

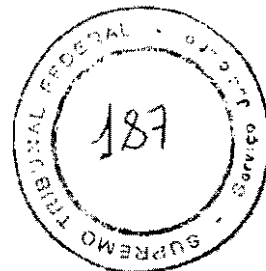
**Mensagem nº 164**

Excelentíssimo Senhor Presidente do Supremo Tribunal Federal:

Para instruir o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923, tenho a honra de encaminhar a Vossa Excelência as informações em anexo, elaboradas pela Advocacia-Geral da União.

Brasília, 08 de fevereiro de 1999.

A Sua Excelência o Senhor  
Ministro **JOSÉ CELSO DE MELLO FILHO**  
Presidente do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL



**PROCESSO N° 00001.010769/98-77**

**ORIGEM** : STF – Ofício n° 2.550/R, de 11.12.98

**ASSUNTO** : Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 1.923

**Despacho do Advogado-Geral da União**

**Adoto**, para os fins e efeitos do art. 4º, inciso V, da Lei Complementar n° 73, de 10 de fevereiro de 1993, as anexas **INFORMAÇÕES N° AGU/MP-03/99**, elaboradas pelo Consultor da União, Dr. **MIGUEL PRÓ DE OLIVEIRA FURTADO**, bem como a **NOTA SAI N° 4684/98-MVB**, da Casa Civil da Presidência da República, e as **INFORMAÇÕES/CONJUR N° 001/99**, da Secretaria de Estado da Administração e do Patrimônio do Ministério do Orçamento e Gestão.

Brasília, 08 de fevereiro de 1999.

  
**GERALDO MAGELA DA CRUZ QUINTÃO**  
Advogado-Geral da União

**INFORMAÇÕES Nº AGU/MP-03/99**  
**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 1.923**  
**REQUERENTE: PARTIDO DOS TRABALHADORES - PT e o**  
**Partido Democrático Trabalhista - PDT**  
**REQUERIDOS: Presidente da República**  
**Congresso Nacional**

Ex.<sup>mo</sup> Senhor Advogado-Geral da União,

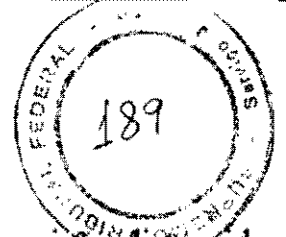
*"A EMBRAER, embora tenha sido constituída como sociedade de economia mista controlada pela União Federal, era uma empresa privada e assim deveria ser gerenciada, onde os resultados, o lucro a eficiência, a competitividade e a qualidade deveriam ser preservados permanentemente, como um galardão ligado ao sucesso empresarial. No início da vida da empresa isso foi possível. Contudo, à medida que ela ganhou idade, e a partir do instante em que o governo, dez anos mais tarde, decidiu 'controlar' as Estatais, seguindo o clamor gerado pela imprensa, que denunciava que as empresas controladas pelo Estado estavam muito 'soltas', do ponto de vista gerencial, tudo começou a piorar."*<sup>1</sup>

O Partido dos trabalhadores – PT e o Partido Democrático Trabalhista – PDT foram ao Supremo alegar a inconstitucionalidade da Lei n. 9.637, de 15 de maio de 1998, que *"Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências"* e do inciso XXIV do art. 24 da Lei n. 8.666, de 1993, que permite, sem licitação, os contratos de prestação de serviços, desde que tratem das atividades previstas no contrato de gestão.

2. A extensão da inicial (71 laudas), mesmo que descontadas as 14 laudas reprodutivas da lei e dos artigos constitucionais pretensamente infringidos, denota que os autores dedicaram especial atenção em contestá-la. Mas não lhes

<sup>1</sup> Ozires Silva. *Decolagem de um Sonho*. S.Paulo: Lemos, 1998. P. 267.





assiste razão. Frequentemente, a argumentação se centra em visões distorcidas ou em ambigüidades terminológicas.

O Estado, como se houvesse a presunção de que todos os que lhe prestam serviços, dirigentes e servidores, são corruptos – e é o que parece de-fluir das leis – a cada dia cria mais mecanismos de controle e de centralização que, embora nunca suficientes para impedir todas as falcatruas, de tal modo amarra e enovela pessoas, órgãos e instituições que a prática de qualquer ato ou a tomada da mais simples decisão fragmenta-se em múltiplas etapas e consome considerável tempo, com prejuízo de todos. Durante muito tempo atribuiu-se a necessidade desse regime ao Estado, pelo fato de constituir ele espécie de sociedade em que os administradores não geriam coisa própria. Enquanto as empresas privadas estavam sob constante vigilância do dono, o Estado ficaria à mercê do desinteresse ou da avidez de quem o dirigisse. O tempo, porém, encarregou-se de demonstrar a sem-razão da crítica. O mundo, hoje, ostenta boa quantidade de *megaempresas* multinacionais que manipulam recursos em quantidade superior à de quase todos os Estados atuais individualmente considerados. E como elas não têm *donos*, mas acionistas, seus dirigentes são contratados no mercado de trabalho. Ficaram, portanto, em situação, sob esse aspecto, semelhante à do Estado, pois são dirigidas por executivos e não pelo proprietário ou por membro de sua família.

Ora, tivessem esses empresários a mesma mentalidade dos que criam os controles do Estado, dos quais basta citar a licitação, e todas elas ou teriam falido, ou teriam seus custos decuplicados. Imagine-se uma General Motors cumprindo todas as normas da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, para adquirir os milhares de itens que integram cada um de seus modelos produzidos e tem-se a dimensão do ônus que se impôs ao Estado. Compreende-se, então, que o Estado

necessita de reformas que o permitam tornar-se mais ágil. Como os administradores da empresa privada não são mais ou menos sérios do que os administradores públicos, a única coisa de que se necessita é punir os administradores públicos da mesma maneira que se punem os dirigentes privados. Recentemente, nos EUA, o administrador de um grande banco, o qual até passava por amigo do Brasil, foi compelido, por alguns anos, a mudar o endereço para a cadeia, por negócios mal explicados.

3. De qualquer forma *habemus legem*. E temos leis que, mesmo quando liberam, especialmente as empresas da administração indireta, de certos grilhões, terminam interpretadas pelo prisma do Estado. A intensa *vis attractiva* exercida pelo Estado não lhes permite escapar da estreita órbita em que ele transita.

Dentre as primeiras iniciativas tomadas com intuito liberatório podem citar-se as criações das autarquias e das sociedades de economia mista <sup>2</sup> e, posteriormente, das empresas públicas. Mas foi sonho vão. Sob o pretexto de que as empresas manuseavam grandes volumes de dinheiro público (?!), começaram a surgir os controles, como o da ação popular (Lei n. 4.717, de 29.6.1965, art. 1º). E se se tratava de dinheiro público,urgia prestar contas aos Tribunais de Contas. Foi o que estabeleceu o art. 7º da Lei n. 6.223, de 14 de julho de 1975, de constitucionalidade duvidosa, já que ampliava a competência do TCU, prevista no art. 70 da Constituição de 1967, após a Emenda n. 1, de 1969. Foi por aí que se iniciou o assédio às sociedades de que participava o Estado. A conclusão está hoje em diversos artigos da Constituição: art. 37, incisos XVII, XIX, XX; art 169, Parágrafo Único, II, e diversos outros. Se o dinheiro da subscrição de capital feita pelo Estado era público, pública deveria continuar a ser a propriedade imóvel que o Estado fizesse incorporar ao patrimônio da empresa na subscrição de ações,

<sup>2</sup> Theóphilo de Azeredo Santos. *As Sociedades de Economia Mista no Direito Brasileiro*. 1. ed. Rio: Forense, 1964. P. 14. N. 5.



demandando autorização legal para que fosse vendido pela sociedade. Incongruência que muitos não perceberam.

Daí a justa crítica de Ozires Silva:

*“O Governo Federal, no intenso desejo de melhor controlar suas empresas, tinha baixado uma quantidade de leis, decretos e regulamentos que em definitivo ameaçavam intensamente a competitividade das empresas industriais, introduzindo-as no ambiente perigoso das decisões lentas, das limitações de autoridade para alterar estratégias e de estagnação das ações de marketing.”*<sup>3</sup>

4. Foi diante do descalabro a que foram levados o Estado e suas empresas que se iniciou reação, em diversos pontos do mundo, com o fito de salvá-los do naufrágio. É preciso que a Administração Pública se torne mais leve e mais ágil. Para esse fim elegeu o legislador, no Brasil, algumas áreas de serviços que só constituem serviço público, porque prestados pelo Estado, mas de nenhuma maneira serviço público ontologicamente, e os está transferindo para organizações sociais. Ou, como prefere **Pontes de Miranda**:

*“Serviço público é o serviço próprio do Estado, o serviço que ao próprio Estado incumbe como Estado. Aqui, há diferença, que é capital: a que extrema o serviço público, propriamente dito, que é o de que cogitamos, e o serviço que, por sua extensão, posto que não seja público, mas, tão-só, prestado ao público, exige alguma participação do prestígio do Estado, ou a coordenação de que é capaz o Estado, ou favores do Estado, para que se possa organizar. Aí, o serviço é serviço ao público.”*<sup>4</sup>

Escolhendo certos setores de “*serviço ao público*”, optou o legislador por permitir que certas entidades com personalidade jurídica de direito privado, as exercessem. Todavia, ao contrário da visão dos requerentes, nota-se flagrantemente, que foi tímido o legislador. Embora se trate de entidade com perso-

<sup>3</sup> Ozires Silva. *Decolagem de um Sonho*. S.Paulo: Lemos, 1998. P. 594.

<sup>4</sup> *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969*. Tomo I. S.Paulo: RT, 1970. 2. ed. rev. P. 457.

nalidade de direito privado, é viva a participação de representantes do Poder Público no conselho de administração da entidade numa proporção que pode variar de 20 % a 40 % (art. 3º). Não contente com isso, estabeleceu a obrigatoriedade de contrato de gestão (art. 5º) e o submeteu a estrita fiscalização da Administração direta (art. 8º), além de permitir a indisponibilidade de bens da entidade e de seus dirigentes no caso de malversação de bens ou dinheiro público (art. 10). Assim, apesar de a personalidade ser de direito privado, em nenhum momento, bens ou mesmo servidores, escapam à vigilância da Administração direta.

Na verdade, de tal maneira continua manietada a entidade que com mais propriedade a elas se aplica o que, com exagerada força de expressão, disse **Manoel Gonçalves Ferreira Filho** das sociedades de economia mista e empresas públicas:

*“Tais entes, tais sociedades, porém, são, como já se disse, o Estado.”*<sup>5</sup>

5. Aos requerentes pareceu, porém, que a instituição, ou melhor dizendo, a atribuição de semelhante qualificação a tais entidades, extrapola a regra constitucional que não prevê outro tipo societário para auxiliar o Estado, além das sociedades de economia mista e as empresas públicas.

Ora, em nenhum momento, explícita ou implicitamente, veda a Constituição a criação de outros tipos societários. Na verdade, a norma que impedia o Executivo de criar novos tipos é de natureza inferior e se acha inscrita no § 2º do art. 5º do Decreto-lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967. Ai, depois de conceituar as autarquias, as empresas públicas e as sociedades de economia mista, estatuiu no

<sup>5</sup> Revista de Direito Administrativo n. 144, p. 193 (191/202). Parecer, de 23.8.1979.



“§ 2º. O Poder Executivo enquadrará as entidades da Administração Indireta existentes nas categorias constantes deste artigo.”

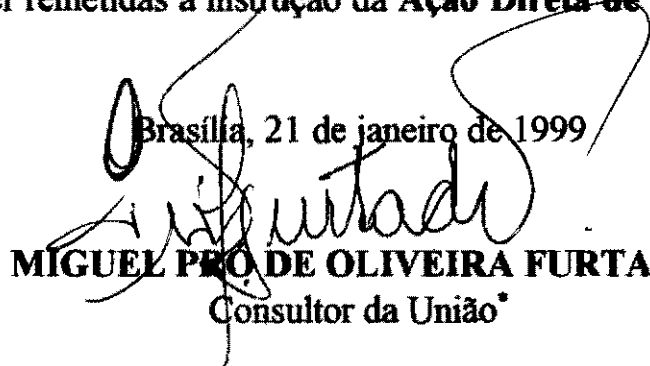
Sendo, porém, as normas, tanto a que restringe (Decreto-lei n. 200, art. 5º, II) como a que permite (Lei n. 9.637, art. 1º), do mesmo nível hierárquico, a incompatibilidade resolve-se pela derrogação parcial da primeira. Inexiste, pois, qualquer vedação no sistema jurídico. Pode, portanto, o Executivo criar ou instituir os tipos societários que a conveniência administrativa aconselhar.

6. Mas, se pode, não o fez. Não houve, propriamente, criação ou instituição de novo tipo societário. São, na verdade, sociedades civis sem fim lucrativo que, acomodando-se aos requisitos enumerados na lei, podem qualificar-se como *organizações sociais*. E, aí, espera-se que, um pouco menos peiadas, consigam mais eficientemente prestar os serviços que o Estado, com as amarras que lhe apuseram, não vem conseguindo. Fins e meios são, pois, legítimos.

7. Sugiro, por fim sejam juntadas às presentes as informações prestadas pela Casa Civil da Presidência da República e pela Secretaria de Estado da Administração e do Patrimônio, a última das quais se deteve mais diretamente no exame das inconstitucionalidades alegadas.

Essas, Senhor Advogado-Geral da União, as informações que me parece devam ser remetidas à instrução da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.923.

Brasília, 21 de janeiro de 1999

  
MIGUEL PRO DE OLIVEIRA FURTADO  
Consultor da União\*



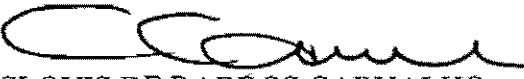
Aviso nº 1787

Em 28 de dezembro de 1998.

Senhor Advogado-Geral,

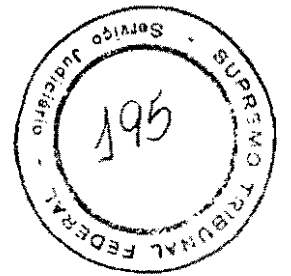
Em atendimento ao Aviso nº 1071/AGU/SG-CS/98, de 14 de dezembro de 1998, encaminho a Vossa Excelência a Nota SAJ nº 4684/98 - MVB, que trata da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923, ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal pelo Partido dos Trabalhadores - PT e pelo Partido Democrático Trabalhista - PDT, em cuja inicial pleiteiam a inconstitucionalidade do inteiro teor da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998.

Atenciosamente,

  
CLOVIS DE BARROS CARVALHO  
Ministro de Estado Chefe da Casa  
Civil da Presidência da República

A Sua Excelência, o Senhor  
GERALDO MAGELA DA CRUZ QUINTÃO  
Advogado-Geral da União

(NUP – 00001.010769/98-77)



**CASA CIVIL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA**  
**Subchefia para Assuntos Jurídicos**

**NOTA**

**De Acordo**  
**Em 28/11/1998**

*Guilmar Ferreira Mendes*  
Subchefe para Assuntos Jurídicos

SAJ nº 4684/98 - MVB

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923.  
REQTES. : Partido dos Trabalhadores - PT e  
Partido Democrático Trabalhista - PDT  
REQDOS. : Presidente da República e Congresso  
Nacional.

Por meio do AVISO nº 1071/AGU/SG-CS/98, de 14 de dezembro em curso, endereçado ao Senhor Ministro de Estado Chefe da Casa Civil, o Senhor Advogado-Geral da União solicita manifestação desta Subchefia sobre o alegado na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923, ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal pelo Partido dos Trabalhadores - PT e pelo Partido Democrático Trabalhista - PDT, em cuja inicial pleiteiam a declaração de inconstitucionalidade do inteiro teor da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, 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 bem assim do inciso XXIV do art. 24 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com a redação que lhe deu o art. 1º da Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998.

Em atendimento à solicitação constante daquele Aviso, esta Nota veicula as seguintes Informações, ora consideradas adequadas para a instrução dos autos daquela Ação Direta de Inconstitucionalidade.

**Da síntese do feito:**

O Partido dos Trabalhadores - PT e o Partido Democrático Trabalhista - PDT, com o fito de serem declarada inconstitucional a Lei nº 9.637, de 1998, e o inciso XXIV do art. 24 da Lei nº 8.666, de 1993, no fundamental argumentam o seguinte na petição inicial da ADIN nº 1923, **in verbis**:

“O art. 1º da Lei nº 9.637, de 1998, trata de entidades constituídas sob a natureza de pessoas jurídicas de direito privado, as quais seriam qualificadas como Organizações Sociais e, **nessa condição**, substituiriam entidades públicas na prestação de serviços públicos nas diversas áreas elencadas em seu art. 1º.

Ora, as **pessoas jurídicas de direito privado na estrutura normativa vigente são as associações, as sociedades e as fundações**. O que as caracteriza de uma maneira

*[Handwritten signature]*



geral é a natureza da iniciativa de suas criações. Tanto faz que se constituam para realização de obra de interesse coletivo como para consecução de fins particulares. **Importa que sejam fruto da iniciativa privada**, e que operem por conta e risco desta iniciativa.

Sob o pálio da questionada Lei nº 9.637 as Organizações Sociais - inovação no ordenamento jurídico nacional - serão configuradas como entidades públicas não estatais, de direito privado e sem fins lucrativos, **criadas na forma de Fundações, Associações e Sociedades**, mas que **não operam por sua conta e risco**, uma vez que mantidas por recursos públicos que lhes são transferidos pelo Erário na forma do contrato de gestão. A respeito dessa qualificação, afirma o jurista **PAULO EDUARDO GARRIDO MODESTO**, ex-Assessor do Exmo. Sr. Ministro da Administração Federal:

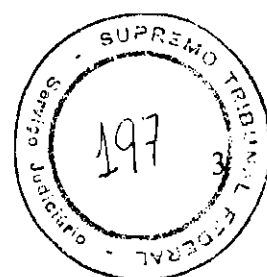
“As organizações sociais não constituirão em um novo tipo de pessoa jurídica, pois serão constituídas segundo as mesmas formas de constituição formal das tradicionais fundações ou associações sem fins lucrativos, mas representarão uma “inovação institucional”, porquanto desencadearão um marco legal amplamente inovador quanto ao modo de relacionamento entre o Estado e as instituições sem fins lucrativos, de relevância social. Este marco legal, referido em detalhe no corpo deste trabalho, vincula as organizações sociais a normas que, por um lado, estabelecem um regime de maiores restrições e maior vigilância do Estado, se comparado ao atual regime jurídico aplicável às tradicionais entidades privadas de utilidade pública e, por outro, assegura-lhes também maiores benefícios e vantagens. Esse fato revela que a denominação organização social é uma expressão elíptica. Denominam sinteticamente organizações sociais as entidades privadas, fundações ou associações sem fins lucrativos, que usufruem do título de organização do Poder Público, semelhante em muitos aspectos à qualificação deferida às instituições privadas sem fins lucrativos quando recebem o título de utilidade pública.”

Tais entidades poderão, por meio de simples “qualificação” por ato do Chefe do Poder Executivo, e da assinatura de um “contrato de gestão” absorver atividades antes a cargo de instituições integrantes da Administração, gerir e aplicar recursos a elas destinados na Lei Orçamentária sem, todavia, submeter-se às limitações estabelecidas para as entidades administrativas estatais. E as atividades a serem executadas pelas “organizações sociais” serão os serviços sociais caracterizados nas áreas de saúde, ensino, cultura, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente.

Ora, tratando das fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que pertine ao seu conceito e natureza jurídica, o eminente administrativista, Diógenes Gasparini assevera, **verbis**:

“O conceito de fundação, gênero do qual a fundação privada e a fundação pública são espécies, é encontrado na doutrina. Segundo esta, é um patrimônio personalizado, afetado a um fim. O patrimônio, substrato econômico da fundação, é o complexo de relações jurídicas pertencentes a um dado sujeito. Personalizado, porque sobre ele incidem normas jurídicas, tornando-o sujeito de direito e obrigações. Afetado a um fim significa destinado ou consagrado a perseguir uma finalidade que, no caso das criadas, instituídas ou mantidas pela Administração Pública, é sempre de interesse público. Não pode haver fundação, ainda que instituída sob o figurino do Direito Privado, que possa perseguir, legalmente, interesse privado.

Com efeito, o Estado pode criar pessoas de Direito Público, bem como pessoas de Direito Privado para oferecerem aos administrados os serviços que entender sejam-lhes úteis. É a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (Prestação, cit., p. 147), ao dizer que da vontade do Estado podem nascer entidades públicas e privadas. Pública é a que responde a um regime de Direito Público, e privada é a



que atende a um regime de Direito Privado, estatuídos, um e outro, nos atos de criação e instituição.

As fundações instituídas pela Administração Pública destinam-se essencialmente à realização de atividades não lucrativas e de interesse dos administrados, a exemplo da educação, da cultura e da pesquisa. As fundações de direito público são criadas pelo Estado através de lei. A locução *criada por lei*, consignada no inc. XIX do art. 37 da Constituição da República, abarca a transformação de outra entidade governamental (autarquia, sociedade de economia mista, empresa pública) ou particular (empresa mercantil) em pública.

As fundações de direito privado não observam, nem devem, a mesma simetria. Com efeito, sua criação obedece às disposições do Código Civil (art. 24 a 30) se o Estado estiver fundado em uma lei que lhe dê tal prerrogativa. De posse da lei autorizadora, são praticados os atos instituidores da entidade: escritura e registro no órgão competente. Só assim a fundação adquire existência e personalidade jurídica.

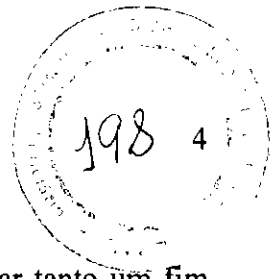
**As fundações de direito público ou as de direito privado, por força da lei federal n. 8.666/93, estão obrigadas a licitar sempre que desejarem celebrar ato ou contrato de seu interesse, salvo hipótese em que, legalmente, estão liberadas desse procedimento. Como se não bastasse isso, a Constituição Federal, ao atribuir exclusivamente à União a competência para editar normas gerais de licitação e contratos, inclui entre os que estão obrigados a observá-las as “fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público nas diversas esferas de governo” (art. 22, XXVII). Destarte, a obrigatoriedade de licitar dessas entidades é inquestionável. Obedecerão, para tanto, à legislação da entidade a que se ligam e, se esta não existir, à Lei Federal n. 8.666/93. Podem editar regulamentos próprios, consoante permitido pelo art. 119 da Lei citada, mas tais regulamentos são de pouca valia, já que essas entidades ficam vinculadas a essa Lei. Seriam, então, apenas regulamentos de serviços ou normas operacionais, consoante previsto no art. 115 da Lei n. 8.666/93.**

As fundações públicas, porque autarquias, desfrutam de *prerrogativas* ou *privilégios* estatais, e seus atos, na maioria das vezes, são administrativos. Dentre as prerrogativas, destacam-se: a) execução fiscal de seus créditos inscritos na dívida ativa; b) ação regressiva contra seus servidores; c) prescrição quinquenal de suas dívidas passivas; d) impenhorabilidade de seus bens e rendas; e) imprescritibilidade de seus bens; f) prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer; g) duplo grau de jurisdição sempre que for condenada; h) imunidade tributária sobre seus bens, rendas e serviços. A par dessas últimas, devem ser contadas as que lhes são atribuídas em relação aos processos que tramitam pela Justiça do Trabalho, nos termos do Decreto-Lei Federal nº 779/69. **Nenhum privilégio ou prerrogativa têm as fundações de direito privado, salvo os que a lei especial prescrever.”**

No que pertine às sociedades e associações, a doutrina formula, sob um prisma teleológico, uma certa distinção. Destarte, o termo sociedade serve para denominar a pessoa jurídica formada em torno de uma finalidade lucrativa. De outra parte, chama-se associação à pessoa jurídica constituída tendo em vista fins morais, políticos, literários, artísticos e outros fins não econômicos.

Examinando-se o Código Civil brasileiro, constata-se que o legislador não cuidou de definir claramente o conceito de sociedade ou associação. A Seção III do Capítulo II (Das Pessoas Jurídicas) do Título I (Da Divisão das Pessoas) do Livro I (Das Pessoas) da Parte Geral, dedicada exclusivamente às sociedades e associações civis (arts. 20 a 23), não se revela um primor de técnica legislativa: dos quatro artigos, somente o art. 20 não se refere à dissolução das entidades, e mesmo assim não traz a menor luz ao problema em debate.

O que se verifica é que o art. 16, inciso I, do CCB fala em “sociedades civis, religiosas, políticas, científicas ou literárias”. Já o art. 23 se refere a “sociedades de fins



econômicos”. Assim, se dá a entender que as sociedades podem colimar tanto um fim lucrativo como outro de qualquer espécie como, aliás, reconhece um dos maiores especialistas brasileiros no estudo do chamado “terceiro setor”, **RUBENS CESAR FERNANDES**:

“Não há interesse coletivo que, apreendido como uma demanda efetiva, não possa, em princípio, tornar-se objeto de investimentos lucrativos. Educação, saúde, ciência e tecnologia, meio ambiente, cultura, esporte, comunicação, geração de renda e trabalho, etc, são, evidentemente, fontes de prósperos negócios”.

Da mesma forma, a redação do art. 22 do CCB se refere a associações de intuitos não econômicos de uma forma tal que não exclui a possibilidade de existirem associações com fins lucrativos.

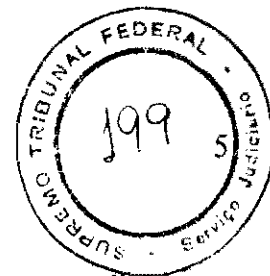
Assim, se observa que a lei brasileira permite a interpretação das expressões em debate como sinônimas, desde que não forneceu elementos para uma distinção segura e absoluta de qualquer natureza. Assim entende, por exemplo, o Prof. **ARNOLDO WALD**.

Feitas essas breves ilações, podemos observar que a citada Lei nº 9.637/98 parte da equivocada e implícita idéia de que para se garantir a eficiência e a qualidade dos serviços públicos, rotulados como “sociais”, o caminho a ser seguido, o princípio fundamental a ser obedecido é o da reforma do aparelho do Estado por meio da transferência das responsabilidades executadas por entidades públicas para entidades privadas, não integrantes da Administração Indireta. Descentralização do aparelho de Estado propriamente dito para o setor público não estatal, ou mais especificamente, para o setor privado, através de “parceria” com a sociedade, onde particulares assumem a gestão de bens, recursos e serviços públicos até então prestados por entidades estatais integrantes da Administração Indireta. Descentralização que deixa de ser *por serviços, técnica ou funcional* e que passa a ser *descentralização por colaboração*, assim definida pela Doutrina:

“**Descentralização por colaboração** é a que se verifica quando, por meio de **contrato** ou **ato administrativo unilateral**, se transfere a execução de determinado serviço público a pessoa jurídica de direito privado, previamente existente, conservando o poder público a **titularidade** do serviço.”

A definição comporta, como se vê, a preexistência, ou a existência autônoma, de uma entidade privada que passa a executar serviço público por meio de contrato com o Poder Público, ou mediante permissão outorgada unilateralmente. Essa entidade privada é criada por particulares - e não pela Lei - mas o serviço executado permanece sob a tutela do Poder Público. O contrato de concessão ou o ato administrativo unilateral de permissão de serviço público, pelos quais o Poder Público atribui ao ente descentralizado a execução do serviço público descentralizado sem as amarras do regime público, *impõe-lhe todavia regras de direito público* destinadas a assegurar a continuidade, a igualdade dos usuários e a mutabilidade do serviço concedido. O capital da concessionária ou permissionária de serviço público é privado, cabendo a esse capital arcar com os riscos do empreendimento e os lucros dele advindos. Além disso, adverte **MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO**:

“A concessão de serviço público, pela sua própria natureza, especialmente pela sua forma de remuneração, não se presta a qualquer tipo de serviço público; ela só se presta àqueles que sejam passíveis de exploração comercial. Os serviços públicos de saúde, de educação, aquilo que é chamado de serviços sociais do Estado, na minha maneira de ver, não se prestam à concessão de serviço público. Justamente por serem serviços gratuitos, o Estado é que tem que manter inteiramente a execução desses serviços. Não haveria como fazer a concessão, e o concessionário



assegurar a sua remuneração pela exploração comercial do serviço; quer dizer, não é um tipo de serviço passível de exploração comercial.”

Fica desde logo claro, portanto, que as Organizações Sociais, pela sua natureza de entidades de natureza associativa ou fundacional de direito privado, não se encaixam nesse conceito, pelo que se pode dizer que se trata de *descentralização por colaboração* impropriamente configurada. Nem mesmo se configura, no plano formal, a criação de um ente *paraestatal*, à semelhança dos serviços sociais autônomos, que se caracterizam como entes de colaboração com o Estado que independem de contrato de concessão ou ato unilateral de permissão. Isso porque os serviços sociais autônomos, espécie do gênero *paraestatal*, são criados por lei, enquanto a *organização social propriamente dita não deriva* a sua existência diretamente da lei - embora só venha a ter existência material mediante a cessão de patrimônio, servidores e recursos financeiros antes pertencentes a entidade de direito público que, no processo, é *extinta*.

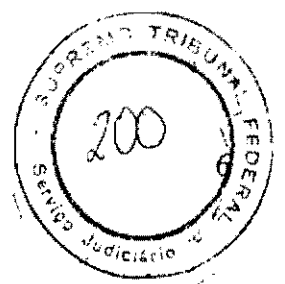
Essas entidades terão autonomia financeira e administrativa, respeitadas condições descritas em lei específica, mas, contudo, **serão financiadas pelo próprio Estado. Não estarão sujeitas aos riscos da atividade**, pois têm recursos assegurados no orçamento público; **não requerem investimentos prévios, nem dispõem de patrimônio próprio**, eis que assumem a gestão do patrimônio público que lhes é cedido; **não ampliam necessariamente a prestação de serviços**, pois se prestam a **substituir** ente público **preexistente**. Permanecem **públicas no que convém**, mas **privadas no que interessa** à maior “flexibilidade de gestão”. **Muda-se a roupagem sem, contudo, modificar-se a essência**, exceto no que é necessário para o gozo das “vantagens” da gestão privada. Mas, repetindo a lição do Exmo. Sr. Ministro Carlos Velloso, “*as distinções assentam-se na natureza das coisas, e não no rótulo*”.

O instrumento fundamental de controle pelo poder público do desempenho das novas entidades será o Contrato de Gestão, que se coloca como o meio por excelência para associar a “delegação” dos bens, recursos e serviços públicos à entidade privada, desde que se comprometa a atingir ou manter determinados níveis de prestação de serviços. Este instrumento, de origem no direito administrativo francês mas já adotado no Brasil em diferentes esferas do poder público, direciona-se à gestão por resultados, já que associado ao cumprimento de metas num determinado horizonte de tempo.

Esse contrato caracteriza-se como um compromisso bilateral entre o Poder Público e a organização contratada - seja ela entidade pública ou “organização social”, como preconiza a Lei nº 9.637. O compromisso, que se acha regulado no art. 7º da Lei nº 9.637, assegura à entidade que contrata com o Poder Público liberdade e meios para alcançar os resultados no horizonte de tempo definido, inserindo-se como um mecanismo para a mudança da Administração Pública, com base na concepção da “administração gerencial” importada de exemplos estrangeiros os quais privilegiaram o enfoque na eficiência.

Embora seja evidente a tentativa de *afastar* a prestação de serviços do “núcleo central do Estado”, na verdade, tanto o Programa Nacional de Publicização como as Organizações Sociais nada acrescentam de novo no campo da descentralização. Constitui-se antes num **modelo mal acabado de transferência de responsabilidades públicas a entes privados** que, efetivamente, **não se destacam** do corpo da Administração Descentralizada, nem prescindem da atuação subsidiária do Estado, como parece ser a intenção do Plano Diretor da Reforma do Estado. Dá-se, **artificialmente**, aos entes públicos **já constituídos**, uma **nova roupagem** para que de sua gestão possam apropriar-se os mesmos grupos de interesse que outrora levaram o Constituinte a objetivar as figuras jurídicas integrantes da Administração Pública subordinadas aos princípios moralizadores da Carta de 1988, **como se isso fosse suficiente para despi-las de sua natureza de entes integrantes da administração pública, prestadores de serviço público**.

Trata-se de um modelo de gestão a ser aplicado, segundo a concepção elaborada pelo Poder Executivo da União, através do Ministério da Administração Federal e



Reforma do Estado, com o propósito de superar a “crise do Estado”, redefinindo o seu papel na prestação de serviços públicos:

“A redefinição do papel do Estado é um tema de alcance universal nos anos 90. No Brasil, essa questão adquiriu importância decisiva, tendo em vista o peso da presença do Estado na economia nacional.

Tornou-se, conseqüentemente, inadiável o equacionamento da questão da reforma ou da reconstrução do Estado que, se por um lado já não consegue atender com eficiência a sobrecarga de demandas a ele dirigidas, sobretudo na área social; por outro já dispõe de um segmento da sociedade, o terceiro setor, fortalecendo-se institucionalmente para colaborar de forma cada vez mais ativa na produção de bens públicos.

A reforma do Estado não é, assim, um tema abstrato: ao contrário, é algo cobrado e iniciado pela sociedade, que vê frustradas suas demandas e expectativas.”

Inobstante, em termos práticos, caminha-se para a privatização desses serviços e, o que poderá ser mais grave, a verdadeira feudalização ou apropriação clientelista e patrimonialista dessas entidades. Elas receberão recursos orçamentários estatais, podendo, ainda, obter outros ingressos (prestação de serviços, doações, legados, financiamentos, etc...). Na verdade, por meio de contratos de gestão poderão ser forçadas a isso, dado que - como já vem se verificando nos contratos firmados sob o pálio da própria Lei nº 9.637 - as entidades “qualificadas” têm por meta a busca de “receitas próprias” a serem obtidas por meio da venda de seus serviços ou produtos junto à sociedade, descaracterizando-se característica essencial da prestação de serviços públicos que é a sua *gratuidade*.

Há, inclusive, fundados receios de que o processo de *publicização* venha a servir de instrumento para a redução, a médio prazo, das despesas com serviços públicos nas áreas de saúde, educação e assistência social, assim como de pretexto à cobrança por parte de entidades de quaisquer serviços prestados, inclusive naquelas atividades em que, por determinação constitucional, é dever do Estado assegurar serviços gratuitos. Apesar de, desde o princípio, o Exmo. Sr. Ministro da Administração Federal e Reforma do Estado ter-se preocupado em assegurar que o governo manteria o mesmo nível de recursos orçamentários alocados às entidades que aderissem ao programa, as suspeitas foram confirmadas por declarações posteriores de autoridades do governo, segundo as quais

“... no começo, os novos contratos não significarão nenhuma economia para o Estado. O Tesouro continuará repassando verbas para financiamento, custeio, e pagamento dos salários dos servidores das entidades, que serão previstas no Orçamento-Geral da União. Os funcionários contratados depois da mudança serão regidos pela CLT, sem estabilidade, como os da iniciativa privada. Os servidores estatutários continuarão com as vantagens do regime jurídico único. **O Tesouro só deixará de repassar seus salários quando a vaga se extinguir, com a aposentadoria do titular.**”

Além disso, segundo a Secretaria da Reforma do Estado, o governo federal espera reduzir as despesas com as organizações sociais à medida em que forem conseguindo se sustentar com a exploração econômica de suas atividades: “o ministério prevê redução gradual do investimento público. Em conseqüência, apesar da declarada finalidade não lucrativa, tais entidades estarão sendo incentivadas a “captar recursos no mercado” e a obter lucros, o que leva a crer que os serviços públicos por elas prestados passem a ser cobrados da população, vulnerando-se o seu caráter público. Por esse motivo os reitores das universidades federais reagiram à intenção de transformarem-se as universidades públicas em organizações sociais, considerando a iniciativa “o início do processo de privatização do ensino superior”. Segundo Lúcio Barcelos, Presidente do Conselho Estadual de Saúde do Rio Grande do Sul, “a nova figura jurídica tira a



responsabilidade do Estado pela administração direta dos órgãos públicos". Temores justificados, eis que se trata da busca de alternativas incompatíveis com a própria natureza do Estado Democrático Social de Direito amparado na Carta de 1988."

### Dos argumentos que substanciam as Informações:

Conforme se depreende do texto transcrito, o pedido formulado na ADIN nº 1923, consistente na declaração de inconstitucionalidade do inteiro teor da Lei nº 9.637, de 1998, sem dúvida revela que a tese nuclear sustentada pelo Partido dos Trabalhadores - PT e pelo Partido Democrático Trabalhista - PDT, centra-se no argumento básico de ser inconstitucional a própria filosofia que norteou a concepção do diploma legal impugnado, cujas premissas entendem não se harmonizar com os preceitos da Constituição.

Depreende-se, ainda, que a alegação de ser integralmente inconstitucional a Lei nº 9.637, de 1998, deriva do entendimento que permeia toda a petição inicial, construído no sentido de que nada diferem entre si cada uma das diversas atividades compreendidas no espectro da expressão serviço público, de modo que o exercício de qualquer delas tem sua validade condicionada ao respeito a normas e preceitos aplicáveis indistintamente a todas, a começar da observância do princípio da licitação, dito impostergável em qualquer hipótese em que determinado serviço público venha a ser prestado por terceiros.

Nada obstante, sem embargo do brilhantismo da tese exposta na inicial, forçosa é a conclusão de que as atividades compreendidas no conceito de serviço público, objetivamente examinadas à luz do ordenamento, desdobram-se em distintas espécies do mesmo gênero, com implicações normativas específicas, ao ponto de algumas delas exigirem prestação privativa por parte da administração pública direta, outras serem passíveis de outorga à iniciativa privada mediante concessão ou permissão, existindo, ainda, aquelas que devem ser prestadas por organizações particulares, mediante fomento do Estado.

Neste sentido doutrina Celso Antônio Bandeira de Mello, *in verbis*:

"Dentre o *total* de atividades ou serviços suscetíveis de serem desenvolvidos em uma sociedade, alguns são públicos e outros são privados.

Para separar uns dos outros, identificando aqueles que o Estado pode colocar debaixo do regime de direito público (serviços públicos), temos que nos valer de *duas ordens de indicações* contidas no Texto Constitucional.

A primeira delas é a de que certas atividades a própria Carta Constitucional definiu como serviços públicos: *alguns deles em todo e qualquer caso* e outros *deles apenas quando prestados pelo Estado*; pois ou (a) entregou-os expressamente à responsabilidade *privativa* do Estado, ora devendo ser prestados *exclusivamente* por ele ou por empresa sob controle acionário estatal, caso dos arrolados no art. 21, X e XI, ora cabendo sua prestação quer ao Estado, quer a terceiro, mediante autorização, concessão ou permissão, caso dos previstos no inciso XII do mesmo art. 21; ou então (b) previu-os como serviços incluíveis na categoria de serviços públicos, *quando prestados pelo Estado*. É o caso dos serviços: (I) de saúde, conforme previsão do art. 196 ("dever do Estado"), os quais, entretanto, também estão entregues à livre iniciativa, como estabelece o art. 199 ("A assistência à saúde é livre à iniciativa privada"), sendo de todo modo qualificados como "serviços de relevância pública" (art. 197, primeira parte), e (II) de educação, *ex vi* do art. 205 ("dever do Estado"), inobstante também eles estejam entregues à livre iniciativa, a teor do art. 209 ("O ensino é livre à iniciativa privada,





atendidas as seguintes condições: I - cumprimento das normas gerais da educação nacional; II - e autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público”).

Estes últimos, de conseguinte, *não serão serviços públicos quando desempenhados por particulares*, uma vez que a Carta Magna não limitou a prestação deles ao Estado ou a quem lhe faça as vezes. Segue-se que o Estado jamais poderia pretender outorgá-los em concessão a alguém, sob pena de ferir os direitos de prestá-los que assistem às demais pessoas que preenchem os requisitos legais necessários à comprovação de suas habilitações.” (in Curso de Dir. Administrativo, 7ª ed., São Paulo).

Tal como visto, a Constituição expressamente prevê um elenco de serviços que somente podem ser prestados pelo Estado, ao lado de outros que também estão entregues à iniciativa privada, e que, por isso, não podem ser objeto de licitação, porque o exercício, na forma da lei, da correspondente atividade de interesse público constitui faculdade outorgada genericamente aos administrados.

Mas não é só. Além daqueles, a Constituição também prevê, igualmente de forma expressa, outro elenco de serviços, para cuja prestação ela vindica a participação ativa da sociedade, e autoriza ao Estado, uma vez concretizada aquela participação, a instituir mecanismos públicos de incentivo e de fomento à prestação daqueles serviços.

Com efeito, no ponto que pertine ao tema, assim dispõem os arts. 199, 204, 205 213, 216 e 227 da Constituição:

“Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 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.*

.....”

“Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes:

I - descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a *entidades beneficentes e de assistência social;*

II - *participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.*”

“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. 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.

§ 1º Os recursos de que trata este artigo poderão ser destinados a bolsas de estudo para o ensino fundamental e médio, na forma da lei, para os que demonstrarem insuficiência de recursos, quando houver falta de vagas e cursos regulares da rede pública na localidade da residência do educando, ficando o poder público obrigado a investir prioritariamente na expansão de sua rede na localidade.

§ 2º *As atividades universitárias de pesquisa e extensão poderão receber apoio financeiro do poder público.*”

“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:

- I - as formas de expressão;
- II - os modos de criar, fazer e viver;
- III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;
- IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;
- V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

§ 1º O poder público, *com a colaboração da comunidade*, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

“Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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-lo 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 e do adolescente, *admitida a participação de entidades não-governamentais* e obedecendo aos seguintes preceitos:

- I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil;
- II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos.

§ 3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

VI - *estímulo do poder público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado;*

*Handwritten signature*

Como se verifica, os artigos transcritos detalham exemplos concretos de serviços considerados de relevância pública, conforme os denomina o art. 197 da Constituição, para cuja prestação toda a sociedade é conclamada de forma expressa pelo texto constitucional.

Tais serviços constituem o espaço institucional de atuação das organizações sociais. Elas são criadas e têm por finalidade atender ao apelo de participação da sociedade na prestação daqueles serviços.

A propósito, em estudo doutrinário a respeito da natureza das organizações sociais e de sua dinâmica operacional, Paulo Eduardo Garrido Modesto esclarece, **verbis**:

“Uma definição operacional das organizações sociais pode ser formulada nos termos seguintes. As organizações sociais são pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, voltadas para atividades de relevante valor social, que independem de concessão ou de permissão do Poder Público, criadas por iniciativa de particulares segundo modelo previsto em lei, reconhecidas, fiscalizadas e fomentadas pelo Estado.

Em sentido abrangente, as organizações sociais representam uma *forma de parceria do Estado com as instituições privadas de fins públicos* (perspectiva *ex parte principe*) ou, sob outro ângulo, uma *forma de participação popular na gestão administrativa* (perspectiva *ex parte populi*)

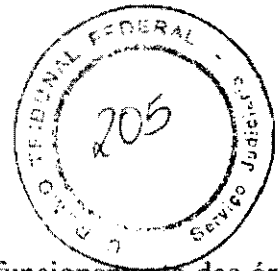
No aspecto da parceria, as organizações sociais definem-se como *instituições do terceiro setor* (pessoas privadas de fins públicos, sem fins lucrativos, constituídas voluntariamente por particulares, auxiliares do Estado na persecução de atividades de relevante interesse coletivo), pois possuem o mesmo *substrato material e formal* das tradicionais pessoas jurídicas privadas de utilidade pública. Não são um novo tipo de pessoa jurídica privada nem entidades criadas por lei e encartadas na estrutura da administração pública. São pessoas jurídicas estruturadas, sob a forma de *fundação privada* ou *associação sem fins lucrativos*. Ser organização social, por isso, não significa apresentar uma estrutura jurídica inovadora, mas possuir um *título jurídico especial*, conferido pelo Poder Público em vista do atendimento de requisitos gerais de constituição e funcionamento previstos expressamente em lei. Estes requisitos são de *adesão voluntária* por parte das entidades privadas e estão dirigidos a assegurar a persecução efetiva e as garantias necessárias a uma *relação de confiança e parceria* entre o ente privado e o Poder Público.

A denominação *organização social* é um *enunciado elíptico*. Denominam-se sinteticamente organizações sociais as entidades privadas, fundações ou associações sem fins lucrativos, que usufruem do *título de organização social*.

Essa *qualidade jurídica* conferida pelo Poder Público faz incidir sobre as instituições reconhecidas um plexo de disposições jurídicas especiais, que asseguram vantagens e sujeições incomuns para as tradicionais pessoas jurídicas qualificadas pelo título de *utilidade pública*. Em qualquer dos dois títulos referidos, porém, dá-se um *plus* à personalidade jurídica das entidades privadas, que passam a gozar de benefícios especiais não extensíveis às demais pessoas jurídicas privadas (benefícios tributários e vantagens administrativas diversas). A todo rigor, portanto, nenhuma entidade é constituída como organização social. Ser organização social não se pode traduzir em uma *qualidade inata*, mas em uma *qualidade adquirida*, resultado de um *ato formal de reconhecimento* do Poder Público, *facultativo e eventual*, semelhante em muitos aspectos à *qualificação* deferida às instituições privadas sem fins lucrativos quando recebem o *título de utilidade pública*.

De fato, as organizações sociais são juridicamente entidades bastante semelhante às tradicionais entidades privadas declaradas de utilidade pública, mas com elas não se identificam de modo completo. São *traços comuns* às duas entidades:

- a) a iniciativa privada voluntária na sua criação e na sua constituição;



b) a existência de *limites* gerais à livre constituição e funcionamento dos órgãos de direção ou gerência como requisito para o exercício de ato posterior de reconhecimento ou qualificação;

c) a afetação a uma finalidade de interesse público ou socialmente relevante;

d) o recebimento de favores especiais, subsídios, isenções e contribuições do Estado;

e) a submissão a uma vigilância especial e a limitações de ordem administrativa que vão além do simples poder de polícia exercido sobre as demais pessoas privadas;

f) sujeição ao controle do Tribunal de Contas;

g) a necessidade de reconhecimento formal por parte do Estado, segundo um procedimento especial regulado em lei;

h) a destinação legal do patrimônio social a outra entidade da mesma natureza, em caso de extinção da entidade, não sendo permitido seja o patrimônio repartido entre os membros da instituição;

i) a submissão ao regime jurídico das pessoas de direito privado, com derrogações de direito público.

As organizações sociais, no entanto, apresentam também características especiais que as distinguem de modo parcial das tradicionais entidades privadas declaradas de utilidade pública. Em resumo, os *traços diferenciais* básicos são os seguintes:

a) os seus estatutos devem prever e adotar determinado *modelo de composição* para os seus órgãos de deliberação superior, inclusive prevendo a *participação necessária de representantes do Estado*, como *requisito* para permitir o ato posterior de qualificação pelo Poder Público;

b) o *trespasse* de bens e recursos públicos nelas está *condicionado* à assinatura de contratos de gestão, com os órgãos competentes da administração pública federal;

c) o estatuto deve prever, também como um requisito da qualificação, *sujeição* da entidade à publicação anual no Diário Oficial da União do *relatório de execução* do acordo ou contrato de gestão (relatório gerencial das atividades desenvolvidas, apoiadas pelo Poder Público, e não apenas do relatório formal da contabilidade da entidade);

d) o estatuto deve prever, como requisito de qualificação, regras rígidas de reforma das finalidades sociais, bem como regras para a definição impessoal das regras a serem adotadas para a remuneração do pessoal da entidade e para o sistema de compras;

e) o estatuto ainda deve prever que a entidade estará sujeita a controle externo de resultados, periódico e “a posteriori”, realizado por comissão de avaliação composta por especialistas de notória qualificação, especialmente destinado à verificação do cumprimento do contrato ou acordo de gestão firmado com o Poder Público;

f) as entidades poderão utilizar bens materiais e recursos humanos de entidades extintas do Estado, desde que a extinção tenha sido realizada por lei específica;

g) as entidades poderão também absorver atividades e contratos de entidades extintas, também quando autorizadas por lei, bem como os seus símbolos designativos, desde que estes sejam seguidos obrigatoriamente do símbolo OS.

As diferenças e semelhanças entre as duas entidades são manifestas, mas indicam também ser possível identificá-las como *entidades da mesma espécie*, ainda que inconfundíveis. As organizações sociais são entidades de utilidade pública *qualificadas por maiores restrições e maior vigilância do Estado*, no mesmo passo em que podem receber deste *maiores benefícios e vantagens incomuns* - embora não vedadas - às atuais entidades privadas de utilidade pública.

Algumas vantagens têm surpreendido os juristas, em especial a possibilidade prevista de haver absorção, pelas entidades qualificadas, de atividade e recursos de entidades estatais *extintas por lei específica* ( *ex vi* art. 37, XIX, da Constituição Federal e do princípio da “paridade das formas”). Os bens de entidade extinta de ordinário reverterem ao patrimônio da União, mas poderá haver *permissão de uso* para as organizações sociais que recebam autorização legal especial para assumirem atividades e compromissos do ente extinto. Ainda que a vantagem dependa de fato duplamente eventual ( a extinção do ente público e a falta de definição na lei específica de outro destino para o patrimônio ou os bens da entidade encerrada, por. ex., doação a Estados e

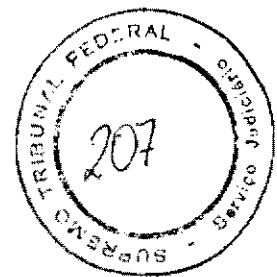
Municípios), alguns juristas têm retirado da hipótese *duas conclusões contrapostas ou contraditórias*.

Para alguns, trata-se de benefício revelador de que as organizações sociais não passarão de *entidades estatais de administração indireta*, encobertas sob a forma de pessoas privadas, mas na verdade *veículos expressivos do poder do Estado*. Para outros, trata-se de demonstração de que as organizações sociais nada mais são do que uma nova *forma de privatização*, de dissolução do patrimônio público, em detrimento do interesse coletivo. O equívoco é duplo.

As organizações sociais, no modelo proposto, não serão autarquias veladas, nem titularizarão qualquer espécie de *prerrogativa de direito público*. Não gozarão de *prerrogativas processuais especiais ou prerrogativas de autoridade*. Não estarão sujeitas a *supervisão ou tutela* da administração pública direta ou indireta, respondendo apenas pela execução e regular aplicação dos recursos e bens públicos vinculados ao *acordo ou contrato de gestão* que firmarem com o Poder Público. Não serão instituídas por lei nem custeadas na sua integridade, de modo necessário, pelo Poder Público. Serão entidades privadas *reconhecidas pelo Estado*, à semelhança das atuais entidades de utilidade pública, devendo sua constituição jurídica à *iniciativa voluntária* de indivíduos. *Não serão criaturas do Estado*, nem *sucessoras necessárias* de entidades públicas extintas. Podem ser reconhecidas ou qualificadas como tais, *independentemente da extinção de qualquer ente público existente*. Quando forem autorizadas a assumirem, porém, atividades e prédios anteriormente ocupados por entidades extintas - benefício incomum hoje, mas não inconcebível para as próprias instituições tradicionais de utilidade pública - mediante autorização legal específica, nem por isso deixarão de ser ou agir como pessoas privadas para transformarem-se em entes do Estado. Exemplo: suponha-se que uma Santa Casa de Misericórdia, instituição tradicionalíssima no Brasil de prestação de serviços de saúde e assistência social, aceite adaptar os seus estatutos ao modelo de constituição e demais obrigações previstas na lei, recebendo, posteriormente, o título de organização social, bem como a permissão de uso de prédio público ocioso anteriormente utilizado por hospital público, recursos públicos de apoio ou fomento, etc., desde que assumisse metas e compromissos de realizar atividades especificadas num *acordo de gestão* com o Poder Público. Essa entidade estaria, por isso, transformada em mais uma autarquia, uma fundação pública, uma repartição burocrática? Não, é certo. Do mesmo modo que permaneceria com a mesma personalidade jurídica uma universidade privada que, mesmo sem receber benefício algum de qualquer ente público extinto, atendesse aos requisitos da lei das organizações sociais, recebesse o título, assumindo compromissos de atuação com o poder público com o objetivo de obter uma inversão mais intensa ou regular de recursos públicos de fomento para atividades comunitárias que pretenda ampliar. O Poder Público teria novos instrumentos para afiançar a boa utilização dos recursos investidos na atividade social ampliada e a entidade privada novos meios de planejamento a longo prazo das atividades que realiza.

As organizações sociais tampouco serão formas de privatização de entes públicos. Privatização pressupõe uma *transferência de domínio*, isto é, o *trespasse* de um ente do domínio estatal para o domínio particular empresarial, uma *transação de natureza econômica e uma retração do Poder Público em termos de inversão de recursos e em termos quantitativos de pessoal*. No modelo das organizações sociais, esses pressupostos não comparecem. Primeiro, porque o ato de qualificação de uma entidade como organização social independe de qualquer extinção prévia ou posterior de ente público. Segundo, porque quando as entidades qualificadas recebem prédios ou bens públicos como forma de apoio ou fomento por parte do Estado não há transferência de domínio, mas simples permissão de uso, continuando os bens a integrar o patrimônio da União. Terceiro, porque os contratos ou acordos de gestão que o Estado firmar com as entidades qualificadas não terão nem poderão ter finalidade ou natureza econômica, convergindo para uma finalidade de natureza social e de interesse público, cuja realização obrigatoriamente não pode objetivar o lucro ou qualquer outro proveito de natureza empresarial. A relação entre as organizações sociais e o Poder Público dever ter

*JM*



fundamento numa ética da solidariedade e numa ética do serviço. Quarto, porque o Estado não apresentará qualquer retração financeira, patrimonial ou de pessoal quando vier a qualificar ou permitir o uso de bens públicos por organizações sociais. A instituição qualificada, pelo contrário, demandará do Poder Público apoios e subvenções, tendo em vista o objetivo comum de persecução do interesse público. O modelo das organizações sociais, assim, realiza-se como estratégia em tudo oposta a de privatização, assumindo claramente uma opção de recusa à aplicação da lógica do mercado nas atividades de natureza social.

Tanto as organizações sociais quanto as atuais entidades de utilidade pública podem ser descritas como entes privados que *colaboram com a Administração*, mas que com ela não se identificam. Fala-se então em “descentralização por colaboração” (Andréa Ferreira, 1972:62) e em “descentralização social da administração” (Moreira Neto, 1989:98). Com estas expressões enfatizam os autores que essas entidades, conquanto privadas, possuem atuação “pública”, “pública não-estatal”, “paraestatal”, “de interesse coletivo”, “de realização do bem comum”, que as aproximam, como parceiras privilegiadas, da administração pública.

Moreira Neto (1989:98), já ao lume da Constituição brasileira de outubro de 1988, averbava:

“A descentralização social consiste em retirar do Estado a execução direta ou indireta de atividades de relevância coletiva que possam ser cometidas a *unidades sociais* já existentes, personalizadas ou não, como a família, o bairro, as agremiações desportivas, as associações profissionais, as igrejas, os clubes de serviço, as *organizações comunitárias*, etc., mediante simples incremento de autoridade e institucionalização jurídica adequada, de modo que possam promover, elas próprias, sua execução.

Essas unidades, também denominadas de *entidades de cooperação*, receberiam tais atribuições a partir de *leis específicas e de atos administrativos concretos de reconhecimento*, modalidade assemelhada à autorização e à permissão. *Tratam-se de institutos ainda em desenvolvimento, mas que têm seu lugar garantido numa sociedade dinâmica e participativa*”.

As organizações sociais, em verdade, podem ser percebidas pela Administração Pública como *entidades privadas de cooperação*, mas divergimos, com respeito e temor, de qualificá-las como forma de “descentralização”. Nisto modificamos entendimento que também sustentamos no passado. A rigor, tecnicamente, fala-se em *descentralização* ou, mais precisamente, *descentralização por colaboração* quando o particular atua em *atividades reservadas ou exclusivas do Poder Público*, sob o regime jurídico público. No domínio destas atividades, algumas podem ter sua execução *delegada* ao particular, sob as formas de *concessão, permissão ou autorização de serviço* (art. 175 da Constituição da República). No entanto, nas áreas ou atividades em que a atuação do Poder Público é expressa pelo simples “poder de polícia”, uma vez que a Constituição da República reconhece a *ação autônoma e em nome próprio* dos particulares (ensino, saúde, desporto, pesquisa, etc.), parece descabido falar em *delegação, descentralização ou transferência de execução da atividade*. Não faz sentido falar-se em *transferência de funções*, doutrina Cassagne, nas atividades exercidas por particulares de *iure proprio* (1994:24).

As organizações sociais, por todo o exposto, são organizações especialmente vocacionadas a travar parcerias com o Poder Público para atividades de interesse coletivo. A idéia de parceria, como se sabe, é uma *idéia-força* deste final de século. Fala-se em parceria atualmente em quase todos os ramos do direito. No direito internacional, as nações fortalecem laços estratégicos, econômicos e políticos firmando *parcerias regionais* (Mercosul, Nafta, União Européia); no direito do trabalho, mecanismos de participação dos empregados nos lucros da empresa dão os primeiros passos no que se tem denominado *parceria entre empregadores e empregados*; no direito administrativo, renascem as concessões e permissões de serviço público como



formas de parceria dos particulares com o Estado em áreas estratégicas de *natureza econômica*. Fora da esfera da *ordem econômica*, inclusive no âmbito dos direitos sociais, a parceria entre particulares e o Estado até o momento ressoa-se de melhor institucionalização e aperfeiçoamento.

A insuficiente institucionalização da matéria tem como um dos seus principais fundamentos o caráter excessivamente lacônico da legislação básica sobre declaração de utilidade pública no Brasil. A legislação vigente no plano federal, por exemplo, trata indiferentemente todos os diversos tipos de associações e fundações sem fins lucrativos. Não diferencia o que denominamos *entidades de favorecimento mútuo ou de fins mútuos* (dirigidas a proporcionar benefícios a um círculo restrito ou limitado de sócios, inclusive mediante a cobrança de contribuições em dinheiro, facultativas ou compulsórias) e as *entidades de fins comunitários* (dirigidas a oferecer utilidades concretas ou benefícios especiais à comunidade de um modo geral, sem considerar vínculos jurídicos especiais, quase sempre de forma gratuita). A ambas confere o título, autorizando um tratamento mais benéfico por parte da Administração (renúncia fiscal, previsão de subvenções sociais, contratação direta, etc.), deixando ainda de prever qualquer forma mais efetiva de controle de resultados. (Pereira Júnior, 1973:90; Oliveira, 1996:64-8). Este caráter indiferenciado da referência às entidades e a debilidade do sistema de controle tem estimulado abusos importantes e fomentado a desconfiança em atividades e relações de parceria em que este é um valor fundamental (ex. escândalo do Orçamento). Consideramos, porém, que o *modelo das organizações sociais é uma das respostas possíveis a este impasse*, pois apenas estimula a criação de *entidades de fins comunitários*, auto e heterolimitadas para a *persecução objetiva de fins coletivos* (exigência de regras impessoais para compras e plano de salários; existência de colegiado superior composto por fundadores, personalidades da comunidade e representantes do poder público; previsão de auditorias gerenciais e controle de resultados; fomento público condicionado à assinatura de contrato ou acordo de gestão com o Poder Público, definidor de metas e tarefas a cumprir; responsabilização direta dos dirigentes pela regular utilização dos recursos públicos vinculados ao acordo de gestão, entre outras garantias atualmente não exigidas para o deferimento do título de utilidade pública para as entidades privadas sem fins lucrativos).

De outra parte, vale insistir que essas formas de cooperação privada e parceria com o Poder Público, de importância crescente na sociedade complexa dos nossos dias, estão diretamente vinculadas à idéia de *participação popular na esfera pública*. São “fórmulas cooperativas de participação”, na expressão sintética de Enterría e Fernandes (1989:078 e seg.). Estes autores, dissertando sobre o tema, afirmam ser este modo de atuação participativa *mais intenso* do que os demais conhecidos, uma vez que “*no se refiere a actuaciones aisladas sino a conductas permanentes institucionalizadas*”, realizadas “*mediante la creación por los ciudadanos de organizaciones especiales*”, vocacionadas a “*finés de interés general*” (1989:86). Trata-se de modalidade de participação popular consentânea com o princípio fundamental da *cidadania* (art. 1º, II, da Constituição da República), fundamento do *Estado Democrático de Direito*.” (“Reforma administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil: as dúvidas dos juristas sobre o modelo das organizações sociais”, in *Revista do Serviço Público*, Ano 48, Número 2, Mai-Ago 1997, p. 31/38).

Como visto, respeitadas as fronteiras de atuação no contexto institucional previsto na Carta Magna, e atendida a tônica de especialização do serviço que elas se destinam a prestar, cuja natureza é de relevância pública, certo é que as organizações sociais, na forma que as concebe e disciplina a Lei nº 9.637, de 1998, em nada atentam contra a Constituição, porque o especial tratamento jurídico que lhes é dado substancia a forma da contrapartida estatal, que a própria Constituição autoriza ser instituída pelo Estado, em prol delas.

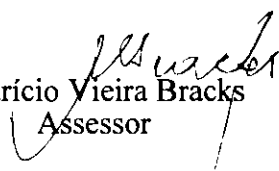


Assim, ditada pelo próprio texto da Constituição a linha de princípios que norteia a concepção da Lei nº 9.637, de 1998, por isto mesmo não se pode compreendê-la inconstitucional, conforme o faz a petição inicial da ADIN nº 1923.

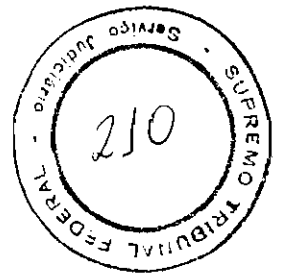
Pelas mesmas razões e fundamentos, igualmente não se pode inquirar de inconstitucional o inciso XXIV do art. 24, da Lei nº 8.666, de 1993.

São estas as informações que reputamos adequadas para a instrução dos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923, e que ora submetemos à elevada consideração dessa Subchefia, na certeza de que a Suprema Corte bem saberá apreciá-las e aceitá-las, julgando improcedente o pedido formulado pelo Partido dos Trabalhadores - PT e pelo Partido Democrático Trabalhista - PDT.

Brasília, 28 de dezembro de 1998.

  
Maurício Vieira Bracks  
Assessor





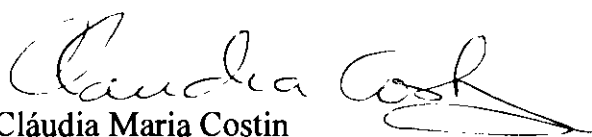
**Aviso n° 01 /GABMI**

Brasília, 05 de janeiro de 1.999.

Senhor Advogado-Geral da União,

Em atenção ao Aviso n° 1074/AGU/SG-CS/98, de 14 de dezembro de 1.998, encaminho a Vossa Excelência as INFORMAÇÕES/CONJUR, elaborada pela Consultoria Jurídica desta Secretaria de Estado da Administração e do Patrimônio, sobre o alegado na Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 1.923-6, ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal pelos PARTIDO DOS TRABALHADORES-PT e o PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT.

Atenciosamente,



Cláudia Maria Costin

Secretária de Estado da Administração e do Patrimônio

À Sua Excelência o Senhor  
**Dr. GERALDO MAGELA DA CRUZ QUINTÃO**  
Advogado-Geral da União



SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL

Secretaria de Estado da Administração e do Patrimônio  
Consultoria Jurídica

211

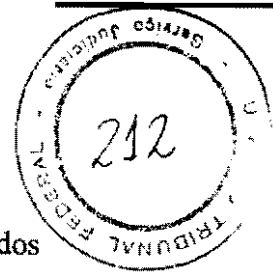
Proc. n.º 04000.010572/98-16

## INFORMAÇÕES /CONJUR N.º 001 / 99

Trata-se da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.923-6, requerida pelo PARTIDO DOS TRABALHADORES - PT e pelo PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT, na qual é atacada a Lei n.º 9.637, de 15 de maio de 1998 e o art. 1º da Lei n.º 9.648, de 27 de maio de 1998, que veio acrescentar o inciso XXIV ao art. 24, da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993.

Pretendem os requerentes, com a ADIN, ver declarada inconstitucional, *in totum*, a Lei n.º 9.637/98 e inciso XXIV, do art. 24 da Lei n.º 8.666/93, acrescentada pela Lei n.º 9.648/98.

Respaldam o pedido elencando diversas normas constitucionais, que teriam sido violadas com a edição das supramencionadas leis.



Passaremos, doravante, a analisar cada um dos malsinados fundamentos.

**I- DA VIOLAÇÃO AOS ARTS. 22, XXVII, 37, XXI E 175 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL- OFENSA AO PRINCÍPIO DA LICITAÇÃO.**

Atestam os requerentes que os arts. 4º, VIII, 5º, 11, 12, § 3º e 17 da Lei n.º 9.637/98 inquiram-se de inconstitucionalidade diante dos artigos 22, XXVII, 37, XXI e 175 da Constituição Federal. Isto porque, sendo as Organizações Sociais financiadas com recursos públicos, e estando desta forma no mundo jurídico sob o prisma do direito público, não poderiam ser dispensadas do processo de licitação, bem como não estariam autorizadas a editar normas próprias para compras e contratação de serviços.

Afirmam, ainda, que o art. 1º da Lei n.º 9.648/98, que acrescentou o inciso XXIV, ao art. 24 da Lei n.º 8.666/93, e que permitiu a dispensa de licitação para celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, para as atividades contempladas no contrato de gestão, também feriu os dispositivos constitucionais acima citados.

Ocorre que os requerentes ao declararem que as organizações sociais não têm competência para legislar sobre procedimento licitatório, apenas confirmaram o que está claro no art. 22, XXVII da Constituição Federal, pois somente a União, através do seu Poder Legislativo, é que exercerá a função legiferante sobre esta matéria.

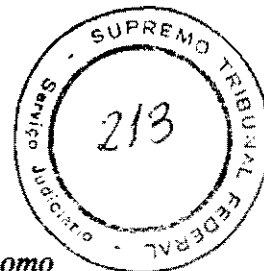
Como o art. 4º, VII da Lei n.º 9.637/98 não delegou esta função às organizações sociais, não há qualquer inconstitucionalidade sobre este dispositivo. Apenas o que ficou disciplinado foram os procedimentos a serem adotados por uma entidade privada, que não está subordinada aos princípios e normas estabelecidos às entidades pertencentes à Administração Pública Direta ou Indireta.

Sabemos que as organizações sociais são entidades constituídas com personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, cujos fins são de utilidade pública. Estas entidades não desenvolvem atividades no âmbito econômico, nem exercem serviços públicos- não é nem concessionária nem permissionária de serviços públicos. A organização social atua naqueles setores que a Constituição atribui ao Estado mas faculta aos particulares.

Assim, como os particulares não estão sujeitos ao procedimento licitatório para o desempenho de atividades de relevante valor social, o mesmo se aplica às organizações sociais. Desta forma, o art. 4º, VII da Lei n.º 9.637/98 apenas veio a regular a forma de atuação daquelas pessoas jurídicas de direito privado.

O art. 1º da Lei nº9.637/98 expressamente declara que a qualificação "organização social" será dada a uma pessoa jurídica de direito privado, senão vejamos:

§



*" Art. 1º. O Poder Executivo poderá qualificar como organização social 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 a saúde, atendidos aos requisitos previstos nesta lei." (Grifo nosso)*

Desta forma, as organizações sociais estão submetidas ao regime jurídico das pessoas jurídicas de direito privado. Estas entidades não titularizam qualquer espécie de prerrogativa de direito público, como quer deixar transparecer os requerentes. Segundo o disposto no trabalho " REFORMA ADMINISTRATIVA E AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS - as dúvidas dos juristas sobre o modelo das Organizações Sociais", de autoria do Dr. Paulo Modesto, ficou assim afirmado( pág. 08), **verbis**:

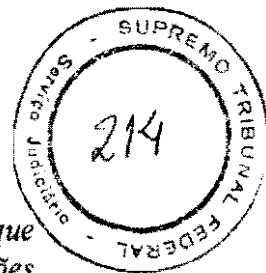
*" As organizações sociais, no modelo proposto, não são autarquias veladas, nem titularizam qualquer espécie de prerrogativa de direito público. Serão entidades privadas reconhecidas pelo Estado, à semelhança das atuais entidades de utilidade pública. Tanto as organizações sociais quanto as atuais entidades de utilidade pública pertencem na condição de entes privados que colaboram com o Administração( descentralização por colaboração, em sentido estrito)."*

Assim, as organizações sociais não serão regidas pelo direito público, pelo simples fato de receberem recursos públicos. Isto porque, se observarmos determinados dispositivos da Constituição Federal de 1988, iremos constatar várias hipóteses de trespasse de recursos públicos para entidades privadas, onde nem por isso ficarão regidas pelo direito público. Temos como exemplo os casos previstos no art. 204, I; art. 213; art.216, § 3º; art. 61, ADCT, todos contidos na Carta Magna de 1988.

Com relação a suposta ofensa ao princípio da licitação, tendo por base os arts. 22, XXVII; 37, XXI ; 175 da Constituição Federal, cremos que esta seja mais uma das infundadas pretensões dos requerentes. Como o art. 22, XXVII da CF/88 não foi violado, conforme anteriormente comentado, analisaremos os demais dispositivos constitucionais. O art. 37, XXI, assim estabelece:

*" Art.37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e efetividade e, também, ao seguinte:*

*XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade*



*de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”( Grifo nosso)*

Como se vê, a própria Constituição Federal deixou ao legislador ordinário a possibilidade de estabelecer os casos em que poderá não ser aplicado o princípio da obrigatoriedade da licitação. O art. 1º da Lei n.º 9.648/98, que acrescentou o inciso XXIV, ao art. 24 da Lei n.º 8.666/93, estabeleceu mais uma hipótese de dispensa de licitação, senão vejamos:

“ Art. 24-

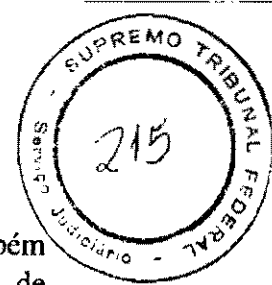
*XXIV - para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão.”*

As hipóteses de dispensa de licitação não podem ser ampliadas, porque constituem uma exceção à regra geral que exige licitação. Por caracterizarem exceção, sua interpretação deve ser feita em sentido estrito. Fazendo a devida exegese, verifica-se o total amparo constitucional à norma legal acima exposta.

As dispensas de licitação podem ser divididas em quatro categorias, segundo ensinamento de **MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO**, que são: em razão do **pequeno valor**; em razão de **situações excepcionais**; em razão do **objeto**; e em razão da **pessoa**. A dispensa prevista no inciso XXIV, do art. 24 da Lei n.º 9.648/98 é devida em razão da pessoa, uma vez que essa foi a vontade discricionária do legislador ordinário, não ferindo, desta forma, qualquer princípio constitucional.

Os próprios requerentes não negam esta possibilidade de dispensa de licitação, conforme expuseram no texto da ADIN, fls. 41, **verbis**:

*“ Como se observa, o enunciado em questão impõe a realização de licitação para as contratações realizadas sob o regime jurídico( com recursos públicos). Com isso, a regra para as contratações que importem gastos de numerário público é a da submissão à realização de anterior licitação nos termos da Lei a que se refere o enunciado constitucional. Como exceções, igualmente, são admitidas apenas aquelas tipificadas pela Lei de Licitações e Contratos Administrativos.”( Grifo nosso)*



A Lei n.º 8.666/93, em seu art. 24, incisos XIII e XX, também estabeleceu algumas hipóteses de dispensa de licitação, quando nos casos de contratações com entidades privadas não pertencentes à Administração Pública Indireta. Nem por isso, tais dispositivos foram atacados por inconstitucionalidade, uma vez que se afiguram semelhantes ao caso em tela. Estes incisos assim determinam, **verbis**:

*" Art. 24. É dispensável a licitação:*

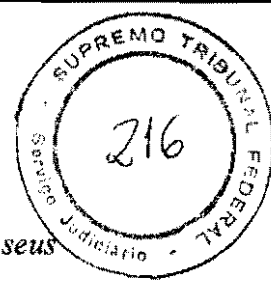
*XIII - na contratação de instituição nacional sem fins lucrativos, incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, científico ou tecnológico, desde que a pretensa contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional;*

*XX - na contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão-de-obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado."*

Ainda, com relação a pretensa ofensa ao art. 175 da Constituição Federal, não merece qualquer amparo este argumento, pois a obrigatoriedade de licitação prevista nesta norma constitucional diz respeito aos futuros contratos administrativos que têm por objeto a prestação de **serviços públicos**. Já nos contratos de gestão firmados com as organizações sociais, o que serão transferidos são os **serviços sociais**, distintos dos serviços públicos por não terem no Estado sua exclusiva titularidade.

Esses serviços sociais já são prestados pelos particulares, apesar de estarem tutelados pelo Poder Público. São aqueles relativos à saúde, educação, pesquisa, cultura, meio ambiente e outros, de igual natureza. Cabe mencionar o já citado texto da "REFORMA ADMINISTRATIVA E AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS-" que traz em sua página 19 o seguinte enunciado, **verbis**:

*" Nesta vertente, resta afastar, da hipótese em tela, o disposto no art. 175 da Constituição Federal. Lá, estão previstas as formas de execução, pelos particulares, dos serviços públicos de natureza econômica, tanto que o dispositivo encontra-se, na Carta, alocado no Capítulo dedicado à Ordem Econômica. Assim, as figuras da concessão e permissão são inaplicáveis nesta espécie, pois o objeto a ser transferido não se enquadra como serviço público, suscetível de disputa econômica em sede licitatória. Os serviços sociais, de que se trata aqui, não se prestam a tal procedimento por seu*



*caráter não exclusivo e pela natureza não lucrativa de seus resultados."*

Alegação de que houve quebra dos princípios constitucionais no tocante a permissão de uso de bem público, contida no art. 12, § 3º da Lei n.º 9.637/98, não é verdadeira, pois este instrumento de outorga de bem público ao particular não se realiza pelo procedimento licitatório. A diferença entre a concessão e a permissão de bem público está na formação do ato, uma vez que este instituto se constitui por ato unilateral enquanto aquele por contrato precedido de autorização legislativa e licitação.

No que tange a permissão de uso de bem público, é oportuno destacar os ensinamentos de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, em seu livro DIREITO ADMINISTRATIVO, 10ª Edição, Editora ATLAS, pág. 458, **verbis** :

*" Quanto à licitação, não é, em regra, necessária, a não ser que leis específicas sobre determinadas matérias o exijam, como ocorre no caso da permissão para instalação de bancas nas feiras livres. É verdade que a Lei n.º 8.666/93, no art. 2º, inclui a permissão entre os ajustes que, quando contratados com terceiros, serão necessariamente precedidos de licitação. Tem-se, no entanto, que entender a norma em seus devidos termos. Em primeiro lugar, deve-se atentar para o fato de que a Constituição Federal, no art. 175, parágrafo único, I, refere-se a **permissão de serviço público como contrato** ; talvez por isso se justifique a norma do artigo 2º da Lei n.º 8.666. Em segundo lugar, deve-se considerar também que este dispositivo, ao mencionar os vários tipos de ajustes em que a licitação é obrigatória, acrescenta a expressão "**quando contratados com terceiros**", o que faz supor a existência de um **contrato** . ..."*

Desta forma, como a permissão de uso de bem público é um ato unilateral, discricionário e precário, não se faz necessário a realização de licitação, uma vez que não há dispositivo legal que exija tal procedimento. Assim, fica clara a diferença entre a permissão de uso de bem público e a permissão de serviço público, pois esta somente se perfaz através de contrato administrativo precedido de licitação.

Quanto aos artigos 5º, 11 e 17 da Lei n.º 9.637/98, os requerentes não demonstraram qualquer desconformidade dos mesmos com os dispositivos constitucionais. Assim, ficou demonstrado que não houve qualquer ofensa ao princípio da licitação.

## **II- DA OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NA GESTÃO DE PESSOAL E AOS ARTS. 37, II E 169 DA CONSTITUIÇÃO:**

Estes princípios constitucionais suscitados pelos requerentes, em momento algum foram afrontados pelas normas contidas na Lei n.º 9.637/98. Isto porque, tais princípios não se aplicam às entidades privadas regidas pelo direito

privado, e que estão fora da Administração Pública, como é o caso das pessoas jurídicas de direito privado qualificadas como organização social.

Desta forma, não se cabe falar em quebra dos princípios da legalidade, da exigência de concurso público ou qualquer outro princípio constitucional que rege à Administração Pública no desempenho de suas atividades públicas. Assim, a contratação de pessoal, a remuneração dos membros da diretoria e demais atribuições serão regidas pelo direito privado.

Em nenhum momento haverá contratação de servidor ou empregado público, com o intuito de burlar o princípio da acessibilidade ao cargo ou emprego público através de concurso público. Não se exige este princípio para os entes privados regidos pelo direito privado. Quanto aos servidores cedidos, estes continuarão vinculados ao Poder Executivo, não passando a integrar os quadros das entidades privadas qualificadas como organizações sociais.

Já aos servidores integrantes dos quadros permanentes dos órgãos e entidades extintos terão garantidos todos os direitos e vantagens decorrentes do respectivo cargo ou emprego e integrarão quadro em extinção nos órgãos e nas entidades indicadas no anexo II da Lei n.º 9.637/98, conforme determina o art. 22, I da mencionada lei. Assim, fica claro a inexistência de qualquer inconstitucionalidade no caso em tela.

### **III- DA OFENSA AO ART. 40, "CAPUT" E § 4º DA CONSTITUIÇÃO:**

Este dispositivo constitucional não sofre qualquer violação, pois os direitos assegurados ao servidor público em atividade serão estendidos aos aposentados, uma vez estando tais direitos e vantagens previstos no Regime Jurídico Único. Não importa o fato do servidor estar ou não cedido a uma organização social, pois o mesmo continua sendo regido por aquele Estatuto Funcional, vindo qualquer vantagem em sua remuneração ser também aplicada aos proventos dos aposentados.

### **IV- DA OFENSA AOS ART. 70, 71 E 74 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL- INSUBMISSÃO DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS AO CONTROLES EXTERNO E INTENO.**

Não é verdadeira esta afirmação, pois as organizações sociais estão sujeitas à publicação anual no Diário Oficial da União do relatório de execução do contrato de gestão, sendo considerados públicos seus documentos, bem como à intervenção do Poder Público, quando em risco a regularidade dos serviços. Também, cabe a apreciação periódica dos contratos de gestão que firmarem com o Poder Público por comissão de avaliação composta por especialista de notória qualificação, cujos resultados são encaminhados ao órgão administrativo supervisor e ao Tribunal de Contas da União.

Como se vê, há tanto um controle interno como externo. A própria Lei n.º 9.637/98, em momento algum impediu a possibilidade de controle dos





atos praticados pelas organizações sociais. Desta forma, os dispositivos constitucionais levantados pelos requerentes estão plenamente observados.

**V - DA PRETENZA VIOLAÇÃO AOS ARTS. 196, 197 E 199, §1º ; 205, 206, 208 E 209; 23, 215, 216 § 1.º, 218 E 225 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.**

Mais uma vez, busca o autor, de forma confusa e infeliz, induzir o julgador a enxergar inconstitucionalidade no art. 1º da Lei 9.637/98, afirmando que tal artigo contraria o sentido do sistema constitucional, assegurado da prestação de serviços na área da saúde, educação e proteção ao meio ambiente, patrimônio histórico, artístico e cultural, pelo Estado, respectivamente, arts. 196, 197 e 199, §1º ; 205, 206, 208 e 209; 23, 215, 216 § 1.º, 218 e 225 da Constituição Federal.

São estes os termos do artigo reputado afrontoso aos dispositivos acima elencados:

*“Art. 1.º 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.”*

O Estado, ao criar este novo qualificativo para pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, possibilitando-as "absorver atividades de entidade federal extinta no âmbito da área de saúde" (art. 18 da Lei 9.637/98) está ao contrário do que entendem os requerentes, cumprindo o comando constitucional, possibilitando a participação previstas no § 1.º do art. 199, citado pelo autor.

O legislador constitucional possibilitou, nesta e em várias outras hipóteses a chamada descentralização administrativa por colaboração de particular, como esclareceu o Dr. Paulo Modesto (op. Cit. p. 8 e ss.):

*“As organizações sociais, no modelo proposto, não são autarquias veladas, nem titularizam qualquer espécie de prerrogativa de direito público. Serão entidades privadas reconhecidas pelo Estado, á semelhança das atuais entidades de utilidade pública. Tanto as organizações sociais quanto as atuais entidades de utilidade pública permanecem na condição de entes privados que colaboram com a Administração (descentralização por colaboração, em sentido estrito).*

*A descentralização administrativa por colaboração de particular - descentralização objetiva, relativa apenas à atividade - é amplamente prevista na Constituição da República.*

*Trata-se de modalidade de descentralização administrativa consentânea com o princípio fundamental da cidadania (art. 1º, II, CF), fundamento do Estado Democrático de Direito.*

*Entre os dispositivos constitucionais que a contemplam diretamente podemos indicar os seguintes:*



*Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.*

*§ 1.º As instituições privada 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.*

*Art. 204. As ações governamentais na área de assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes:*

*I - descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social.*

*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. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:*

*III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;*

*Art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições:*

*II - autorização e avaliação de qualidade pelo poder público.*

*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.*

*Art. 216*

§ 1.º O poder público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

(...)

§ 3.º A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente 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.

§ 1.º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de entidades não governamentais e obedecendo aos seguintes preceitos:

Art. 240. Ficam ressalvadas do disposto no art. 195 as atuais contribuições compulsórias dos empregados sobre a folha de salários destinadas às entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical.

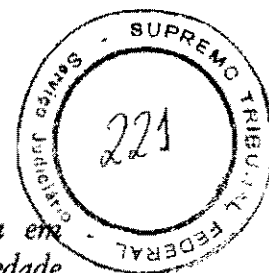
#### ADCT

Art. 60. Nos dez primeiros anos da promulgação da Constituição, o poder público desenvolverá esforços, com a mobilização de todos os setores organizados da sociedade e com a aplicação de, pelo menos, cinquenta por cento dos recursos a que se refere o art. 212 da Constituição, para eliminar o analfabetismo e universalizar o ensino fundamental." (grifos do autor)

O administrativista Diogo de Figueiredo Moreira Neto, comentando a "descentralização social da administração", preleciona:

"A descentralização social consiste em aliviar do Estado a execução direta ou indireta de atividades de relevância coletiva que possam ser convenientemente cometidas a unidades sociais já existentes, personalizadas ou não, como a família, o bairro, as agremiações desportivas, as associações profissionais, as igrejas, os clubes de serviço, as organizações comunitárias etc., mediante simples incremento de autoridade e institucionalização jurídica adequada, de modo a que possam promover, elas próprias, sua execução.

Essas unidades, também denominadas de entidades de colaboração, receberiam tais atribuições a partir de leis específicas e de atos administrativos concretos de reconhecimento, modalidade unilateral



*assemelhada à autorização e à permissão. São institutos ainda em desenvolvimento, mas que têm lugar garantido numa sociedade dinâmica e participativa, como a que se desenha neste final de século." (in Curso de Direito Administrativo, Editora Forense, 10<sup>a</sup> ed. pp. 88/89).*

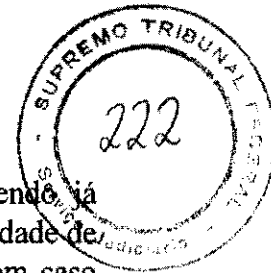
A 10ª Conferência Nacional de Saúde, realizada entre 2 e 6 de setembro de 1997, chamada Carta de Brasília, e citada pelos requerentes bem demonstra os equívocos de interpretação da lei atacada, quando conclui:

- *Contra os modelos alternativos que se resumem na simples privatização da gestão das unidades públicas como é o caso das fundações privadas e do PAS, que desviam recursos públicos para o lucro de poucos e prejuízo dos interesses da população...*

Ora, dentre os requisitos expressos na lei para qualificar entidade privada como organização social destacam-se o de a postulante possuir *finalidade não-lucrativa, com a obrigatoriedade de investimento de seus excedentes financeiros no desenvolvimento das próprias atividades*, além de expressa *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 e 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* (art. 2.º, I, b, h, i, da Lei 9637/98)

No que tange à manifestação do Conselho Nacional de Saúde - CNS, resolução n.º 223, de 07 de maio de 1997, colacionada pelos requerentes, já temos notícia de que o Dr. Nelson Rodrigues dos Santos, integrante daquele Conselho, por ocasião de sua 80.ª reunião, datada dos dias 02 e 03 de setembro de 1998, comunicou a necessidade de reativação da Comissão de Organizações Sociais e do Grupo de Trabalho para promover a atualização do estudo sobre a proposta de Organizações Sociais do Ministério da Administração e Reforma do Estado - MARE, sugerindo que o Conselheiro Gilson Cantarino fosse nomeado coordenador do Grupo, sugestão esta que foi aprovada pelo Plenário da CNS.

A pretensa inconstitucionalidade da lei na área educacional, cai por terra pela simples leitura do texto constitucional, citado inclusive pelo autor. Determina a Constituição Federal em seu art. 213 que os *recursos públicos sejam destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei, que: a) comprovem finalidade não lucrativa; b) apliquem seus excedentes financeiros em educação; c) assegurem a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional, ou ao Poder Público, no caso de encerramento de suas atividades.*



Todas estas exigências foram observadas pela lei, sendo já acima mencionadas; indo mais longe o legislador ao prever também a possibilidade de desqualificação da entidade, cuja consequência será aquela mesma prevista em caso de sua extinção (art. 2.º, I, i da Lei 9.637/98).

Idêntico raciocínio empregamos para as inconstitucionalidades apontadas no âmbito da proteção ao meio ambiente ao patrimônio histórico, artístico e cultural. O art. 216, § 1.º, já citado, assegura a prestação de tais serviços pelo Estado em colaboração com a comunidade. O fato de qualificar entidades com o fito de desenvolver atividades nesta área não implica *em retirada do Estado dessas funções*, como asseveram os requerentes. *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. As Organizações Sociais tornam mais fácil e direto o controle social, por meio da participação nos conselhos de administração dos diversos segmentos representativos da sociedade civil*, atingindo-se, com isto, a vontade do legislador constitucional.

#### **VI - DA PRETENZA OFENSA AO ART. 129 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - AS FUNÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO.**

O tal artigo violador do preceito constitucional assegurador das funções institucionais do Ministério Público está redigido da forma que segue:

*Art. 10 Sem prejuízo da medida a que alude 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 seqüestro dos seus dirigentes, bem como de agente público ou terceiro, que possam ter enriquecido ilícitamente ou causado dano ao patrimônio público. (grifos nossos)*

O artigo citado está inserto na Seção IV, que cuida da Execução e Fiscalização do Contrato de Gestão. O comando referido no art. 10 é dirigido *aos responsáveis pela fiscalização da execução do contrato de gestão*, art. 9.º, que, *ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização dos recursos ou bens de origem pública por organização social, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.*

Vemos, portanto, que não se está amesquinhando as *funções institucionais do Ministério Público*, senão atribuindo maiores responsabilidades aos agentes fiscalizadores da execução do contrato de gestão da entidade, para, além de comunicar eventuais irregularidades ou ilegalidades ao TCU, também fazê-lo ao Ministério Público, haja vista, precisamente, atender às **funções institucionais de zelo pelo efetivo respeito dos serviços de relevância pública.**

A



## VII - DA PRETENZA VIOLAÇÃO AOS ARTS. 5.º, XVII E XVIII E AOS ARTS. 37, "CAPUT" DA CF.

Estaria maltratando a constituição, no entendimento dos requerentes, o art. 3º, que define a composição do Conselho de Administração das Organizações Sociais, sendo assim definido:

- a) *vinte a quarenta por cento de membros natos representantes do Poder Público, definidos pelo estatuto da entidade;*
- b) *vinte a trinta por cento de membros natos representantes de entidades da sociedade civil, definidos pelo estatuto;*
- c) *até dez por cento, no caso de associação civil, de membros eleitos dentre os membros ou os associados;*
- d) *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 dez por cento de membros indicados ou eleitos na forma estabelecida pelo estatuto.*

Afirmam os requerentes, citando o art. 5.º e 37 da Constituição, que " *a previsão 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. 3.º da Lei 9.637/98, desde logo se conclui que a simples manipulação do Estatuto permitiria que entre 40 a 80% dos membros do Conselho sejam escolhidos por indicação do Poder Público, preservando os liames hierárquicos entre o Estado e a Organização.*"(grifos nossos)

Parte o autor da premissa de que a fraude aos ditames constitucionais pode ocorrer, caso haja *manipulação do Estatuto* (sic). É dizer, não havendo *a manipulação do estatuto*, a lei encontra total respaldo na constituição. A inconstitucionalidade apontada conduz ao absurdo de só existir se houver manipulação dos estatutos.

A mesma é a conclusão que se dirige da inconstitucionalidade do relação ao art. 4º. Dizem os requerentes: "*no art. 4º atribui-se ao Conselho de Administração uma série de competências que poderiam, perfeitamente, ser manejadas pelo membros natos do Conselho, mascarando de forma pouco efetiva a verdadeira natureza da entidade.* (destacamos). A violação dependerá de serem manejadas as competências pelos membros natos do Conselho de Administração.

Exatamente onde os requerentes enxergam violações aos dispositivos constitucionais, é que se concentram uma das maiores virtudes das OS: a previsão da extensa participação **no conselho de administração** dos diversos segmentos representativos da sociedade civil, além de representantes do Poder Público e de pessoas portadoras de notória capacidade profissional e reconhecida idoneidade moral. As OS são *entidades de utilidade pública qualificadas por maiores restrições e maior vigilância do Estado*. E mais além, ao contrário do que afirmam os requerentes, *para evitar a oligarquização do controle sobre essas entidades, os mandatos dos*



*representantes da sociedade estarão submetidos a regras que limitam a recondução e obrigam à renovação periódica dos conselhos.*

*As organizações sociais, no modelo proposto, não são autarquias veladas, nem titularizam qualquer espécie de prerrogativa de direito público. Serão entidades privadas reconhecidas pelo Estado, à semelhança das atuais entidades de utilidade pública.*

## VIII - CONCLUSÃO

Sabemos que o que caracteriza a governança contemporânea nas democracias consolidadas de mercado é a existência de uma multiplicidade de arranjos institucionais( conjunto de regras, atores, papéis, interesses, recursos etc...) orientados para diversas finalidades sociais, que englobam a produção de uma ampla gama de bens públicos que em certo sentido nunca foi monopólio estatal.

A velha visão de *estado versus mercado* está, neste novo contexto, superada pela alta interatividade das perspectivas típicas ou puras de mercado, estado e terceiro setor. Estas três esferas estão, em diferentes proporções, amalgamadas na produção de bens públicos( predominantemente estado e terceiro setor) e privados( predominantemente mercado). No que se refere à produção de bens públicos, a idéia de *estado-rede*(consagrada a partir de Castels) é essencialmente esta perspectiva em ação: uma teia de relações intraestatais, com atores externos ao estado, parceiros operacionais, fornecedores, co-formuladores, outros estados, etc... Há, também, uma grande variedade de formas de parceria, onde agentes financiadores, executores e controladores se mesclam e alternam.

É evidente que neste contexto as noções de controle, autonomia e risco das novas relações de parceria se colocam de forma diferente daquelas relativas à execução direta pelo Estado, nas quais apenas este outorga poderes e controla, provê e banca o risco social. Nas formas de parceria, como as OS, há um compartilhamento: **de controle** - do Estado, orientado para resultados, mediante seu aparato de controle interno e externo e mediante o comitê de avaliação do contrato de gestão; e controle social da sociedade, proporcionando, neste sentido, uma forma de controle muito mais abrangente e efetiva; **de responsabilidade** - do Conselho, pela edição de regras operacionais internas, pela supervisão e responsabilização por resultados; e **de risco** - há penalidades previstas na legislação que se estendem da desqualificação, em caso de descumprimento injustificado das finalidades, à sanções criminais em caso de irregularidade, nas quais os membros do conselho e da diretoria respondem com seu patrimônio pessoal.

Trata-se, portanto, de um empreendimento social de risco compartilhado, onde os atores contratados estão sujeitos à prestação de contas por resultados e pela observância das normas internas estabelecidas, que difere substancialmente do risco privado ( onde um investidor capitalista investe seu patrimônio e não presta contas) e do risco estatal ( onde o processo de prestação de contas é exaustivo, mas eventuais perdas patrimoniais são impostas aos contribuintes).



Não cabe, portanto, a alegação de que a operação das OS não envolve risco, senão para o Estado.

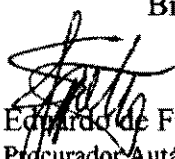
Ainda, é necessário que se observe a forma como a sociedade se organiza para parcerizar-se ao Estado, que, segundo as alegações dos requerentes da ADIN, estariam viciadas ou envezadas pelos agentes públicos que operam as atividades publicizadas. Do ponto de vista conceitual isto não tem a menor relevância. Primeiro, porque os fundadores são destituídos de poder, salvo quando se fazem representar no Conselho. É o Conselho que manda; tanto faz quem funde, a não ser pelo fato de que quem funda define o Conselho. Segundo, sob a ótica meramente instrumental da continuidade e melhoria na prestação dos serviços sociais publicizados, é preferível que aqueles que operam os processos organizacionais estejam à frente desta iniciativa. Em síntese, importa mais quem vai controlar e operar que quem foi o instituidor.

Desta forma, a tese sustentada pelos requerentes de que as OS são entidades da Administração Pública, não tem fundamento jurídico, pois os mesmos tentaram ao longo do texto construir uma "verdade jurídica" de forma dogmática e contraditória, uma vez que partem do princípio (não demonstrado) de que as OS são entidades da Administração Pública, derivam ilações desta afirmativa e não relutam em afirmar que, caso isto não seja assim considerado, ainda que como entidades privadas estariam sujeitas às regras da Administração Pública.

Ante todo o exposto, concluímos pela completa constitucionalidade da Lei 9.637, de 15 de maio de 1998, e da modificação procedida no art. 24, XXIV, da Lei n.º 8.666 de 21 de junho de 1993, devendo o Supremo Tribunal Federal no exercício do controle concentrado de normas, julgar improcedente o pedido deduzido na Ação Direta de Inconstitucionalidade manejada pelo Partido dos Trabalhadores e pelo Partido Democrático Trabalhista.


É o que nos parece, sub censura.

Brasília, DF, 05 de janeiro de 1999.

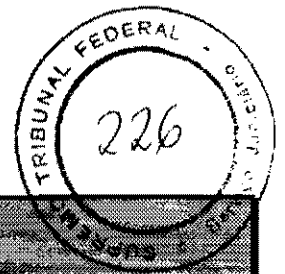
  
Sérgio Eduardo de Freitas Tapety  
Procurador Autárquico  
Mat. 1288035  
Requisitado - CONJUR OF. 053/98/SE/MARE

Aprovo. À consideração da Srª Secretária para, se de acordo, encaminhar as presentes informações à Advocacia-Geral da União.

Brasília, DF, 05 de janeiro de 1999.

  
João Batista da Silva  
Coordenador-Geral de Assuntos Jurídicos





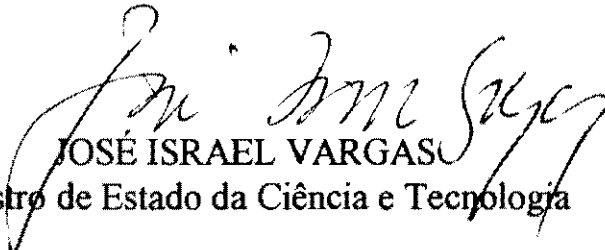
**MINISTÉRIO DA CIÊNCIA E TECNOLOGIA  
GABINETE DO MINISTRO**

AVISO/GAB nº 237 /98

Em 29 de dezembro de 1998.

Em atenção ao Aviso nº1073/AGU/SC-CS/98, datado de 14 do corrente mês, em que V. Exa. solicita manifestação sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923, proposta pelo Partido dos Trabalhadores - PT e Partido Democrático Trabalhista - PDT, encaminho-lhe, tempestivamente, o Parecer nº 121/98 da Consultoria Jurídica deste Ministério sobre o assunto.

Atenciosamente,

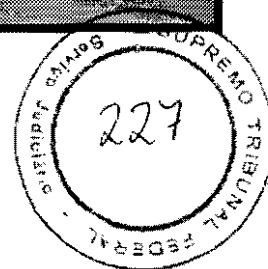
  
JOSE ISRAEL VARGAS  
Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia

À sua Excelência o Senhor  
GERALDO MAGELA DA CRUZ QUINTÃO  
DD. Advogado-Geral da União  
Anexo IV do Palácio do Planalto  
Brasília-DF.

PARECER CONJUR Nº 121/98

Em 22.12.98

REF.: AVISO nº 1073/AGU/SG-CS/98



**Ementa:** Ação Direta de Inconstitucionalidade da Lei nº 9.637, de 1998, e do art.24, XXIV, da Lei 8.666, de 1993, com a redação dada pelo art.1º da Lei nº 9.648/98.

O Advogado-Geral da União solicita, por meio do Aviso em epígrafe, manifestação desta Consultoria Jurídica sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923, proposta pelo Partido dos Trabalhadores - PT e Partido Democrático Trabalhista - PDT, objetivando a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 9.637, de 1998, que "Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências", e contra o inciso XXIV do art. 24 da Lei nº 8.666, com a redação dada pelo art.1º da Lei 9.648, de 27.05.98, que "Altera dispositivos das Leis nºs 3.890-A, de 25 de abril de 1961, nº 8.666, de 21 de junho de 1993, nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, nº 9.074, de



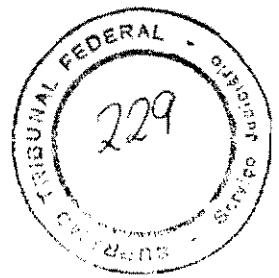
07 de julho de 1995, nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, autoriza o Poder Executivo a promover a reestruturação das Centrais Elétricas Brasileiras ELETROBRÁS e de suas subsidiárias e dá outras providências”.

2. Para os Autores da aludida Ação, o Poder Legislativo burlou, através de lei ordinária, os limites materiais e formais impostos pela nossa ordem constitucional, ao criar nova forma de gerenciamento dos serviços públicos (as Organizações Sociais- OS), nas áreas de ensino, saúde, cultura, pesquisa e desenvolvimento tecnológico e proteção ao meio ambiente.

3. Alegam, ainda, que a prestação de serviços públicos por essas entidades ofende não apenas os artigos 37, *caput*, 5º, XVII e XVIII, mas também as limitações impostas ao administrador público pelos artigos 22, XXII, 23, I a IV, 37,II e XXI, 40, I e III e §4º, 49, X, 70, 71,II e III, 74, 129 §1º, 169, §1º, 175, 196, 197, 199, 205, 206, 208, 209, 211, 213, 215, 216, 218, 225, §1º e incisos I, II e V e VII da Constituição Federal.

## II


4. A implementação dessas Organizações Sociais - OS, destinadas a absorver atividades publicizáveis mediante qualificação específica, é uma estratégia central do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, cuja **concepção e gerenciamento** competem ao Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado -MARE.



III

5. Uma vez que a Ação Direta de Inconstitucionalidade discute questão eminentemente de direito, no caso, relativa ao funcionamento dessas Organizações Sociais, entendo que os subsídios fáticos e jurídicos necessários à elaboração das informações a serem prestadas pela Advocacia Geral da União ao Supremo Tribunal Federal devem ser obtidos junto ao MARE, já que este Ministério da Ciência e Tecnologia, como alguns outros, apenas tem atividades que podem ser objeto de execução por essas Organizações Sociais.

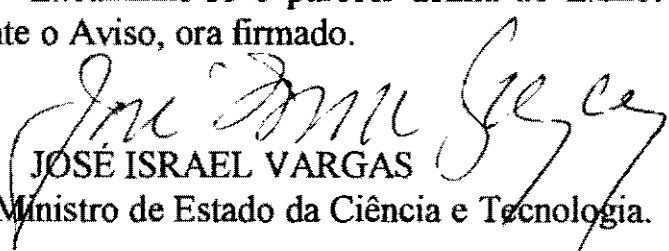
À consideração superior.

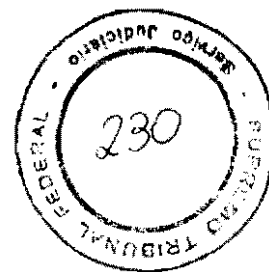
  
LUIZ NONATO FERNANDES  
Coordenador de Assuntos Judiciais.

De acordo  
À consideração do Exmo. Sr. Ministro, sugerindo a remessa do parecer supra à Advocacia Geral da União.

  
FABIO GUILHERME VOGEL  
Consultor Jurídico

Aprovo.  
Encaminhe-se o parecer acima ao Exmo. Sr. Advogado-Geral da União, mediante o Aviso, ora firmado.

  
JOSÉ ISRAEL VARGAS  
Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia.



AVISO nº 934 /MF

Brasília, 28 de dezembro de 1998

Senhor Advogado-Geral,

Em atenção ao Aviso nº 1072/AGU/SG-CS/98, de 14.12.98, por intermédio do qual Vossa Excelência solicita as informações necessárias para instruir a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923, requerida pelo PARTIDO DOS TRABALHADORES e OUTRO, tenho a honra de enviar Nota exarada pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

*C. S. M.*

Atenciosamente,

PEDRO SAMPAIO MALAN  
Ministro de Estado da Fazenda

Excelentíssimo Senhor  
GERALDO MAGELA DA CRUZ QUINTÃO  
Advogado-Geral da União  
BRASÍLIA - DF



NOTA

PGFN/CRJ/Nº 750/98

O PARTIDO DOS TRABALHADORES e o PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA requereram a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923, insurgindo-se contra a Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, que "*Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências*", e contra o inciso XXIV do art. 24 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998.

2. Os Requerentes alegam que os preceitos objurgados violam os seguintes dispositivos constitucionais: art. 22, XXVII; art. 23, I, II, III, IV, VI, VII; art. 37, II e XXI; art. 40, I e III; art. 49, X; art. 70, parágrafo único; art. 71, II e III; art. 74, I, II, III e IV; art. 129, I, II e III; art. 169, § 1º, I e II; art. 175; art. 194, parágrafo único; art. 196; art. 197; art. 199, § 1º; art. 205; art. 206, III, IV e VI; art. 208, I a VII e §§ 1º e 2º; art. 211, § 1º; art. 213, I e II; art. 215; art. 216, I a V e § 1º; art. 218, §§ 1º, 2º, 3º e 5º; e art. 225, § 1º, I, II, V e VI.

3. Não houve deferimento de liminar.

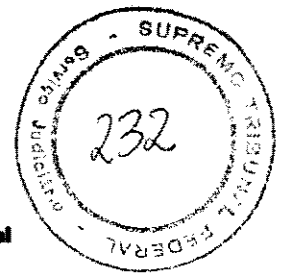
4. O eminente Ministro ILMAR GALVÃO, Relator, pediu informações ao Exmo. Sr. Presidente da República. O Sr. Advogado-Geral da União solicitou ao Sr. Ministro de Estado da Fazenda os subsídios necessários à elaboração das informações requisitadas pelo c. Supremo Tribunal Federal. A Sra. Secretária-Geral de Consultoria da Advocacia-Geral da União, a seu turno, cientificou o Sr. Procurador-Geral da Fazenda Nacional acerca do teor da solicitação do Sr. Advogado-Geral.

5. Vieram os presentes documentos a esta Procuradoria-Geral, tendo sido distribuídos a esta Coordenação-Geral, para pronunciamento.

6. Acontece, porém, que o tema versado na extensa peça vestibular da Ação em prisma está inserido especificamente na área de atribuições do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado – MARE. Com efeito, a Ação cuida de projetos que compõem a Reforma Administrativa ora implementada pelo MARE (Projeto Organizações Sociais – Programa Nacional de Publicização).



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL  
Coordenação-Geral da Representação Judicial da Fazenda Nacional



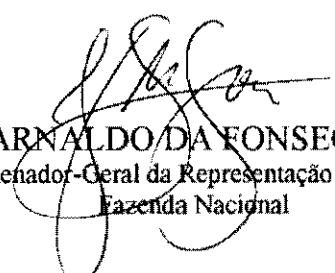
Portanto, esta Procuradoria-Geral, *in casu*, não detém competência e nem conhecimentos necessários para subsidiar a confecção das informações a serem prestadas pelo Exmo. Sr. Presidente da República.

7. Nesse contexto, manteve-se contato com a Consultoria Jurídica do MARE, a fim de serem obtidos os elementos pertinentes, para repasse ao Sr. Advogado-Geral da União. Contudo, a Sra. Consultora Jurídica Substituta informou que estava sendo preparado estudo circunstanciado acerca da questão em debate, para envio ao ilustre Titular da Advocacia-Geral da União e que a Sra. Secretária-Geral de Consultoria da Advocacia-Geral da União deferira prorrogação do prazo para apresentação dos subsídios até o próximo dia 04 de janeiro de 1999.

8. Destarte, não se vislumbrando outras medidas a serem adotadas por esta Procuradoria-Geral, sugere-se sejam cientificados o Sr. Advogado-Geral da União e a Sra. Secretária-Geral de Consultoria.

À consideração superior.


PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL, em 24 de dezembro de 1998.

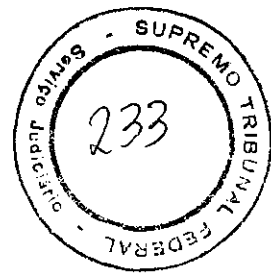
  
JOSÉ ARNALDO DA FONSECA FILHO  
Coordenador-Geral da Representação Judicial da  
Fazenda Nacional

De acordo.

Submeta-se à apreciação do Sr. Ministro de Estado da Fazenda. Após, expeça-se ofício à Sra. Secretária-Geral de Consultoria da Advocacia-Geral da União.

PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL, em 28 de dezembro de 1998.

  
Carlos Eduardo da Silva Monteiro  
Procurador-Geral-Substituto  
Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional



Aviso nº 489 /MPO

Brasília, 28 de dezembro de 1998

Senhor Advogado-Geral,

Em atenção ao AVISO nº 1070/AGU/SG-CS/98, encaminho a Vossa Excelência o Parecer CONJUR/MPO/IDR/Nº 1985/98 anexo, por mim aprovado, que se refere à Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923, proposta pelo Partido dos Trabalhadores - PT - e pelo Partido Democrático Trabalhista - PDT -, em face das Leis nº 9.637, de 15 de maio de 1998 e nº 9.648, de 27 de maio de 1998.

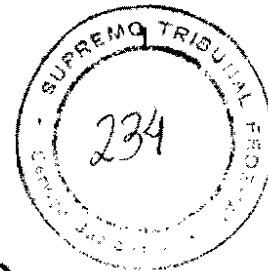
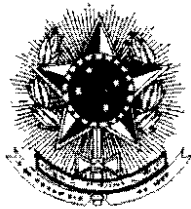
Atenciosamente,

**PAULO PAIVA**

Ministro de Estado do  
Planejamento e Orçamento

A Sua Excelência o Senhor  
**GERALDO MAGELA DA CRUZ QUINTÃO**  
Advogado-Geral Da União





**MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO E ORÇAMENTO – MPO  
CONSULTORIA JURÍDICA**

PARECER /MPO/CONJUR/IDR/N. 1985 /98

REF: Ação Direta de Inconstitucionalidade 1923  
AUTOR: PARTIDO DOS TRABALHADORES  
PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA

ASSUNTO: Arguição de inconstitucionalidade do inciso XXIV do art. 24 da Lei nº 8666, criado pela Lei nº 9648, de 27.05.98. e do total da Lei nº 9637, de 15.05.98 que *dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências.*

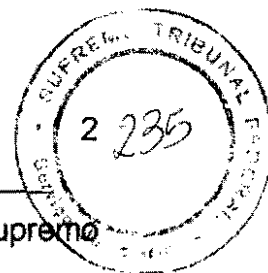
**RESUMO DA DEMANDA**

O Partidos dos Trabalhadores - PT - e o Partido Democrático Trabalhista, em farta petição de 71 laudas, propõem Ação Direta de Inconstitucionalidade junto ao Supremo Tribunal Federal, para requerer a suspensão da *todos os efeitos da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, notadamente dos seus artigos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21 e 22, e do art. 24, XXIV da Lei nº 8.666, de 1993, com a redação dada pelo art. 1º da Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998.*

Pediram, os Requerentes, deferimento de medida liminar *para o fim de suspender, exclusivamente os mesmos dispositivos apontados no parágrafo anterior.*

lrpaadi4

MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO E ORÇAMENTO - MPO  
CONSULTORIA JURÍDICA



O douto Relator, Ministro Ilmar Galvão, do Supremo Tribunal Federal, sem se pronunciar sobre o pedido de liminar, solicitou informações prévias à Presidência da República e ao Congresso Nacional.

Por sua vez, o Senhor Advogado-Geral da União requer a manifestação desta Consultoria Jurídica sobre as alegações dos requerentes.

## **ALEGAÇÕES DOS REQUERENTES**

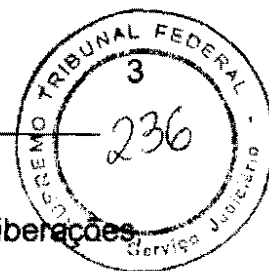
### **Dispositivos constitucionais violados**

Os Requerentes apontam violações a vinte e quatro (24) dispositivos constitucionais, seus incisos e parágrafos, em substancial peça jurídica, suportada por farta doutrina onde incluem publicações específicas do MARE e da PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA sobre o assunto em questão.

Entendemos que a questão resume-se, no âmbito dos limites constitucionalmente estabelecidos, na interpretação dos termos da lei, cujo sentido, na própria expressão dos Requerentes, é percebido de forma a atribuir *artificialidade aos entes públicos já constituídos*, dando-se lhes *nova roupagem*.

Consonantemente à própria exposição dos Requerentes, a matéria abordada não está afeta à área de competência deste Ministério, a não ser pelo aspecto de terem sido incluídos na lei, dispositivos com expressa referência a inclusão de créditos destinados às OS no orçamento da UNIÃO, razão pela qual foi referendada pelo Sr. Ministro de Estado desta Pasta.

lrpeadi4



Nesse sentido, são previstos os créditos com liberações de responsabilidade gerencial desta Pasta, programadas em cronograma de desembolso no contrato de gestão cuja execução e fiscalização a Lei faz referência expressa, ao prever o controle por meio de relatório e prestação de contas em cada exercício financeiro e a fiscalização do Tribunal de Contas da União.

Alegam, os Requerentes, insuficiente a forma encontrada pela Lei para submeter as OS's ao controle externo, com a *mera previsão de que constatada qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou bens de origem pública esses responsáveis pela fiscalização "dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União"*.

Tratando-se de entidades privadas, exatamente a existência da aplicação de recursos públicos é que fez o Estado precaver-se com a inclusão na lei de dispositivo (art. 9º) que permita o controle externo pelo Tribunal de Contas da União, no exercício de suas atribuições constitucionais de fiscalização dessas aplicações. Em nenhum outro artigo a Lei estabelece qualquer orientação sobre a questão, levando à conclusão única que ela deverá e será interpretada em consonância com as disposições da Constituição.

Essa é a essência da lei no que se refere ao aspecto de dotações orçamentárias, questão de competência deste Ministério, que não contraria, repetimos, em nenhum dispositivo, o texto constitucional.

A elaboração das leis atacadas, de iniciativa do Ministério da Administração e Reforma do Estado, foi levada a termo com elementos técnicos ali analisados, objetos de demorado e extenso estudo por parte do Setor responsável pela Reforma do Estado, consubstanciando,

MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO E ORÇAMENTO - MPO  
CONSULTORIA JURÍDICA



inclusive, documentos citados por mais de uma vez pelos Requerentes em sua  
louvável petição inicial.

Dali, do MARE, certamente será remetida manifestação  
de maior substância para a defesa da União a ser produzida pela Advocacia-  
Geral da União.

**CONCLUSÃO**

Esta a nossa manifestação em relação à questão no que  
tange ao aspecto da área de competência deste Ministério, que sugerimos seja  
levada ao conhecimento da Advocacia-Geral da União.

É o parecer, *sub censura*.

Brasília, 22 de dezembro de 1998

  
IRENE ORDINE LOPES H. D'EL-REY  
OAB/DF 1513 A - CONJUR/MPO

De acordo,  
Brasília, 23 de dezembro de 1998

  
**SANDRA MIRIAM DE AZEVEDO MELLO ECK**  
CONSULTORA JURÍDICA

