da existência de evidências de enriquecimento ilícito de que trata o art. 10 da Lei nº 9.637, de 1998. (SALGADO, 2012)

Além desta questão, a lei nº 9.637/98, em seu artigo 12, estabelece que o Poder Público pode destinar as organizações sociais que celebram contrato de gestão, recursos orçamentários e bens públicos, mediante permissão de uso (§ 3º), necessários ao cumprimento do referido contrato. Senão vejamos:

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.

Isto se faz através de um ato discricionário e precário, sem necessidade de autorização legislativa, o que é bastante criticado pela doutrina e dá margem a corrupção e a fraudes, visto que a fiscalização é limitada e os parâmetros para que esta fiscalização se efetive são afastados. O art. 13 da mesma lei, em seu caput e parágrafo único, estabelece que os bens móveis públicos permitidos para uso podem ser trocados por outros de igual ou maior valor, assim que cumpridos os seguintes requisitos: 1) os novos bens integrem o patrimônio da União; 2) haja prévia avaliação do bem; e 3) expressa autorização do poder público em momento anterior a essa permuta. Mais uma vez, tal prerrogativa ofende princípios jurídicos básicos como o da isonomia (art. 5º, caput da CF), impessoalidade (art. 37, caput da CF), obrigatoriedade de licitação (art. 37, XXI da CF/88). Importante lembrar que a devida habilitação técnica ou econômica é aplicada em todos os contratos da Administração Pública com particulares e, nas organizações sociais, se faz exceção.

Todos estes aspectos contribuem para uma fuga do regime jurídico administrativo contrariando diversos princípios constitucionais e administrativos. Apesar de o Supremo Tribunal Federal ter decidido pela manutenção da lei em seu julgado, não apresenta grande mudança na prática. Não fogem, porém, às diversas críticas feitas pela doutrina como no trecho de DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (1999 p. 215-216) no qual define as organizações sociais como “entidades fantasmas, porque não possuem patrimônio próprio, sede própria, vida própria”.

3.1 Contratações das organizações sociais com terceiros

Outro aspecto de grande relevância é a questão dos contratos realizados por essas organizações com terceiros, o fato de as organizações sociais serem entidades privadas e não integrarem a administração pública faz com que não exista submissão dessas às licitações, muito embora a Lei, em sua abstração, pregue a observação do núcleo essencial dos princípios da administração pública. Este entendimento é relatado pelo Ministro Ayres Britto na ADIN 1.923 DF:

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

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

O maior problema deste entendimento é a abstração com que a Lei trata a fiscalização e a subsunção das contratações aos princípios fundamentais da administração.

De acordo com o entendimento do Ministro Luiz Fux na ADIN 1.923 DF, a dispensa da licitação contida no art. 24 da Lei 8.666/93, deve observar os princípios constitucionais. Segundo ele a finalidade da dispensa está ligada ao incentivo das organizações sociais no desempenho das funções que deveriam ser realizadas pelo Poder Público nos serviços sociais. Entretanto, a contratação direta deve observar critérios objetivos e impessoais de modo a permitir o acesso a todos os interessados em contratar com a administração, sem a formalidade prevista na Lei 8.666/93. Sobre o questionamento a respeito das contratações das organizações sociais com terceiros estarem submetidas ao dever de licitar, a justificativa foi que as entidades que compõem o terceiro setor possuem natureza de direito privado não fazendo parte do conceito constitucional de Administração Pública e que apesar da existência norteadora dos princípios administrativos nas contratações, estes devem se moldar aos atributos mais flexíveis do setor privado de modo a compatibilizar-se a este setor. Essa compatibilização se daria por meio do instrumento previsto no art. 4º, VIII, da Lei 9.637/98 com a expedição de regulamento próprio de cada organização social para contratações. Conforme o raciocínio desenvolvido, a Lei 8.666/93 seria demasiadamente formal e pouco

célere, o que inviabilizaria o desenvolvimento dos setores atingidos por essas organizações sociais. O questionamento que se impõe é único: como um procedimento que foi desenvolvido para regulamentar, fiscalizar e dar tratamento isonômico as contratações com o poder público pode se tornar tão obsoleto e ultrapassado quando se trata dos contratos de gestão realizados pelas organizações sociais.

Fato é que deve ser dada uma atenção especial a esta dita “desburocratização” do processo de contratação das organizações sociais, haja vista o momento histórico em que vivemos, no qual a cultura da corrupção permeia os poderes legislativo, executivo e judiciário no Brasil e a liberdade de contratação, muitas vezes pode ser confundida e utilizada como forma de burlar o sistema e o uso da organização social pode, em verdade, ser uma máscara para esconder a corrupção.

CONCLUSÃO

A Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pelo Partido dos Trabalhadores (PT) e pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT) em face da Lei 9.637/98 tratou de questões de grande interesse da sociedade. O fato de as organizações sociais prestarem serviços previstos constitucionalmente recebendo fomento Estatal e se inserirem num setor híbrido, possuindo características tanto públicas quanto privadas, tornou contravertida algumas questões.

A Administração Pública na expectativa de atender aos anseios sociais de forma mais célere, buscou incentivar as Organizações Sociais para adentrar mais efetivamente em setores como o da educação, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, saúde e cultura. Nessa toada, a necessidade da sociedade pela maior eficiência nos serviços públicos acabou por impulsionar o desenvolvimento de instrumentos administrativos deste tipo para o desempenho da administração pública. E foi justamente a criação desses mecanismos administrativos pensados para atender as demandas sociais que geraram tamanhas controvérsias na doutrina e na jurisprudência.

A Lei 9.637/98, que dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, foi então, alvo de discussão quanto a sua constitucionalidade e neste trabalho procuramos destacar alguns pontos que foram questionados, principalmente, os repasses de verbas públicas às organizações com dispensa de licitação, o controle e a fiscalização empreendidas pelos órgãos responsáveis quando da realização desses contratos e as contratações dessas organizações com terceiros.

A principal conclusão é a de que deve haver clareza nos parâmetros estabelecidos para se contratar com as organizações sociais. O que a Lei 9.637/98 faz é dispensar a licitação e aduzir abstratamente que os princípios elencados na Constituição Federal devem ser respeitados, porém, sem estabelecer como e em que medida. Desta forma, abre-se uma enorme gama de possibilidades para que sejam burlados os preceitos e as intenções trazidas quando da criação da Lei das Organizações Sociais. Existe um grande receio de que a desburocratização e este processo mais célere acabem por ser usados como instrumento para permear a corrupção. Infelizmente toda a crise política, econômica e financeira por qual o país tem passado tem demonstrado que até mesmo nas contratações de empresas privadas com administração pública precedidas de processo licitatório tem havido desvio de verbas públicas. Por que devemos acreditar então, que aquelas efetuadas sem este processo, que visa justamente fiscalizar, controlar essas contratações, seriam diferentes?

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Voto-Vista Min. Luiz Fux **ADIN 9.123 DF** Relator Min. Ayres Britto. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/voto__adi1923lf.pdf

BRASIL. **Lei nº 9.637 de 15 de maio de 1998** – Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9637.htm

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 14.ed. São Paulo:Atlas, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanello. **Parcerias na Administração Pública**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2002

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

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

MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 17.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SALGADO, V.A.B: GRAEF, A. **Relações de parceria entre Poder Público e Entes de Cooperação e Colaboração no Brasil**. Série Inovação na Gestão Pública - Cooperação Brasil-Espanha, Livro 1, Editora IABS. Brasília, 2012.