

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICAS DE SÃO PAULO  
PUC – SP**

**Erica Bueno Mimoto**

**Contrato de Gestão e as Organizações Sociais –  
Constitucionalidade da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998**

**PÓS - GRADUAÇÃO EM DIREITO ADMINISTRATIVO**

**São Paulo  
2015**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICAS DE SÃO PAULO  
PUC – SP**

**Erica Bueno Mimoto**

**Contrato de Gestão e as Organizações Sociais –  
Constitucionalidade da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998**

**PÓS - GRADUAÇÃO EM DIREITO ADMINISTRATIVO**

Monografia apresentada como exigência parcial para obtenção do título de Pós - Graduada em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, sob a orientação da Prof. Doutora Flávia Cammarosano.

**São Paulo  
2015**

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, pois sem ele não teria conseguido finalizar esse trabalho;

Aos meus pais, Frine Maria Silveira Bueno Mimoto e Fernando Mimoto, por nunca terem medidos esforços na realização de meus sonhos;

Ao meu marido, Dennis Mathiazo Nardi, por todo amor, compreensão e incentivo;

À minha filha Daniela Mimoto Nardi, recém-nascida, pelas horas que deixei de estar com você para finalmente concluir esse trabalho;

A todos os professores do meu curso de Pós-Graduação, que foram tão importantes na minha especialização em Direito Administrativo, em especial à minha Orientadora Flávia Cammarosano, pela paciência e incentivo que tornaram possível a conclusão desta monografia;

A todos o meu muito obrigado!

## **RESUMO**

O presente trabalho trata sobre a Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1.998, que dispõe sobre as Organizações Sociais e o instrumento jurídico Contrato de Gestão, com uma abordagem sobre sua criação, seu fundamento legal, e as discussões doutrinárias acerca de sua constitucionalidade (críticas e pontos positivos). Serão feitas considerações sobre o Terceiro Setor e o Princípio da Subsidiariedade; os demais vínculos formais de parceria entre o Estado e o Terceiro Setor. O auge do trabalho será a análise do recente julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923 perante o Supremo Tribunal Federal, que postulou a declaração na íntegra da Lei nº 9.637/98, colocando deste modo, um ponto final nas diversas dúvidas que pairavam sobre a constitucionalidade das Organizações Sociais - OSs e suas parcerias com o Poder Público. Por fim, analisaremos a também recente Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2.014, suas importantes alterações para o Terceiro Setor, bem como sua inaplicabilidade às Organizações Sociais.

## **PALAVRAS-CHAVES**

Organização Social. Contrato de Gestão. Lei nº 9.637/98. Adin nº 1.923 – STF. Terceiro Setor.

MIMOTO, Erica Bueno. Contrato de Gestão e as Organizações Sociais – Constitucionalidade da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1.998. Trabalho de conclusão do Curso de Pós-Graduação em Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. São Paulo: 2.015.

## **RESUME**

This paper deals with the Law No. 9.637 of 15 May 1998, which provides for the social organizations and the legal instrument Management Agreement with a discussion of its creation, its legal basis, and the doctrinal discussions about its constitutionality (critical and positive points). Considerations will be made about the Third Sector and the principle of subsidiarity; other formal ties of partnership between the state and the third sector. The culmination of the work will be the analysis of the recent judgment of the direct action of unconstitutionality No. 1.923 before the Supreme Court, which postulated the statement in the Law fully No. 9.637/98, putting thus an end to several questions that hovered over the constitutionality of Social Organizations - OSs and its partnerships with the government. Finally, we will analyze the also recent Law No. 13,019, of July 31, 2014, its major changes for the Third Sector, as well as its irrelevance to Social Organizations.

## **KEYWORDS**

Social organization. Contract Management. Law No. 9.637/98. Adin No. 1.923 - STF. Third sector.

## SUMÁRIO

<b>Introdução</b> .....	<b>7</b>
<b>Capítulo I – Reforma do Estado</b> .....	<b>9</b>
1.1 – Organizações da Sociedade Civil e a Constituição Federal de 1.988 .....	11
1.2 – Princípio da Subsidiariedade .....	13
<b>Capítulo II – Primeiro, Segundo e Terceiro Setores</b> .....	<b>15</b>
2.1 – Primeiro Setor .....	15
2.2 – Segundo Setor .....	17
2.3 – Terceiro Setor .....	19
2.3.1 – Associações e Fundações .....	22
2.3.2 – Organização Não-Governamental – ONG .....	23
2.3.3 – Organização da Sociedade Civil .....	24
<b>Capítulo III – Os Vínculos Formais de Parcerias entre Estado e Terceiro Setor</b> .....	<b>25</b>
3.1 – Convênios .....	25
3.2 – Termo de Cooperação e Termo de Fomento .....	30
3.3 – Termo de Parceria .....	32
3.3.1 - Qualificação: Organização da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP ....	34
3.4 – Contrato de Gestão .....	40
<b>Capítulo IV – Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1.998</b> .....	<b>41</b>
4.1 – Organização Social .....	41
4.2 – Contrato de Gestão .....	49
4.3 – Críticas Doutrinárias ao Modelo das Organizações Sociais .....	57
4.4 – Pontos Positivos do Modelo das Organizações Sociais .....	60

<b>Capítulo V – Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923 – STF - Inconstitucionalidade da Lei nº 9.637/98? .....</b>	<b>63</b>
5.1 – Petição Inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923 – STF .....	63
5.2 – Síntese dos votos dos Ministros Carlos Ayres Britto e Luiz Fux .....	66
5.3 – Análise crítica dos votos .....	74
5.4 – Julgamento da ADIN nº 1.923 – STF .....	76
<b>Capítulo VI – Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014 e as Organizações Sociais .....</b>	<b>79</b>
6.1 - Importantes alterações trazidas pela Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2.014 .....	80
6.2 – Inaplicabilidade da Lei nº 13.019/14 às Organizações Sociais .....	91
<b>Conclusão .....</b>	<b>93</b>
<b>Referência Bibliográfica.....</b>	<b>95</b>

## INTRODUÇÃO

Com o advento do Estado Democrático de Direito, consolidado na soberania popular, a sociedade exige cada vez mais a participação em atividades que antes eram exclusivas do Estado. Esse contexto marca uma aproximação entre Estado e Sociedade, com o estreitamento de suas relações, o que pode ser verificado através do surgimento de entes intermediários, determinando uma crescente interseção entre a atuação estatal e particular.

Nesse sentido, sustenta-se a necessidade de transformação do aparelho estatal, visando atender da melhor forma possível as demandas sociais, especialmente no que concerne à prestação de serviços públicos e à eficiência no gerenciamento da coisa pública.

A Constituição Federal de 1988 teve papel relevante neste fenômeno, na medida em que permitiu que os serviços sociais sejam prestados tanto pelos particulares como pelo Estado, sendo que este último poderá auxiliar os particulares por intermédio das atividades de fomento.

Assim, através da Reforma do Aparelho do Estado, que procurava reestruturar a Administração Pública na década de 90, foi criada uma nova estrutura administrativa composta pelo Primeiro, Segundo e Terceiro Setores.

O Primeiro Setor cuida das demandas coletivas, representadas pelo Estado; o Segundo Setor é o conjunto dos entes privados que atuam com fins lucrativos; o Terceiro Setor possui como fundamento o Princípio da Subsidiariedade, que implica dizer que o Estado só deve atuar quando o particular não tiver mais condições de fazê-lo sozinho, hipótese que deve estimular a ajudar a iniciativa privada.

E foi através das Leis nº 9.637, de 15 de maio de 1998 e nº 9.790, de 23 de março de 1999 que foram criadas as Organizações Sociais – OSs e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIPs, que permitiram ao Poder Público firmar parcerias com entidades de direito privado sem fins lucrativos, através de Contrato de Gestão e Termo de Parceria, respectivamente, a fim de desempenhar serviços sociais não exclusivos do Estado.

Por conta das vantagens atípicas e excessivas outorgadas, em especial, às Organizações Sociais, tem se discutido a constitucionalidade de diversas disposições da Lei nº 9.637/98, tendo em

vista que tais benefícios auferidos por tais entidades, contrariam frontalmente os princípios da Administração Pública, na opinião de diversos doutrinadores.

Com efeito, a Lei das OSs foi objeto de muitas críticas, dando ensejo a propositura da ADIN nº 1.923 – STF, na qual buscava o reconhecimento da inaplicabilidade de diversos de seus dispositivos.

Como veremos, a ADIN nº 1.923 que tramitava no Supremo Tribunal Federal desde o ano de 1.998, teve seu julgamento em abril do corrente ano. Na sessão plenária, por votação majoritária, a Corte do Supremo Tribunal Federal julgou-a parcialmente procedente, sendo que dos 09 (nove) Ministros que participaram do julgamento, 07 (sete) reconheceram a constitucionalidade do modelo, tendo como voto condutor da ação o do Ministro Luiz Fux.

E para finalizar, mais duas formas de parcerias entre as Organizações da Sociedade Civil e o Poder Público “surgiram” através da recente Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2.014 (que entrará em vigor somente no ano de 2016), são elas: Termo de Fomento e Termo de Colaboração (em substituição aos Convênios, que agora ficarão adstritos às parcerias entre os entes federados).

O novo regramento, conhecido como “Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil”, além de disciplinar esses dois novos instrumentos jurídicos, aplica-se, no que couber, às relações da Administração Pública com entidades qualificadas como OSCIPs, alterando, deste modo, a Lei nº 9.790/99.

Por fim, a Lei nº 13.019/14 apenas deixou de disciplinar sobre as Organizações Sociais e Contrato de Gestão, pois segundo as informações prestadas pela Secretaria Geral da Presidência da República: *“a não aplicação das exigências da Lei nº 13.019/2014 aos contratos de gestão celebrados com organizações sociais, ocorreu por escolha do Legislador do Congresso Nacional”*.

## **CAPÍTULO I – REFORMA DO ESTADO**

A Administração Pública Brasileira deu um grande avanço na modernidade com a Reforma da Administração Pública desenhada no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, coordenada pelo Ministério da Administração e Reforma do Estado (MARE), pelas mãos do ex-Ministro Luiz Carlos Bresser Pereira, em 21 de setembro de 1.995.

Referida reforma foi iniciada pelo Governo Fernando Collor de Mello e levada adiante no Governo Fernando Henrique Cardoso, sendo marcada por fortes traços do neoliberalismo, e recorrente à desestatização, à privatização e à desregulamentação para reduzir sensivelmente a participação do Estado na atividade econômica e, sobretudo, na prestação de serviços públicos.

Foi através do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado que o Poder Público procurou diminuir sua atuação nas atividades econômicas e nos serviços públicos, na qual uma de suas ações foi a edição da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1.998, que veio dispor sobre a qualificação de entidades como Organizações Sociais - OSs; a criação do Programa Nacional de Publicização; a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades pelas OSs e deu outras providências, inserindo assim as Organizações Sociais no direito positivo.

Tal Plano foi elaborado com o intuito de estabelecer uma Administração Pública Gerencial, baseada em conceitos atuais de administração e eficiência, voltada para o controle dos resultados e descentralizada.

Os dois pilares que nortearam a reforma da gestão pública foram, basicamente, a concessão de maior autonomia e responsabilidade aos gestores e administradores públicos, alcançada por meio da redução do controle burocrático baseado em regras procedimentais detalhadas, supervisão e auditoria, aumentando-se a ênfase nas metas e nos controles de resultados com a consequente responsabilização do administrador. O segundo pilar norteador foi a redução do aparelhamento administrativo fazendo com que o Estado executasse diretamente apenas suas atividades exclusivas (formulação de leis e políticas públicas), ficando os demais serviços a cargo da iniciativa privada, por meio de delegação (concessão e permissão) e outros meios de contratação.

Com relação ao setor de serviços não-exclusivos, a proposta do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado admitiu a chamada propriedade pública não-estatal de bens e serviços a ser titularizada pelas organizações sem fins lucrativos por meio do processo denominado "publicização", ou seja, a transferência de atividades não-exclusivas do Estado, como saúde e educação, para o setor privado compreendido pelas entidades sem fins lucrativos (Terceiro Setor).

Foi então por meio da Lei das OSs que o Poder Executivo ficou autorizado a transferir a execução dos serviços públicos e gestão de bens e pessoal públicos a entidades especialmente qualificadas como Organizações Sociais.

Tal modelo, tem como base as seguintes prioridades: a eficiência e a qualidade na prestação dos serviços públicos, além da redução de custos.

Para Paulo Eduardo Garrido Modesto, eminente professor que atuou diretamente no processo instituído pelo Plano Diretor da Reforma do Estado:

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 permissão do Poder Público, criadas por iniciativa de particulares segundo modelo previsto em lei, reconhecidas, fiscalizadas e fomentadas pelo Estado.

(...)

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 das 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 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 dos requisitos gerais de constituição e funcionamento previstos expressamente em lei. Esses 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<sup>1</sup>.

Para o ilustre professor Sílvio Luís Ferreira da Rocha:

A citada Reforma pretendeu introduzir uma “nova fórmula de gestão de serviços públicos” em que o Estado não mais prestaria tais serviços e sim os financiaria mediante outorga de subsídios financeiros a particulares que os prestassem, o que deu origem a entidades conhecidas como Organizações Sociais – OSs e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIPs<sup>2</sup>.

Em síntese, a reforma idealizada no Ministério da Administração e Reforma do Estado visava formular as bases legais de um novo modelo de prestação de serviços públicos, permeável à criatividade e inovação, e norteado pela busca dos maiores benefícios e progressos sociais possíveis com os recursos disponíveis. Algo bem diferente das estruturas estatais rigidamente burocráticas, mais preocupadas com seus próprios interesses internos do que com as demandas e necessidades coletivas que deveriam atender.

Assim, a Administração Pública Burocrática voltada exclusivamente à legalidade e em si mesma, foi substituída pela Administração Gerencial, aquela cujas ações abrem-se para as demandas da sociedade, onde os princípios constitucionais deixam de ser coadjuvantes, para serem protagonistas na Administração Pública Brasileira atual.

### **1.1 Organizações da Sociedade Civil e a Constituição Federal de 1.988**

A Constituição Federal de 1.988 reconheceu em seu texto o importante papel das organizações da sociedade civil sem fins lucrativos na vida democrática do país. O texto constitucional protege a liberdade de associação, proibindo interferências governamentais (art. 5º, XVII, XVIII e XIX da CF) e prevê a participação dessas organizações na formulação e implementação de políticas públicas, entre outras medidas.

A CF de 88 contribuiu ainda com importantes bases para possibilitar o estabelecimento de acordos entre o Poder Público e o setor privado sem fins lucrativos, para a execução de serviços em diversas áreas, como saúde, educação, cultura, dentre outros.

---

<sup>1</sup> REFORMA GERENCIAL. Entrevista com Luiz Carlos Bresser Pereira: uma reforma para ficar na história. *Revista Reforma Gerencial*. São Paulo, p. 21-24, mar 1998. Disponível em: [www.bresser.pereira.org.br](http://www.bresser.pereira.org.br). Acesso em 30 set. 2015.

<sup>2</sup> ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro setor – Coleção temas de direito administrativo*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 40.

Para chegar a essa conclusão, há vários dispositivos constitucionais que confirmam o exposto acima, tais como: artigos 199, § 1º; 204, I; 205; 213, I e II; 216, § 1º e 227, § 1º. Referidos dispositivos abrem à sociedade civil, com destaque para as entidades sem fins lucrativos, a função de colaborar com o Estado na realização desses serviços:

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.

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;

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.

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:

[...]

§ 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, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

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

I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil;

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de

integração social do adolescente e do jovem 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 obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação.

Nas palavras de Rubens Naves:

A Constituição, em diversos de seus dispositivos, deixa clara a sua opção de que a formulação e execução de políticas públicas não é uma tarefa apenas de governos, mas deve incluir a participação da comunidade. Trata-se de um princípio recorrente em todos os capítulos da ordem social da Carta<sup>3</sup>.

Preceitua ainda Gustavo Justino de Oliveira:

Entendendo o Poder Público que a melhor opção para o desenvolvimento de determinadas atividades seria a realização de uma parceria com a iniciativa privada e desde que respeitados os princípios e regras porventura aplicáveis ao caso concreto, nada obsta que tais parcerias sejam firmadas. Portanto, deve ficar claro que a Constituição de 1988 não veda a parcerização público-privada para a realização dessas atividades sensíveis; ao contrário, os alberga e incentiva, sobremaneira<sup>4</sup>.

Neste aspecto, a Carta Magna lançou as sementes da Reforma do Estado, que prevê, entre outros pontos, as parcerias estatais com as organizações da sociedade civil sem fins lucrativos.

## 1.2 – Princípio da Subsidiariedade

O Princípio da Subsidiariedade guarda ligação direta com o Terceiro Setor.

O tema é tratado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro ao tecer comentários acerca do Estado Subsidiário, onde faz apontamentos sobre as várias vertentes da utilização do Princípio da Subsidiariedade, tais como a diminuição do tamanho do Estado, através da privatização; o interesse público que não é mais prerrogativa exclusiva do Estado; a ampliação da política de fomento com o incentivo à iniciativa privada de interesse público através da celebração de parcerias; desregulamentação, com o restabelecimento da liberdade para o exercício da indústria, do comércio, das profissões liberais, limitadas por excesso de regulação e busca pelo

<sup>3</sup> NAVES, Rubens. *Organizações Sociais – A construção do modelo*. 1ª ed. Quartier, 2014. p. 20.

<sup>4</sup> OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Constitucionalidade da Lei Federal nº9.637/98. Das Organizações Sociais*. *Revista de Direito do Terceiro Setor*. Minas Gerais, a.1, nº 02, p. 177-210, jul/dez. 2007, p. 188.

interesse público primário, dos cidadãos e não secundários da Administração Pública<sup>5</sup>.

Para Sílvio Luís:

No direito público o princípio da subsidiariedade serve para fundamentar uma nova concepção de Estado, no qual o papel do Poder Público deve ser delimitado com o fito de se resguardar a liberdade, a autonomia e a dignidade humana. O princípio da subsidiariedade ressurgiu como justificativa de um Estado subsidiário – alternativo ao Estado do Bem Estar Social ou Providencial – que restringe o atuar do setor público, de um lado, ao incentivo e ao fomento da atividade individual e dos pequenos grupos, criando condições propícias à ação social, e, de outro, quando a sociedade mostrar-se incapaz de satisfazer seus próprios interesses, à ajuda ou auxílio material, sem que a intervenção, contudo, estenda-se além da necessidade averiguada. A grande virtude do princípio está em que a partir dele dá-se primazia ao grupo social e ao indivíduo, com a devolução, à sociedade civil, de matérias de interesse geral que possam ser eficazmente por ela realizadas. A subsidiariedade eleva a sociedade civil a primeiro plano na estrutura organizacional do Estado e concebe a cidadania ativa como pressuposto básico para sua realização, colocando a instância privada a serviço do interesse geral, a partir, também, da ideia de solidariedade, que se funda, principalmente, na maior eficiência da ação social sobre a ação estatal junto a grupos menores<sup>6</sup>.

O fomento, dentre as atividades administrativas do Estado, é a que sofre maior influência do princípio da subsidiariedade; constitui-se em um dos instrumentos da subsidiariedade, uma vez que toda atividade de fomento efetuada pela Administração Pública erige-se sobre o suposto de que existem atuações privadas que satisfazem interesses públicos e, por isso, devem ser por ela instigadas e subsidiadas.

Por intermédio da atividade de fomento o Estado estimula as atividades, realizando o princípio da subsidiariedade e age dentro de rigorosos limites de razoabilidade e excepcionalidade, sob pena dessa ação tornar-se um privilégio injustificado em favor de alguns grupos sociais e, por outro lado, manter a sociedade sob a dependência constante do Poder Público.

Por fim, a atividade administrativa de fomento, enquanto subsidiária, não desonera a Administração de atuar, de modo direto, na prestação de serviços.

<sup>5</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 29.

<sup>6</sup> ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro setor – Coleção temas de direito administrativo*, p. 40.

## **CAPÍTULO II – PRIMEIRO, SEGUNDO E TERCEIRO SETORES**

A partir do final da década de 80 e do início da década de 90, tornou-se comum no Brasil, especialmente entre os teóricos da Reforma do Estado, a expressão Terceiro Setor para designar o conjunto de entidades da sociedade civil de fins públicos e sem objetivo de lucro. Ele coexiste com o Primeiro Setor, que é o Estado, e com o Segundo Setor, que é o Mercado. Difere do primeiro porque suas entidades são de natureza privada e do segundo porque não visa ao lucro, nem ao proveito pessoal de seus atores, mas se dedica à consecução de fins públicos.

### **2.1 – Primeiro Setor**

Com a incumbência de desenvolver os chamados serviços privativos e exclusivos do Estado, “o Primeiro Setor é constituído pelo Governo, representante do Estado e maior provedor das necessidades de uma coletividade”<sup>7</sup>.

Tal Setor é formado pela Administração Pública, na qual a organização administrativa resulta de um conjunto de normas jurídicas que regem as competências, as relações hierárquicas, as situações jurídicas as formas de atuação e o controle dos órgãos e das pessoas. Como o Estado atua por meio de órgãos, agentes e pessoas jurídicas, sua organização está dimensionada na centralização e descentralização.

A centralização é a situação em que o Estado executa as suas tarefas diretamente, por intermédio de seus órgãos internos e agentes administrativos que compõem a estrutura funcional; já na descentralização, a atividade é delegada a outras entidades, as denominadas estatais.

Há uma divisão vertical, não hierárquica, na organização administrativa brasileira, decorrente da reforma administrativa. Há a Administração Federal, a Administração Estadual, a Administração do Distrito Federal e a Administração Municipal. No aspecto horizontal, reparte-se cada uma destas administrações, em administração direta e indireta.

Depreende-se que “a administração direta reflete a administração centralizada e a indireta conduz a noção de administração descentralizada”<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> MANUAL BÁSICO REPASSES PÚBLICOS DO TERCEIRO SETOR. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. 2012, p.08.

Corroborando com o tema, Odete Medauar estabelece que a “administração direta é o conjunto dos órgãos integrados na estrutura da chefia do Executivo e na estrutura dos órgãos auxiliares da chefia do Executivo”. Esta estrutura básica da Administração brasileira aplica-se aos demais entes da federação<sup>9</sup>.

O objetivo fundamental da administração indireta ou descentralizada é a execução de algumas tarefas de seu interesse por outras pessoas jurídicas, quando não pretende executar determinadas atividades através de seus próprios órgãos. O Poder Público transfere a sua titularidade ou mera execução para outras entidades, surgindo o fenômeno da delegação.

As estatais, receptoras desta delegação e detentoras de poderes políticos e administrativos, integram a estrutura constitucional do Estado, podendo ser autárquicas ou fundacionais. Ambas são de natureza meramente administrativa e criadas por lei específica, porém, as autarquias objetivam a realização de atividades obras ou serviços descentralizados e as fundações têm suas finalidades determinadas no ato legal que as institui.

As empresas públicas, as sociedades de economia mistas e os serviços sociais autônomos (ex. SESI, SENAI, SESC e outros) também dependem de lei específica para a sua existência, porém são pessoas de direito privado e vinculadas (não subordinadas) a determinado órgão ou entidade estatal, que tem a missão de supervisioná-las.

São autônomas, administrativa e financeiramente, têm patrimônio próprio e operam em regime da iniciativa particular, na forma de seus estatutos, destinadas a realização de obras, serviços ou atividades de interesse coletivo.

Quando o serviço público típico possui como característica maior grau de especialização, a sua prestação é mais bem atendida por uma entidade como a autarquia que é um serviço autônomo retirado da administração centralizada. Desta forma, a autarquia só deve ser outorgada serviço público típico e não atividades industriais ou econômicas, ainda que de interesse coletivo.

A empresa pública é de direito privado, com patrimônio próprio, capital exclusivo da União

---

<sup>8</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 24 ed. São Paulo: Lumen Juris, 2010 p. 414-415 e 419.

<sup>9</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 2009, p.63.

(Estado/Município), criada por lei e suas atividades se regem pelos preceitos comerciais, sendo constituída, organizada e controlada pelo Poder Público, sendo, entretanto, autônoma.

Difere da autarquia e da fundação pública por ser de personalidade privada e não ostentar qualquer parcela de poder público; distingue-se da sociedade de economia mista por não admitir a participação do capital particular.

Outra integrante do Primeiro Setor é a Sociedade de Economia Mista, uma entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei, para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, onde a maioria das ações com direito a voto, devem pertencer à União (conforme o ente) ou a entidade da Administração Indireta.

A fundação, por estar inserida no contexto do Terceiro Setor, neste será tratada.

## **2.2 – Segundo Setor**

Se de um lado o Primeiro Setor cuida das demandas coletivas, representadas pelo Estado, o Segundo Setor é o “conjunto dos entes privados que atuam com fins lucrativos<sup>10</sup>” voltado às “questões individuais e às lógicas de mercado constituído pelo setor produtivo das indústrias, empresas comerciais, prestadoras de serviços e entidades agrícolas, todas tendo como meta principal o lucro, consubstanciado na valorização do processo econômico produtivo, às empresas privadas<sup>11</sup>.

Na definição do Manual Básico Repasses Públicos ao Terceiro Setor, “no Segundo Setor encontra-se a iniciativa privada, cuja competência administrativa dos meios de produção cuida da satisfação dos anseios individuais”<sup>12</sup>.

A sociedade surge quando duas ou mais pessoas se comprometem a reunir capitais e trabalho para a realização de operações com fim lucrativo, podendo ser através de um contrato, adquirindo personalidade jurídica quando do seu registro competente, separando-se das pessoas

<sup>10</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*, p.101.

<sup>11</sup> SILVA, Ana Maria Viegas da; SILVA, Maria das Graças Bigal Barboza da. *Terceiro setor: Gestão das entidades sociais (ONGS-OSCIP-OS)*. Fórum: 2008, p. 23c.

<sup>12</sup> MANUAL BÁSICO REPASSES PÚBLICOS DO TERCEIRO SETOR. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, p.08.

que as constituíram.

Podem ser não personificadas, aquelas que não têm personalidade jurídica e personificadas, as que adquirem personalidade jurídica a partir dos registros de seus atos constitutivos no registro público. A sociedade personificada poderá ser:

a) Sociedade Simples e Sociedade Empresária: Sociedade simples ou não empresária é o negócio mais simples de constituição de sociedade, primário elementar e natural, celebrado entre pessoas com o objetivo de servir a uma empresa civil (não empresária) e é a matriz de todos os modelos societários.

Vale ressaltar que a pessoa física que trabalha por conta própria, o chamado autônomo, mesmo com a colaboração de outros profissionais, como ocorre em um escritório de contabilidade ou consultório médico, enquadra-se no conceito de sociedade simples; já um hospital ou uma empresa de contabilidade que administra cursos, por exemplo, ou toda aquela que pratique a atividade organizada, caracteriza-se como sociedades empresariais.

De qualquer modo, as sociedades, ou são empresárias com registro de seus atos constitutivos no Registro Público de Empresas Mercantis (Junta Comercial) ou não empresárias, com registro do contrato social no Registro Civil de Pessoas Jurídicas (Cartório de Títulos e Documentos).

b) Sociedade em Nome Coletivo: Quando duas ou mais pessoas físicas, se unem para comerciar em comum, forma-se a sociedade em nome coletivo, podendo participar somente pessoas físicas, respondendo todos os sócios solidariamente pelas obrigações sociais e pela sua administração. Assim, todos os sócios respondem pelas dívidas da sociedade, podendo o credor executar os bens particulares dos sócios, mesmo sem ordem judicial.

c) Sociedade Limitada: Na sociedade limitada, embora todos respondam solidariamente pela integralização do capital, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de sua quota correspondente, podendo as sociedades civis assumir a forma de sociedade por quotas de responsabilidade limitada, desde que não tenha havido administração irregular e o capital esteja integralizado. O capital social é dividido em parcelas iguais, ou não, cabendo a cada sócio uma ou mais partes, sendo vedada a contribuição que consista em prestação de serviços.

d) Sociedade Anônima: É a pessoa jurídica de direito privado, de natureza mercantil, com o capital dividido em ações, sob uma denominação, limitando a responsabilidade dos acionistas ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas. A realização de lucros a serem distribuídos pelos acionistas é a essência das sociedades anônimas.

Este tipo de sociedade contempla duas espécies de companhia, a aberta (aquela que procura capturar recursos junto ao público através da emissão de ações, debêntures, partes beneficiárias, bônus de subscrição ou ainda de valores mobiliários, portanto que os valores mobiliários estejam ou não admitidos à negociação em bolsa ou no mercado de balcão) e a fechada (não disponibiliza o seu capital para negociação).

e) Sociedade Cooperativa: É uma sociedade de pessoas, com capital variável, representado por quotas-parte que se propõe, mediante a cooperação de todos os sócios, um fim econômico e prestar serviços aos associados, não sujeitas à falência. A sociedade cooperativa, não se confunde com a sociedade comum porque embora o lucro não seja incompatível com a sua natureza, não visa distribuí-los entre os sócios, propõe-se a adquirir mercadorias, ou prestar serviços propondo-se sempre a adquirir vantagens aos associados.

f) Sociedades Coligadas: São aquelas em que, em suas relações de capital são controladas, filiadas ou de simples participação por outra sociedade. As controladas têm a maioria do seu capital com direito a voto, sob o domínio de outra sociedade. As coligadas referem-se àquelas que participam com dez por cento ou mais, de outra, sem controlá-la e as de simples participação, possuem menos de dez por cento de participação em outra.

g) Sociedade Dependente de Autorização: É a sociedade anônima ou companhia que depende para o seu funcionamento, de autorização do governo federal, podendo ser nacional ou estrangeira. A lei considera que é nacional a sociedade organizada de acordo com a lei brasileira e que tenha no país a sede de sua administração. Já a sociedade estrangeira, qualquer que seja a o seu objeto, não pode, sem autorização do Poder Executivo funcionar no país.

### **2.3 - Terceiro Setor**

A tradicional dicotomia entre setor público e privado foi quebrada com o surgimento do chamado Terceiro Setor. Além do Estado, conhecido como Primeiro Setor, e as Empresas,

conhecidas como Segundo Setor, surge essa terceira facção, que pode ser definida, nas palavras de Andrea Nunes como:

Um conjunto de organizações de origem privada, dotadas de autonomia, administração própria e finalidade não lucrativa, cujo objetivo é promover o bem-estar social através de ações assistenciais, culturais e promoção da cidadania<sup>13</sup>.

Boaventura de Souza Santos informa que:

O “terceiro setor” surgiu no século XIX nos países centrais, principalmente na Europa, como alternativa ao capitalismo, com raízes ideológicas heterogêneas, do socialismo ao liberalismo. Entretanto, os movimentos socialistas e comunistas abandonaram cedo os preceitos e objetivos da chamada “economia social” em favor de outros considerados mais avançados e mais eficazes na construção de uma alternativa ao capitalismo<sup>14</sup>.

No Brasil, os movimentos sociais e as organizações não-governamentais surgiram apenas com a redemocratização paulatina nas décadas de 70 e 80, com objetivo de enfrentamento/negação ou de demanda/pressão contra o Estado.

Contudo, apenas no final da década de 70 e início da de 80, surgiu o termo “Terceiro Setor”, na qual as entidades que o compõem, tomou força com o discurso de que o Estado social não tinha mais condições de executar diretamente determinados serviços à população.

Atualmente, as entidades do “Terceiro Setor” normalmente são criadas para fins de prestação de serviços sociais.

Para Gustavo Justino de Oliveira:

Terceiro Setor é o conjunto de atividades voluntárias, desenvolvidas por organizações privadas não-governamentais e sem ânimo de lucro (associações ou fundações), realizadas em prol da sociedade, independentemente dos demais setores (Estado e mercado), embora com eles possa firmar parcerias e deles possa receber investimentos (públicos ou privados)<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> NUNES, Andrea. *Terceiro setor controle e fiscalização*. 2 ed. Editora Método, 2006, p. 25.

<sup>14</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. *A reinvenção solidária e participativa do Estado*. São Paulo: Cortez, p. 06, *apud* VIOLIN, Tarso Cabral. *Terceiro setor e as parcerias com a administração pública – Uma análise crítica*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 120.

<sup>15</sup> OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Direito do terceiro setor. *Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS*. Belo Horizonte: Fórum: ano 1, n. 1, jan-jun. 2007, p. 16 e 17.

Fernando Borges Mânica esclarece:

Traduzido do inglês *Third Sector*, essa nova expressão, difundida a partir da década de 60 do século passado, tem sido utilizado genericamente para se referir às organizações formadas pela sociedade civil, cujo objetivo não é a busca pelo lucro, mas a satisfação do interesse público. Situa-se ao lado do primeiro setor, ocupado pelo Estado, e do segundo setor, do qual fazem parte as entidades privadas com finalidade lucrativa<sup>16</sup>.

Celso Antônio Bandeira de Mello diz:

Terceiro Setor é outra inventiva da criatividade dos administradores ou economistas do período do apogeu do neoliberalismo entre nós. Designa entidades que não são estatais e também não são prepostas a objetivos mercantis, predispondo-se, ao menos formalmente, à realização de objetivos socialmente valiosos e economicamente desinteressados<sup>17</sup>.

O Manual Básico Repasses Públicos ao Terceiro Setor do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, esclarece que:

Terceiro Setor é representado por cidadãos integrados em organizações sem fins lucrativos, não-governamentais, voltados para a solução de problemas sociais e com objetivo final de gerar serviços de caráter público (...) No Terceiro Setor os órgãos tendem a se tornar corporativos: criam mercado de trabalho; influenciam legislação e condicionam orçamentos públicos e privados; em resumo, os entes do Terceiro Setor, na realidade, assumem os problemas do poder e interferem nos interesses envolvidos. Contudo, por se classificarem em setor distinto e estarem imbuídos pela ideologia da negação do lucro e do Poder do Estado, estas organizações não governamentais, em seus Estatutos, apoiam-se em conceitos que transcendem valores utilitários, pois em princípios são formadas na consistente vitalidade das tradicionais formas de solidariedade social<sup>18</sup>.

Esses entes privados que compõem o Terceiro Setor prestam serviços públicos sociais, em colaboração com o Poder Público, sujeitando-se ao controle Administração e do Tribunal de Contas, especialmente quando empregam recursos públicos. Não integram a Administração Pública indireta, tendo seus negócios e relações jurídicas regidos pelo direito privado, parcialmente derogado por normas de direito público.

<sup>16</sup> MÂNICA, Fernando Borges. *Terceiro setor e imunidade tributária – Teoria e prática*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p.57.

<sup>17</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 229.

<sup>18</sup> MANUAL BÁSICO REPASSES PÚBLICOS DO TERCEIRO SETOR. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, p.08

Sendo assim, acerca da formatação jurídica, as entidades do terceiro setor seriam aquelas estruturadas sob a forma de associações – constituídas para fins não-econômicos – ou fundações, conforme o Código Civil.

### 2.3.1 – Associações e Fundações

No Brasil, existem apenas dois formatos institucionais para a constituição de uma organização sem fins lucrativos: a associação civil e a fundação privada, sem fins lucrativos.

A associação civil está tipificada no artigo 53 do Código Civil. É uma pessoa jurídica de direito privado, sem fins econômicos ou lucrativos, que se forma pela reunião de pessoas em prol de um objetivo comum, sem interesse de dividir resultados financeiros entre elas. Toda renda proveniente de suas atividades deve ser revertida para os seus objetivos estatutários<sup>19</sup>.

Andrea Nunes enfatiza que:

A finalidade não lucrativa é a não distribuição entre os sócios, associados, conselheiros, diretores, empregados e doadores, de eventuais excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do patrimônio auferidos mediante o exercício de suas atividades, devendo a entidade aplicar integralmente no objeto social<sup>20</sup>.

Os cidadãos brasileiros podem livremente constituir uma associação para fins lícitos, independente de autorização e interferência estatal, só podendo ser dissolvidas por decisão judicial, com trânsito em julgado; é de livre arbítrio associar-se e, quando expressamente autorizado, podem representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente<sup>21</sup>.

Mencione-se que não há comunicação entre sociedade e associação. A sociedade caracteriza-se, sobretudo pela finalidade lucrativa, ausente na associação.

Já a fundação é uma pessoa jurídica de direito privado, sem fins econômicos ou lucrativos, que se forma a partir da existência de um patrimônio destacado pelo seu instituidor, através de

<sup>19</sup> CARTILHA TERCEIRO SETOR. Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de São Paulo. 2 ed. São Paulo: 2007, p.09.

<sup>20</sup> NUNES, Andrea. *Terceiro setor controle e fiscalização*, p. 25-26.

<sup>21</sup> SILVA, Maria das Graças B.B. da; SILVA, Ana Maria V. da. *Terceiro setor: gestão das entidades sociais (ONGS-OSCIP-OS)*, p. 28.

escritura pública ou testamento, para servir a um objetivo específico, voltado a causa de interesse público<sup>22</sup>.

Elas podem ser constituídas por indivíduos, empresas ou pelo Poder Público, através de testamento ou escritura pública, no qual deverá constar a dotação de bens livres, com a especificação do fim a que se destina, e opcionalmente a maneira de administrá-la.

O patrimônio precisa ser suficiente para que a fundação cumpra a sua finalidade. Se for insuficiente, os bens destinados serão incorporados à outra fundação que se proponha a fins idênticos, a menos que o fundador não permita (artigo 63 do Código Civil).

Sua constituição somente poderá ser voltada a fins religiosos, morais, culturais ou de assistência. Esta finalidade se distancia daquelas que visam lucro, diferenciando-as das sociedades comerciais, por exemplo.

Tanto as associações quanto as fundações necessitam de uma reunião de pessoas e de um acervo de bens, mas nas associações predominam a pluralidade de pessoas que buscam o fim comum, enquanto que nas fundações o que prevalece é a existência de um patrimônio afetado a um determinado fim.

### **2.3.2 – Organização Não-Governamental - ONG**

O termo ONG (Organização Não-Governamental) é, sem dúvida, a expressão mais utilizada para identificar as organizações pertencentes ao chamado Terceiro Setor. Largamente foi utilizada e aceita por todos os setores da sociedade durante muito tempo.

Do ponto de vista jurídico não há aplicação para o termo ONG. Como vimos acima, a legislação brasileira prevê apenas dois formatos institucionais para a constituição de uma organização sem fins lucrativos: toda organização sem fins lucrativos da sociedade civil é uma associação civil ou uma fundação privada.

---

<sup>22</sup> CARTILHA TERCEIRO SETOR. Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de São Paulo, p.09.

### 2.3.3 – Organização da Sociedade Civil

A nova legislação, Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014, conhecida como “Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil”, trouxe uma nova nomenclatura para as pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos. Ela nomeia “Organização da Sociedade Civil (OSC)” como sendo:

Pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos que não distribui, entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados ou doadores, eventuais resultados, sobras, excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplica integralmente na consecução do respectivo objeto social, de forma imediata ou por meio da constituição de fundo patrimonial ou fundo de reserva<sup>23</sup>.

Sendo assim, a partir da vigência da Lei nº 13.019/14, devemos utilizar a nomenclatura “Organização da Sociedade Civil”, em substituição às demais: ONG, Entidade, Organização, Instituto, Entidade Filantrópica, Entidade Assistencialista, dentre outras.

---

<sup>23</sup> BRASIL. Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014. Art 2º, I.

## CAPÍTULO III – OS VÍNCULOS FORMAIS DE PARCERIAS ENTRE ESTADO E TERCEIRO SETOR

### 3.1 – Convênios

O novo Marco Regulatório que visa disciplinar as relações entre o Estado e o Terceiro Setor (Lei Federal nº 13.019, sancionada em 31 de julho de 2014), que entrará em vigor em janeiro de 2016, trouxe novidades no que se refere ao instrumento jurídico “Convênio”.

Até esta data, vários são os doutrinadores vinham definindo o que é convênio. No entender de Justen Marçal Filho:

Convênio é um acordo de vontades, em que uma das partes integra a Administração Pública, por meio do qual são conjugados esforços e (ou) recursos, visando disciplinar a atuação harmônica e sem intuito lucrativo das partes, para o desempenho de competências administrativa<sup>24</sup>.

Já Jessé Torres Pereira Júnior e Marinês Restelatto Dotti estabelecem que:

Convênio é o instrumento utilizado para a execução descentralizada de plano de trabalho a cargo de órgão ou entidade da Administração Pública, direta ou indireta, envolvendo a transferência de recursos financeiros oriundos de dotações consignadas no Orçamento Fiscal e da Seguridade Social, objetivando a realização de programa, projeto, atividade ou evento de duração certa (Lei nº 8.666/93, art.116)<sup>25</sup>.

Di Pietro afirma que o convênio:

<sup>24</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, 15 ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 871-872.

<sup>25</sup> PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. *Convênios e Outros Instrumentos de “Administração Consensual” na Administração Pública do Século XXI*. 2 ed. São Paulo: Fórum, 2013, p.50. LF nº 8.666/93 “Art. 116 Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração.

§ 1º - A celebração de convênio, acordo ou ajuste pelos órgãos ou entidades da Administração Pública depende de prévia aprovação de competente plano de trabalho proposto pela organização interessada, o qual deverá conter, no mínimo, as seguintes informações:

I- identificação do objeto a ser executado;

II- metas a serem atingidas;

III- etapas ou fases da execução;

IV- plano de aplicação dos recursos financeiros;

V- cronograma de desembolso;

VI- previsão de início e fim da execução do objeto, bem assim da conclusão das etapas ou fases programadas;

VII- se o ajuste compreender obra ou serviço de engenharia, comprovação de que os recursos próprios para complementar a execução do objeto estão devidamente assegurados, salvo se o custo total do empreendimento recair sobre a entidade ou órgão descentralizador.

Não constitui modalidade de contrato e o define como forma de ajuste entre o Poder Público e entidades públicas ou privadas para a realização de objetivos de interesse comum, mediante mútua colaboração<sup>26</sup>.

Bandeira de Mello preleciona que os convênios:

São contratos em que as partes se compõem pela comunidade de interesses, pela finalidade comum que as impulsiona. [...] Os convênios só podem ser meios de colaboração desinteressada entre os sujeitos que se associem. Logo, ou estarão em causa interesses comuns dos associados ou estará em pauta uma forma de colaboração desprendida entre eles na qual, então, mais não se admite que o simples ressarcimento de despesas que onerem a parte prestadora da atividade ou serviço alheio que ficar a seu cargo<sup>27</sup>.

Para Maria das Graças B.B. da Silva, Ana Maria V. da Silva convênio é

A figura é prevista na Lei Federal nº 8.666/93 e no Decreto Federal nº 93.872/96. Trata-se de um instrumento contratual por meio do qual se estabelece vínculo jurídico entre as entidades do Poder Público ou entre essas entidades e uma pessoa do direito privado. O termo de convênio disciplina a regras para a execução de um objeto que tem como base a confluência de interesses. A exemplo de outras, essa relação deverá ser estabelecida com fins não lucrativos. Pressupõe o acompanhamento passo a passo da destinação dos recursos públicos, diferentemente do contrato que se resume à apresentação de resultados<sup>28</sup>.

Abaliza também, Maria Sylvia Zanella Di Pietro como dispositivo normativo, o art. 116, da Lei nº 8.666/93, estabelecendo que:

o convênio é um acordo de interesses recíprocos, com objetivos institucionais comuns, os partícipes tem competências institucionais comuns, o resultado alcançado insere-se dentro das atribuições de cada qual, objetivando a obtenção de um resultado comum, com mútua colaboração<sup>29</sup>.

Por outro lado, prossegue, o Governo Federal editou a Portaria Interministerial nº 127, de 29 de maio de 2.008, onde foi definido no art.1º, § 1º, VI, que convênio é:

Acordo ou ajuste que discipline a transferência de recursos financeiros de dotações consignadas nos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União e tenha como partícipe, de um lado, órgão ou entidade da administração

<sup>26</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 319.

<sup>27</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 680-682.

<sup>28</sup> SILVA, Ana Maria Viegas da; SILVA, Maria das Graças Bigal Barboza da. *Terceiro setor: Gestão das entidades sociais (ONGS-OSCIP-OS)*, p. 89.

<sup>29</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. p. 248.

pública federal, direta ou indireta, e, de outro lado, órgão ou entidade da administração pública estadual, distrital ou municipal, direta ou indireta, ou ainda, entidades privadas sem fins lucrativos, visando à execução de programa de governo, envolvendo a realização de projeto, atividade, serviço, aquisição de bens ou evento de interesse recíproco, em regime de mútua cooperação<sup>30</sup>.

Salienta Maria Sylvia Zanella Di Pietro que a Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1.998, introduziu a figura do convênio, no art. 241 da Carta Magna para determinar que

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei, os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos<sup>31</sup>.

Destaca o Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1.967, em seu art.10, o convênio como forma de descentralização “*da administração federal para as unidades federadas, quando estejam devidamente aparelhadas*”. O Código Tributário Nacional também prevê convênios entre Estados e Municípios com a União “*destinados a assegurar ampla eficiente coordenação dos respectivos programas de investimentos e serviços públicos (...) art.83*”.

A União, através do Decreto Federal 6.170, de 25 de julho de 2.007, definiu a figura do convênio:

É acordo, ajuste ou qualquer outro instrumento que discipline a transferência de recursos financeiros de dotações consignadas nos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União e tenha que como partícipe, de um lado, órgão ou entidade da administração pública federal, direta ou indireta, e, de outro lado, órgão ou entidade da administração pública estadual, distrital ou municipal, direta ou indireta, ou ainda, entidades privadas sem fins lucrativos, visando a execução de programa de governo, envolvendo a realização de projeto, atividade, serviço, aquisição de bens ou evento de interesse recíproco, em regime de mútua cooperação<sup>32</sup>.

O Manual Básico Repasses Públicos ao Terceiro Setor do TCESP salienta que na opinião de Rossi e Castro Júnior:

<sup>30</sup> BRASIL. Portaria Interministerial nº 127, de 29 de maio de 2008. Disponível em:

[https://www.convenios.gov.br/portal/arquivos/Portaria\\_127\\_com\\_suas\\_alteracoes\\_ultima\\_19jan10.pdf](https://www.convenios.gov.br/portal/arquivos/Portaria_127_com_suas_alteracoes_ultima_19jan10.pdf)

<sup>31</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p.248.

<sup>32</sup> BRASIL. Decreto Federal 6.170, de 25 de julho de 2.007, art.1º §1º, I. Dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse.

Convênio é um instrumento de cooperação onde há interesses convergentes, posto que a todos convenientes anima o mesmo propósito de servir ao interesse público; pode ser firmado tanto entre entes e entidades públicas, também pode envolver pessoas jurídicas de direito privado (“Terceiro Setor”) figurando inclusive como uma das mais usuais formas de participação da sociedade civil na execução de atividades públicas<sup>33</sup>.

O convênio distingue-se do contrato administrativo. Celebra-se o convênio com objetivo de interesse comum onde os partícipes têm interesses compartilhados e coincidentes. Já no contrato há interesses opostos diversos.

Estas diferenças também são evidenciadas no Manual de Legislação Federal sobre Convênios da União. No contrato o fundamento são interesses opostos em relação ao objeto do acordo. Já no convênio há interesse comum em desenvolver o objeto. As partes do contrato são distintos e no convênio, são partícipes<sup>34</sup>.

Quanto à finalidade, no contrato há a obtenção de proveitos específicos, distintos e até opostos ao da outra parte. E no convênio há a construção de resultado final que atenda aos deveres institucionais compartilhados pelos partícipes ou participantes. Há admissibilidade de fins lucrativos no contrato, vedado no convênio<sup>35</sup>.

Há o caráter remuneratório em relação aos recursos financeiros recebidos pelas atividades prestadas, os valores percebidos se incorporam ao patrimônio da parte, no contrato.

E no convênio trata-se de auxílio ao custeio em relação aos recursos financeiros recebidos para as atividades que serão prestadas. A livre disposição da parte sobre os valores financeiros recebidos pelas atividades no contrato, se contrapõe nos convênios, visto a sua vinculação à realização do objeto<sup>36</sup>.

A existência de obrigações contrapostas que devem normalmente ser equivalentes, no contrato, são divididas no convênio, de forma a harmonizar as iniciativas de cada interessado visando um melhor resultado, sendo admissível a desigualdade entre as atribuições.

<sup>33</sup> MANUAL BÁSICO REPASSES PÚBLICOS DO TERCEIRO SETOR. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, p. 36.

<sup>34</sup> BRASIL. Ministério do Planejamento. *Manual de Legislação Federal sobre Convênios da União*, set. 2009.

<sup>35</sup> Idem.

<sup>36</sup> Idem.

Quanto ao vínculo, há a liberdade da desistência, havendo a admissibilidade da extinção do acordo pelo desinteresse de qualquer um dos partícipes (denúncia).

Deste modo, embora historicamente utilizados para este fim a partir do Decreto n.º 93.872/86, os convênios foram criados com finalidade de descentralização administrativa entre entes públicos. Ocorre que, suas regras nunca se amoldaram à relação de parceria entre entes públicos e organizações particulares.

Contudo, como salientado acima, a recente Lei nº 13.019/14 trouxe inovação quanto a este instrumento jurídico: a extinção de convênios entre o Poder Público e o Terceiro Setor, que agora ficarão adstritos a parcerias entre os entes federados, de modo que não mais subsistirão convênios entre o Poder Público e os particulares, restando válidos tão somente até o seu prazo final de vigência, observadas as diretrizes do artigo 83 da nova lei.

É válido transcrever o dispositivo que cuida do assunto:

Art. 84. Salvo nos casos expressamente previstos, não se aplica às relações de fomento e de colaboração regidas por esta Lei o disposto na Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, e na legislação referente a convênios, que ficarão restritos a parcerias firmadas entre os entes federados.

Parágrafo único. Os convênios e acordos congêneres vigentes entre as organizações da sociedade civil e a administração pública na data de entrada em vigor desta Lei serão executados até o término de seu prazo de vigência, observado o disposto no art. 83.

Os convênios, portanto, foram substituídos por duas novas figuras de relacionamento da Administração Pública com as instituições sem fins lucrativos para a consecução de finalidades de interesse público em regime de mútua cooperação: a) o Termo de Colaboração, quando a proposta de parceria seja oriunda do Poder Público; e b) o Termo de Fomento, quando a proposta de parceria seja oriunda das organizações da sociedade civil, por meio de procedimento de manifestação de interesse social que tramitará perante a Administração Pública para verificação da conveniência e oportunidade de instauração de chamamento público para a sua execução.

Ambos os Termos, de Colaboração e de Fomento, deverão ser precedidos de procedimento de chamamento público, que consiste em edital de convocação das organizações da sociedade civil interessadas em apresentar as suas propostas de trabalho para o objeto do edital.

Considerando todas essas premissas, é possível concluir que, com exceção dos repasses às Organizações Sociais (OS), das transferências voluntárias regidas por lei específica, naquilo em que houver disposição expressa em contrário e dos repasses oriundos de fonte externa de financiamento, *todas as outras espécies de repasses estão sob a égide da nova lei*, lembrando que não mais subsistirão *Convênios* entre entidades privadas sem fins lucrativos e o Poder Público, mas somente entre entes da federação.

### **3.2 - Termo de Cooperação e Termo de Fomento**

A Lei nº 13.019/2014, que institui normas gerais para parcerias voluntárias, envolvendo ou não transferências de recursos financeiros, entre o Poder Público e as pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos, as quais define como Organizações da Sociedade Civil - OSC, em regime de mútua colaboração, para a consecução de finalidades de interesse público, trouxe dentre inúmeras novidades, dois novos instrumentos jurídicos para formalizar os repasses: o *Termo de Colaboração* e o *Termo de Fomento*, e conseqüentemente a extinção dos *Convênios* entre o Poder Público e o Terceiro Setor, que agora ficarão adstritos a parcerias entre os entes federados.

Ambos instrumentos se distinguem: enquanto no *Termo de Colaboração* o plano de trabalho é proposto pela Administração Pública, no caso do *Termo de Fomento* o plano de trabalho é proposto pela Organização da Sociedade Civil.

Vejamos o que prevê os artigos 16 e 17 da citada lei:

Art. 16. O termo de colaboração deve ser adotado pela administração pública em caso de transferências voluntárias de recursos para consecução de planos de trabalho propostos pela administração pública, em regime de mútua cooperação com organizações da sociedade civil, selecionadas por meio de chamamento público, ressalvadas as exceções previstas nesta Lei.

Parágrafo único. Os conselhos de políticas públicas poderão apresentar propostas à administração pública para celebração de termo de colaboração com organizações da sociedade civil.

Art. 17. O termo de fomento deve ser adotado pela administração pública em caso de transferências voluntárias de recursos para consecução de planos de trabalho propostos pelas organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação com a administração pública, selecionadas por meio de chamamento público, ressalvadas as exceções previstas nesta Lei.

Quanto à formalização do processo administrativo para celebração do Termo de Colaboração e do Termo de Fomento, deverão ser adotadas as seguintes providências pela Administração Pública:

- a) realização de chamamento público, ressalvadas as hipóteses de dispensa e inexigibilidade previstas na Lei nº 13.019/14;
- b) indicação expressa da existência de prévia dotação orçamentária para execução da parceria; c) demonstração de que os objetivos e finalidades institucionais e a capacidade técnica e operacional da organização da sociedade civil foram avaliados e são compatíveis com o objeto;
- d) aprovação do plano de trabalho;
- e) emissão de parecer de órgão técnico da administração pública, que deverá pronunciar-se, de forma expressa, a respeito:
  - e.1) do mérito da proposta, em conformidade com a modalidade de parceria adotada;
  - e.2) da identidade e da reciprocidade de interesse das partes na realização, em mútua cooperação, da parceria prevista nesta Lei;
  - e.3) da viabilidade de sua execução, inclusive no que se refere aos valores estimados, que deverão ser compatíveis com os preços praticados no mercado;
  - e.4) da verificação do cronograma de desembolso previsto no plano de trabalho, e se esse é adequado e permite a sua efetiva fiscalização;
  - e.5) da descrição de quais serão os meios disponíveis a serem utilizados para a fiscalização da execução da parceria, assim como dos procedimentos que deverão ser adotados para avaliação da execução física e financeira, no cumprimento das metas e objetivos;
  - e.6) da descrição de elementos mínimos de convicção e de meios de prova que serão aceitos pela administração pública na prestação de contas;
  - e.7) da designação do gestor da parceria;
  - e.8) da designação da comissão de monitoramento e avaliação da parceria;
  - e.9) da aprovação do regulamento de compras e contratações apresentado pela organização, demonstrando a compatibilidade entre a alternativa escolhida e a natureza e o valor do objeto da parceria, a natureza e o valor dos serviços, e as compras passíveis de contratação, conforme aprovado no plano de trabalho.
- f) emissão de parecer jurídico do órgão de assessoria ou consultoria jurídica da administração pública acerca da possibilidade de celebração da parceria<sup>37</sup>.

Todos esses atos deverão ser autuados, numerados, rubricados e organizados na forma de processo, a exemplo do que ocorre com as licitações, de modo que permita a qualquer interessado conhecer todos os procedimentos que resultaram na escolha da organização parceira. Estarão, assim, sendo cumpridos os princípios da formalidade, da publicidade e da razoabilidade.

O art. 42 da Lei nº 13.019/14, enumera as cláusulas essenciais que devem constar do Termo de Colaboração ou de Fomento. Dentre elas estão:

---

<sup>37</sup> BRASIL. Lei 13.019, de 31 de julho de 2.014. Art 35.

- a) descrição do objeto;
- b) obrigações das partes;
- c) valor do repasse e o cronograma de desembolso;
- d) classificação orçamentária da despesa;
- e) vigência e as hipóteses de prorrogação;
- f) obrigação de prestar contas com definição de forma e prazos; a forma de monitoramento e avaliação;
- g) obrigação de a organização da sociedade civil manter e movimentar os recursos na conta bancária específica da parceria em instituição financeira indicada pela administração; e
- h) garantir o livre acesso dos órgãos de controle aos processos, aos documentos, às informações referentes aos instrumentos de transferências e aos locais de execução do objeto.

Devem constar como anexo ao instrumento da parceria o plano de trabalho e o regulamento de compras e contratações adotado pela Organização da Sociedade Civil, devidamente aprovado pela Administração parceira.

E, similarmente ao exigido pela Lei nº 8.666/1993, o Termo de Fomento e o Termo de Colaboração somente produzirão efeitos jurídicos após a publicação dos respectivos extratos no meio oficial de publicidade da Administração Pública.

### **3.3 – Termo de Parceria**

A Lei Federal nº 9.790, de 23 de março de 1.999, regulamentada pelo Decreto Federal nº 3.100, de 30 de junho de 1.999, disciplina a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIPs e institui e disciplina o Termo de Parceria.

É através desta certificação que a Organização da Sociedade Civil está habilitada a celebrar ajuste com a Administração Pública, chamado de Termo de Parceria.

Para Marçal Justen Filho, Termo de Parceria é:

O instrumento destinado a disciplinar as relações entre o Estado e a OSCIP e o seu conteúdo não difere do contrato de gestão. No seu entender não há dúvidas acerca de natureza jurídica idêntica, inclusive no tocante aos limites e impedimentos; sendo obrigatória a adoção de procedimentos licitatórios para a realização tanto do contrato de gestão quanto do termo de parceria<sup>38</sup>.

<sup>38</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, p. 38.

Maria das Graças B.B. da Silva e Ana Maria V. da Silva em outra definição entendem que o Termo de Parceria é:

Instrumento jurídico previsto genericamente na Lei Federal nº 8.666/93, art.116 e especificamente na Lei Federal nº 9.790/99. Destina-se a estabelecer vínculo de cooperação entre o Poder Público e as entidades sociais qualificadas como OSCIPs. Trata-se de uma alternativa ao convênio<sup>39</sup>.

No entendimento contido no Manual de Repasses do Terceiro Setor do TCESP, trata-se de:

Gênero de ajuste criado pela Lei Federal nº 9.790, de 23.03.99, que reúne características dos Contratos e Convênios tradicionais. Destina-se à disponibilização de recursos públicos para entidades do Terceiro Setor que obtenham junto ao Ministério da Justiça a qualificação como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), para formação de vínculo de cooperação, constituindo-se, nesse sentido, em alternativa aos ajustes tradicionais do Poder Público com entidades qualificadas como filantrópicas ou que possuam o título de Utilidade Pública<sup>40</sup>.

O conceito de Termo de Parceria, de acordo com o art. 9º da Lei nº 9.790/99, é:

Instrumento passível de ser firmado entre o Poder Público e as entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes, para o fomento e a execução das atividades de interesse público previstas no art. 3º desta Lei.

No Termo de Parceria deverá conter direitos, responsabilidade e obrigações dos parceiros, sendo cláusulas essenciais a do objeto com todas as especificações do programa de trabalho proposto pela OSCIP, a de estipulação das metas e dos resultados a serem atingidos e os prazos de execução e cronograma; a de previsão dos critérios de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de resultados; a de previsão de receitas e despesas a serem utilizadas em seu cumprimento, inclusive pagamento de pessoal a serem pagos com recursos advindos da parceria; a que estabelece obrigações da OSCIP, entre as quais a de apresentar relatório sobre a execução do objeto da parceria com o comparativo de metas/resultados alcançados, acompanhado de prestação de contas

Para José Eduardo Sabo Paes:

<sup>39</sup> SILVA, Maria das Graças B.B. da; SILVA Ana Maria V. da. *Terceiro setor gestão de entidades sociais (ONGS-OSCIP-OS)*, p.82.

<sup>40</sup> MANUAL BÁSICO REPASSES PÚBLICOS DO TERCEIRO SETOR. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, p.66 e 67.

É uma das grandes inovações da lei. Permitirá a formação de parcerias entre o Poder Público, em suas várias esferas, e as entidades integrantes do Terceiro Setor, tendo como essência os princípios da transparência, da competição, da cooperação e da parceria propriamente dita. [...] Visando à escolha do parceiro mais adequado, do ponto de vista técnico e da relevância dos serviços prestados à sociedade, a celebração do Termo de Parceria será precedida de consulta aos Conselhos de Políticas Públicas nas correspondentes áreas de atuação da entidade, nos respectivos níveis de governo<sup>41</sup>.

O Estado pode ou não firmar a parceria, sendo esta facultativa, uma vez que a qualificação como OSCIP não significa que a entidade irá firmar o Termo de Parceria com o Poder Público, e, portanto, receber recursos públicos.

Possuindo interesse em promover a parceria com a OSCIP, cabe ao Estado verificar previamente o seu regular funcionamento.

### **3.3.1 - Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIPs**

Para o Poder Público firmar Termo de Parceria com uma entidade, faz-se necessário que a mesma seja qualificada como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP.

Referida qualificação está prevista na Lei nº 9.790, de 23 de março de 1.999, cujo regulamento é o Decreto nº 3.100, de 30 de junho de 1.999.

Trata-se de uma qualificação destinada às entidades que possuam como finalidade o desenvolvimento das seguintes atividades: promoção da assistência social; da cultura; da defesa e da conservação do patrimônio histórico e artístico; da educação e da saúde gratuita; da segurança alimentar e nutricional; do meio ambiente e do desenvolvimento sustentável; do voluntariado; do desenvolvimento econômico e social; do combate à pobreza; da experimentação não lucrativa, de novos modelos socioeducativos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito; de direitos e assessoria jurídica gratuita; da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e demais valores universais; e demais estudos, pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos relacionados aos temas acima citados.

---

<sup>41</sup> PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários*. 2 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 96.

Nas palavras de Di Pietro:

Trata-se de qualificação jurídica dada a pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, instituídas por iniciativa de particulares, para desempenhar serviços sociais não exclusivos do Estado com incentivo e fiscalização do Poder Público, mediante vínculo jurídico por meio de termo de parceria<sup>42</sup>.

Conceitua o Manual de Repasses Públicos ao Terceiro Setor, do Tribunal de Contas:

A qualificação como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público é certificação emitida pelo Ministério da Justiça que habilita uma entidade privada do Terceiro Setor a celebrar ajuste, denominado Termo de Parceria, com ente do Poder Executivo de qualquer esfera, visando desenvolver projetos ou atividades complementares às que originalmente constituem responsabilidade direta daquele Poder<sup>43</sup>.

Di Pietro ensina que na OSCIP o objetivo é *“semelhante ao que já inspirou anteriormente a outorga do título de utilidade pública”*, de modo que após a qualificação pelo Poder Público, a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público *“passa a receber algum tipo de auxílio por parte do Estado, dentro da atividade de fomento”*, contudo, ela está mais *“bem estruturada, já que a lei impõe requisitos mais rígidos para a obtenção da qualificação”*, de acordo com o prescrito no artigo 5º da Lei Federal nº 9.790/1999<sup>44</sup>.

Portanto, trata-se de *“real atividade de fomento, ou seja, de incentivo à iniciativa privada de interesse público”*, de modo que o *“Estado não está abrindo mão de serviço público (tal como ocorre na Organização Social) para transferi-lo à iniciativa privada, mas fazendo parceria, ajudando, cooperando com entidades privadas que, observados os requisitos legais, se disponham a exercer as atividades indicadas no artigo 3º”*, as quais, ainda que não tenham a natureza de serviços públicos, atendem às necessidades coletivas<sup>45</sup>.

A doutrinadora retrocitada aponta as seguintes características na Organização da Sociedade Civil de Interesse Público:

- a) é pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos;
- b) constituída por particulares, deve habilitar-se perante o Ministério da

<sup>42</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 474.

<sup>43</sup> MANUAL BÁSICO REPASSES PÚBLICOS DO TERCEIRO SETOR. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, p. 167.

<sup>44</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 474-475 e 477.

<sup>45</sup> *Ibidem*, 474-475 e 477.

Justiça para obter a qualificação, a teor do disposto no artigo 5º da Lei Federal n.º 9.790/1999;

c) deve atuar em pelo menos uma das seguintes áreas: assistência social; promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico; promoção gratuita da educação ou da saúde; promoção da segurança alimentar e nutricional; defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável; promoção do voluntariado; promoção do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza; experimentação, não lucrativa, de novos modelos socioprodutivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito; promoção de direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar; promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais; estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos que digam respeito às atividades supracitadas, consoante o que preceitua o artigo 3º da Lei Federal n.º 9.790/1999;

d) o vínculo com a Administração Pública é estabelecido por meio de termo de parceria, que deve conter como cláusulas essenciais: o objeto, com a especificação do programa de trabalho proposto pela Oscip; a estipulação das metas e dos resultados a serem atingidos e os respectivos prazos de execução ou cronograma; os critérios objetivos

de avaliação de desempenho, mediante indicadores de resultado; a previsão de receitas e despesas, estipulando item por item as categorias contábeis usadas pela organização, com detalhamento das remunerações e benefícios do pessoal a serem pagos, com recursos oriundos ou vinculados ao termo de parceria, a seus diretores, empregados e consultores; obrigatoriedade de apresentação de relatório anual, com comparação entre as metas propostas e os resultados alcançados, acompanhado de prestação de contas dos gastos e receitas efetivamente realizados, independente das previsões acima mencionadas; publicação na imprensa oficial do Município, do Estado ou da União, conforme o alcance das atividades celebradas entre o órgão parceiro e a organização da sociedade civil de interesse público, de extrato do termo de parceria e de demonstrativo da sua execução física e financeira, conforme modelo simplificado estabelecido no regulamento da lei em comento, sob pena de não liberação dos recursos previstos no termo de parceria, de acordo com o que determina o artigo 10, § 2º, do diploma legal acima mencionado;

e) a execução do termo de parceria será acompanhada e supervisionada pelo órgão do Poder Público da área de atuação correspondente à atividade fomentada, segundo o que explicita o artigo 11 da lei supracitada;

f) fomento pelo Poder Público ou cooperação entre Poder Público e entidade privada, cujas modalidades não estão especificadas no texto da aludida lei, que faz referências a bens ou recursos de origem pública;

g) a entidade poderá perder a qualificação a pedido ou mediante decisão proferida em processo administrativo, no qual será assegurada a ampla defesa e o contraditório, segundo o expresso no artigo 7º do texto legal supradito;

h) no caso de ocorrência 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 requeiram ao juízo competente a decretação da indisponibilidade dos bens da entidade e o seqüestro dos bens de seus dirigentes, bem como de agente público ou terceiro, que possam ter enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público. Ademais, estão previstos a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias

e aplicações mantidas pelo demandado no país e no exterior, conforme o contido no artigo 13 da Lei Federal n.º 9.790/1999<sup>46</sup>.

Importante ressaltar que o artigo 1º da Lei das OSCIPs, que trata da qualificação de OSCIP, foi alterado recentemente pela Lei nº 13.019/14:

Podem qualificar-se como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público as pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos que tenham sido constituídas e se encontrem em funcionamento regular há, no mínimo, 3 (três) anos, desde que os respectivos objetivos sociais e normas estatutárias atendam aos requisitos instituídos por esta Lei.

A exigência da constituição e do funcionamento regular mínimo de 3 (três) anos é uma novidade trazida pela nova lei do Marco Regulatório sobre as relações entre o Estado e o Terceiro Setor, uma vez que anteriormente a ela, não havia exigência de tempo de constituição/regular funcionamento.

Outra novidade trazida pela Lei nº 13.019/14 diz respeito a prestação de contas relativa à execução do Termo de Parceria perante o órgão da entidade estatal parceira, no qual deverá apresentar os seguintes documentos, a fim de comprovar a correta aplicação dos recursos públicos recebidos e ao adimplemento do objeto do Termo de Parceria: i) relatório anual de execução de atividades, contendo especificamente relatório sobre a execução do objeto do Termo de Parceria, bem como comparativo entre as metas propostas e os resultados alcançados; ii) - demonstrativo integral da receita e despesa realizadas na execução; iii) extrato da execução física e financeira; iv) demonstração de resultados do exercício; v) balanço patrimonial; vi) demonstração das origens e das aplicações de recursos; vii) demonstração das mutações do patrimônio social; viii) notas explicativas das demonstrações contábeis, caso necessário e ix) parecer e relatório de auditoria, se for o caso.

E por fim, aplicam-se as disposições desta nova Lei, no que couber, às relações da administração pública com entidades qualificadas como organizações da sociedade civil de interesse público, regidas por termos de parceria.

Grande parte das particularidades verificadas no regramento das Organizações Sociais também

---

<sup>46</sup>DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 476.

se aplicam às OSCIPs. A principal delas reside na não caracterização de uma nova espécie de pessoa jurídica, sob o ponto de vista estrutural.

Do mesmo modo, é uma pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, portanto, necessariamente tratar-se-á de fundação ou associação civil, tal como a Organização Social.

Diferentemente da Organização Social, onde a certificação é concedida pelo Poder Público interessado, a qualificação como OSCIP ocorre somente com a outorga do título pelo Ministério da Justiça em favor de uma associação civil ou fundação que preencha os requisitos legais, independentemente se o Poder Público interessado é estadual ou municipal, visto que a qualificação obtida no Ministério da Justiça é válida para as demais esferas do governo. O acordo regrado entre as partes é denominado Termo de Parceria, enquanto que para as OS, o instrumento jurídico é o Contrato de Gestão.

A obtenção do título de OSCIP traz alguns benefícios, são: i) possibilidade de estabelecimento de termos de parceria com o Poder Público, destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes, para o fomento e a execução das atividades de interesse público; ii) possibilidade de receber doações de pessoas jurídicas, dedutíveis até o limite de 2% do lucro operacional; iii) possibilidade de remuneração de dirigentes; iv) possibilidade de receber bens apreendidos, abandonados ou disponíveis, administrados pela Secretaria da Receita Federal.

O incentivo fiscal às doações foi introduzido pela Medida Provisória nº 2.158-35/2001, art.59, onde está estabelecido que as organizações qualificadas como OSCIPs, assim como as tituladas como de Utilidade Pública, poderão receber as doações de empresas dedutíveis do imposto de renda. De tal modo que, as doações efetuadas às OSCIPs, podem ser deduzidas do imposto de renda das empresas doadoras tributadas sob o regime de lucro real.

Inicialmente a possibilidade de remuneração dos dirigentes foi considerada uma grande inovação, visto que seria a possibilidade de a OSCIP estabelecer remuneração para os dirigentes da entidade, que atuam efetivamente na gestão executiva e para aqueles que a ela prestem serviços específicos, respeitados os valores de mercado. Embora esta previsão tenha sido um avanço, a legislação do imposto de renda (Lei nº 9.532/97 art.12) condicionou o reconhecimento da isenção do imposto de renda, ao fato de que as entidades sem fins lucrativos, não remunerem os seus dirigentes.

Este arranjo legal foi alterado com a edição da Lei nº 10.637/2002: desde que com vínculo empregatício, o pagamento de remunerações aos diretores, não excluem a isenção do imposto de renda, estendendo às Organizações Sociais referido preceito.

A finalidade para a qualificação como OSCIP, estão limitadas à determinados objetivos sociais. Diferentemente da Lei que rege as OS, o artigo 2º da Lei nº 9.790/99 veda a qualificação de alguns tipos de pessoas jurídicas que poderão pleitear a qualificação, tais como: i) as sociedades comerciais; ii) os sindicatos, as associações de classe ou de representação de categoria profissional; iii) as instituições religiosas ou voltadas para a disseminação de credos, cultos, práticas e visões devocionais e confessionais; iv) as organizações partidárias e assemelhadas, inclusive suas fundações; v) as entidades de benefício mútuo destinadas a proporcionar bens ou serviços a um círculo restrito de associados ou sócios; vi) as entidades e empresas que comercializam planos de saúde e assemelhados; vii) as instituições hospitalares privadas não gratuitas e suas mantenedoras; viii) as escolas privadas dedicadas ao ensino formal não gratuito e suas mantenedoras; ix) as organizações sociais; x) as cooperativas; xi) as fundações públicas; xii) as fundações, sociedades civis ou associações de direito privado criadas por órgão público ou por fundações públicas e xiii) as organizações creditícias que tenham quaisquer tipo de vinculação com o sistema financeiro nacional a que se refere o art. 192 da Constituição Federal.

A outorga da qualificação pelo Ministério da Justiça é ato vinculado, ou seja, atendendo aos requisitos legais, respectivo órgão é obrigado a conceder o título, o que difere das Organizações Sociais, que o ato de outorga da qualificação é discricionário.

A perda da qualificação dará por 02 (dois) motivos: a seu pedido ou por decisão administrativa ou judicial, de iniciativa popular ou do Ministério Público, além do que qualquer cidadão também poderá requerer o cancelamento da qualificação, fundado em evidências de erro ou fraude.

Outras diferenças entre as OSs e as OSCIPs: não há previsão de trepasse de servidores públicos para prestarem serviços na OSCIP; o Poder Público não participa de seus quadros diretivos; o campo de atuação das OSCIPs é mais amplo do que das OSs, incluindo finalidades de benemerência social.

Maria Sylvia prefere as OSCIPs às OS, uma vez que estas foram criadas para que assumissem atividades desempenhadas pela Administração Pública, enquanto que no caso das OSCIPs, “essa intenção não existe”, pois há uma verdadeira atividade de fomento, um incentivo à iniciativa privada de interesse público, além de que as entidades para serem qualificadas como OSCIPs devem demonstrar a existência legal, evitando as entidades fantasmas<sup>47</sup>.

Marçal Justen Filho confessa espanto face à criação das OSCIPs pela similitude com as Organizações Sociais, pois as diferenças, para o autor são muito pequenas<sup>48</sup>.

Sobre essa realidade, Gustavo Henrique Justino de Oliveira e Fernando Borges Mânica ressaltam que:

A OSCIP deve atuar de forma distinta do Poder Público parceiro, ou seja, deve ser clara a separação entre os serviços públicos prestados pela entidade pública e as atividades desenvolvidas pela OSCIP [...] impedindo-se, assim a caracterização de uma forma ilegal de terceirização de serviços públicos. Afinal o Termo de Parceria é instrumento criado para que as entidades do terceiro setor recebam incentivo para atuar ao lado do ente público, de maneira distinta dele, e não para que substitua tal ente, fazendo as vezes do Poder Público<sup>49</sup>.

Por fim, segundo José Eduardo Sabo Paes a filosofia que norteou o projeto e as discussões foi a de excluir da qualidade de OSCIP as entidades vinculadas ao Poder Público ou a organismos do Estado como forma de impedir ou evitar a cooptação, para a esfera do Governo ou do Estado, da ação de instituições e organizações da sociedade civil, cujas principais características são a autonomia e a independência frente ao Poder Público<sup>50</sup>.

### 3.4 – Contrato de Gestão

O contrato de gestão, como espécie dos vínculos formais de parcerias entre Estado e Terceiro Setor, será detidamente analisado adiante, no Capítulo IV - Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1.998.

<sup>47</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública – Concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 8 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 218-219.

<sup>48</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, p. 36.

<sup>49</sup> OLIVEIRA, Gustavo Justino; MÂNICA, Fernando. *Organizações da sociedade civil de interesse público: termo de parceria e licitação*, p. 5209-5351.

<sup>50</sup> PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários*, p. 83-84.

## **CAPÍTULO IV – LEI Nº 9.637 DE 15 DE MAIO DE 1.998**

A Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1.998, fruto da conversão em Lei da Medida Provisória nº 1.591, de setembro de 1.997, é o texto normativo que qualifica as entidades como Organização Social - OS, cria o Programa Nacional de Publicização e dá outras providências.

A qualificação como OS às pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, para atuação em atividades não exclusivas do Estado, dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, possibilita a parceria desta entidade com o Poder Público, mediante celebração do contrato de gestão, que definirá critérios de avaliação de desempenho, metas, prazo de execução, dotação orçamentária, uso de bens públicos.

Ambos os institutos são bastante questionados pela doutrina, conforme analisaremos abaixo.

### **4.1 – Organização Social**

As Organizações Sociais - OSs têm seu lugar no bojo do processo que se convencionou chamar de “Reforma do Estado”, cujo impulso maior se deu a partir da aprovação do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, elaborado pelo Ministério da Administração e Reforma do Estado, sob a liderança do economista Luiz Carlos Bresser Pereira, no cargo de Ministro da Administração e Reforma do Estado, no primeiro mandato do Presidente Fernando Henrique Cardoso.

Bresser e sua equipe, partiram de um diagnóstico de que os maiores problemas identificados no Estado Brasileiro eram o excesso de burocracia e formalismo, e a falta de instrumentos e incentivos para o constante aprimoramento dos serviços prestados e para a busca de resultados concretos.

Nas palavras de Rubens Naves:

Em síntese, a reforma idealizada no Ministério da Administração e Reforma do Estado visava formular as bases legais de um novo modelo de prestação de serviços públicos, permeável a criatividade e inovação, e norteado pela busca dos maiores benefícios e progressos sociais possíveis com os recursos

disponíveis. Algo bem diferente das estruturas estatais rigidamente burocráticas, mais preocupadas com seus próprios interesses internos do que com as demandas e necessidades coletivas que deveriam atender<sup>51</sup>.

Um dos pontos estratégicos do Plano Diretor foi a aprovação do “Programa Nacional de Publicização”, aprovado pela Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998. Esta lei autoriza o Poder Executivo a transferir a execução de serviços públicos e gestão de bens e pessoal públicos, a entidades especialmente qualificadas, quais sejam, as Organizações Sociais.

De acordo com a referida Lei, as pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, voltadas a atividades de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde, poderiam buscar qualificação como “Organização Social”. Estando qualificadas, estariam aptas a firmar parcerias com o Poder Público, por meio das quais passariam a receber recursos públicos para prestar serviços não exclusivos do Estado.

Ainda, conforme Rubens Naves:

Formalizadas por contratos, essas parcerias permitiriam o repasse de recursos públicos às instituições sem fins lucrativos, que por sua vez, assumiriam o compromisso de cumprir obrigações e metas. Seria a criação de um novo tipo de instituição pública não estatal, norteado pelo interesse público, balizado por estratégias e políticas traçadas por governantes eleitos, fiscalizados pelo Estado, comprometido com a transparência, submetido ao controle social e dotado de autonomia necessária à constante busca de eficiência e excelência<sup>52</sup>.

A leitura da Carta Magna demonstra a omissão do texto constitucional em prever e disciplinar a Organização Social. Ela é criação do legislador infraconstitucional, conforme art. 1º da Lei nº 9.637/98:

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

No entendimento de Marçal Justen Filho:

---

<sup>51</sup> NAVES, Rubens. *Organizações Sociais – A construção do modelo*, p. 29 e 30.

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. 30.

Organização Social é uma qualificação atribuível a uma pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, sendo que tanto as associações (sociedades civis sem fim lucrativo) como fundações podem pleitear essa qualidade<sup>53</sup>.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello:

As Organizações Sociais e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, ressalte-se, não são pessoas da Administração Indireta, pois, como se esclarece, são organizações particulares alheias à estrutura governamental, mas com as quais o Poder Público (que as concebeu normativamente) se dispõe a manter parcerias – para usar uma expressão em voga – com a finalidade de desenvolver atividades valiosas para a coletividade e que são livres à atuação da iniciativa privada, conquanto algumas delas, quando exercidas pelo Estado, se constituem em serviços públicos<sup>54</sup>.

Paulo Modesto define as organizações sociais como:

Pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, voltados para as atividades de relevante valor social, que independem de concessão ou permissão do Poder Público, criadas por iniciativa de particulares segundo modelo previsto em lei, reconhecidas, fiscalizadas e fomentadas pelo Estado<sup>55</sup>.

Nas palavras de Sílvio Luís:

A Organização Social foi inicialmente concebida para atuar como instrumento de “publicização”, nome estranho, escolhido pelos mentores da reforma administrativa do Estado, para designar a transferência de atividades do Estado em setores como educação, saúde, cultura, ciência e tecnologia para o setor privado, mas designado de público não-estatal ou terceiro setor – que compreende instituições sem fins lucrativos – mediante a transformações de entes públicos, como as fundações públicas, em entes privados sem fins lucrativos, as chamadas Organizações Sociais<sup>56</sup>.

Não é qualquer pessoa jurídica de direito privado que pode ser reconhecida como Organização Social, mas tão-somente aquelas cujos estatutos sociais não prevejam fins lucrativos, ou seja, de acordo com o Código Civil, somente as associações e fundações.

<sup>53</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, p.35.

<sup>54</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 227.

<sup>55</sup> MODESTO, Paulo. Reforma Administrativa e Marco Legal das Organizações Sociais no Brasil: as dúvidas dos juristas sobre o modelo das organizações sociais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 34, n. 136, p. 315-331, out./dez. 1997, p. 06.

<sup>56</sup> ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro setor – Coleção temas de direito administrativo*, p. 101.

A finalidade não-lucrativa diz respeito a pessoa jurídica cujos sócios ou associados não recebam, sob nenhum pretexto, lucros distribuídos pela pessoa jurídica. Contudo, a Organização Social poderá obter lucro com suas atividades, desde que venha a ser eventualmente auferido e seja reinvestido pela própria pessoa jurídica no desenvolvimento de seus objetivos sociais.

A Lei nº 9.637/98 exige ainda um Conselho de Administração composto por associados, da Sociedade Civil e do Poder Público, com notória capacidade profissional e reconhecida idoneidade moral. Suas competências estão descritas no art. 4º da citada lei.

Para Sílvio Luís:

O Conselho de Administração na Organização Social apresenta-se como uma nova instância de poder, superior à própria assembleia ou ao Conselho Curador, já que dentre as suas atribuições foram arroladas algumas exclusivas da Assembleia, como aprovar a alteração dos estatutos e extinguir a entidade por maioria, no mínimo, de dois terços de seus membros (art. 3º, VI)<sup>57</sup>.

Os Estados, os Municípios e o Distrito Federal poderão qualificar suas próprias Organizações Sociais, desde que aprovelem suas leis próprias, uma vez que a Lei nº 9.637/98 não é uma lei de âmbito nacional, ou seja, aplica-se somente à qualificação de organizações sociais pela União.

A legislação é própria de cada esfera do governo, no que se refere aos requisitos para qualificar-se como OS. A organização da sociedade civil interessada na qualificação deverá obedecer aos requisitos de cada lei, apresentando a documentação comprobatória ao respectivo Poder Executivo.

Ressalte-se que a qualificação é apenas uma habilitação que a entidade passa a possuir, pois não altera nem sua condição legal, nem suas características como pessoa jurídica. Assim, o termo “Organização Social” não deve ser utilizado como substantivo para designar a própria entidade, o que pode com facilidade levar a erros de interpretação.

Nos termos do disposto na Lei nº 9.637/98, para a obtenção da qualificação de “Organização

---

<sup>57</sup> ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro setor – Coleção temas de direito administrativo*, p. 119.

Social”, as entidades privadas devem observar os requisitos estabelecidos no seu artigo 2º, a seguir transcrito:

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

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

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

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

Contudo, mesmo atendendo aos requisitos, a outorga dessa qualificação é ato discricionário do Poder Executivo, desde que aprovada quanto à sua conveniência e oportunidade.

Quanto à discricionariedade da qualificação como Organização Social, Lúcia Valle Figueiredo entende que:

Deu-se autêntico “cheque em branco” ao Executivo, irrompendo-se contra a isonomia e o devido processo legal, facilitando toda espécie de corrupção e protecionismo administrativo<sup>58</sup>.

<sup>58</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 151.

Marçal Justen Filho alerta que:

Repele-se a tentativa de utilização abusiva da figura da organização social, sendo que liberar recursos, pessoal e bens públicos em favor de entidades não existentes ou não atuantes conduzirá à responsabilização patrimonial dos administradores, além da aplicação de outras sanções cabíveis (inclusive penais, se for o caso). Um ente público mascarado sob a aparência de uma organização social e a existência de uma entidade apenas de fachada, utilizada como fonte para recebimento de benesses públicas, merecem repúdio<sup>59</sup>.

Para Sílvio Luís:

Não há razão lógica que justifique a decisão administrativa de dentre duas pessoas jurídicas que preencham os requisitos exigidos pelo art. 2º, inciso II, da Lei 9.637, conceder a uma e negar à outra o título de Organização Social. A escolha afronta manifestamente o princípio da isonomia. Se há igualdade entre as pessoas jurídicas que pretendam receber o título de Organização Social, a solução, de *lege ferenda*, seria a atribuição desta qualidade a todas – e não apenas a algumas – que preencham os requisitos, transformando o exercício da competência do agente, no que diz respeito ao conteúdo do ato, de discricionária para vinculada. Somente assim, o princípio constitucional da igualdade seria respeitado. Uma alternativa seria a realização de procedimento licitatório, que, com base em critérios objetivos e imparciais, selecionasse entre as candidatas a que se mostrasse mais capacitada a receber o título de Organização Social<sup>60</sup>.

Nesse sentido, a qualificação como Organização Social como ato discricionário do Poder Executivo foi objeto de julgamento na ADIN nº 1.923, o qual analisaremos no próximo capítulo.

O Poder Executivo poderá ainda proceder a desqualificação da organização da sociedade civil como Organização Social, quando constatado o descumprimento das disposições contidas no Contrato de Gestão.

A desqualificação será precedida de processo administrativo, assegurando o direito de ampla defesa, respondendo os dirigentes da Organização Social, individual ou solidariamente, pelos danos ou prejuízos decorrentes de sua ação ou omissão, o que importará em reversão dos bens cedidos e dos valores entregues à utilização pela entidade, sem prejuízos de outras sanções cabíveis.

<sup>59</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, p. 135.

<sup>60</sup> ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro setor – Temas de direito administrativo*, p. 136-137.

Neste contexto, introduz Jessé Torres Pereira Junior:

Uma vez qualificadas como “organizações sociais”, essas entidades – associações, sociedades civis sem fins lucrativos ou fundações privadas – nem por isso passam a integrar a estrutura formal da Administração Pública, direta ou indireta, mas poderão receber recursos orçamentários, bens públicos e até servidores necessários ao cumprimento do contrato de gestão, de cuja execução prestarão contas. Serão desqualificadas se o descumprirem, revertendo, então ao poder público, os bens e valores eu lhes haviam sido repassados, sem prejuízo de outras sanções<sup>61</sup>.

Com relação ao regime jurídico das Organizações Sociais, observa-se que a doutrina divide-se entre os que defendem o regime jurídico de direito privado, de direito público ou um regime *sui generis* das Organizações Sociais, mediante fundamentos diversos.

Nos apontamentos de Freitas:

Com efeito, o regime das organizações sociais desponta como atípico. Não atuam por delegação nos moldes de concessionárias ou permissionárias de serviços públicos, tampouco podem almejar finalidade lucrativa. Logo, não executam serviços públicos nos moldes do art. 175 da Constituição Federal, mas recebem delegação (a “qualificação” do art. 2º da Lei 9.637/98). De outra parte, estão obrigadas a outorgar ampla publicidade de seus atos, comprometendo-se com o cidadão-cliente e podem receber recursos humanos públicos (com ônus para origem), assim como permissão de uso de bens públicos. Não integram a Administração Pública indireta e se prestam a absorver atividades desenvolvidas por entidades públicas extintas por lei específica. Ainda: representantes do Poder Público devem, sob pena de não-qualificação, participar do Conselho de Administração<sup>62</sup>.

Em que pesem tais circunstâncias, Modesto defende que as Organizações Sociais não possuem natureza jurídica de direito público, afinal:

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<sup>63</sup>.

<sup>61</sup> PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações da administração pública*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 331.

<sup>62</sup> FREITAS, Juarez. As Organizações Sociais: Sugestões para o Aprimoramento do Modelo Federal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 35, n. 140, p. 133-138, out./dez. 1998. p. 134.

<sup>63</sup> MODESTO, Paulo. Reforma Administrativa e o Marco Legal das Organizações Sociais no Brasil: As Dúvidas dos Juristas sobre o Modelo das Organizações Sociais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 34, n. 136, p. 315-331, out./dez. 1997. p. 325.

Dessa forma, inobstante as características peculiares de que se revestem as organizações sociais, na opinião do mencionado autor o que prepondera é o caráter contratual da relação havida entre estas e o Poder Público, e, por conta disso, as entidades não deixam de ter natureza jurídica de direito privado.

Já Juarez Freitas, partindo de outro ponto de vista, defende que as Organizações Sociais:

obedecem a um regime *sui generis*, não-estatal, porém certamente dominado por regras de direito privado e princípios de direito público”. Segundo esclarece o mesmo autor, “há uma dominância de regras de direito privado e simultânea preponderância de princípios de direito público, uma vez que se encontram imantadas pelas suas próprias e inescapáveis finalidades de cogentes matizes sociais<sup>64</sup>.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro assevera que:

se referir às organizações sociais como entidades “públicas não estatais”, “fica muito clara a intenção de tentar excluí-las da abrangência da Administração Indireta e, em consequência, excluí-las também da incidência das normas e princípios constitucionais que a ela se aplicam<sup>65</sup>.

No entanto, segundo a mesma autora, as Organizações Sociais, na verdade, se submetem às normas de direito público, não obstante a natureza privada que se tente imprimir-lhes.

Quanto a fiscalização, também não há consenso quanto à incidência e à extensão do controle dos Tribunais de Contas sobre as Organizações Sociais.

De acordo com o artigo 70, parágrafo único da CF, prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais o Governo responda, ou que, em nome deste, assumam obrigações de natureza pecuniária.

Sendo assim, o controle e a fiscalização das Organizações Sociais são exercidos pela: i) Comissão de Avaliação; ii) Conselho de Administração; iii) Poder Contratante; iv) Ministério

<sup>64</sup> FREITAS, Juarez. As organizações sociais: Sugestões para o aprimoramento do modelo federal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 35, n. 140, p. 133-138, out./dez. 1998. p. 134.

<sup>65</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Contratos de gestão. Contratualização do controle administrativo sobre a administração indireta e sobre as organizações sociais*. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br>. Acesso em 08.10.2015.

Público e v) Cidadão e vi) Tribunal de Contas.

No que tange especificamente ao Tribunal de Contas da União, referido órgão firmou entendimento que as contas anuais das Organizações Sociais são julgadas por ele. Nesse sentido, a decisão de nº 592/98, da relatoria do Ministro Benjamin Zymle, cuja ementa é a seguinte: “[...] Firmar entendimento que as contas anuais das entidades qualificadas como organizações sociais, relativamente ao contrato de gestão, são submetidas a julgamento pelo Tribunal de Contas, nos termos do parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal”.

#### **4.2 – Contrato de Gestão**

Os Contratos de Gestão surgiram na França, nos contratos de programa, contratos de empresa, contratos de plano e contratos de objetivos, com o propósito de controle de gestão do setor público.

No Brasil, tal instituto foi incorporado em nosso ordenamento jurídico entre órgãos integrantes do aparelho administrativo do Estado, através do Decreto nº 137/91 (Programa de Gestão das Empresas Estatais), emitido pelo governo Fernando Collor de Mello, que liberava as empresas estatais de alguns controles prévios e fazia a primeira menção ao contrato de gestão.

A principal intenção era liberar as pessoas administrativas da Administração Indireta de certos controles decorrentes do regime de direito público, caso atingissem determinadas metas previamente estipuladas.

Entretanto, esclarece Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Tendo sido a matéria disciplinada apenas por meio de decreto, os poucos contratos de gestão celebrados na esfera federal acabaram sendo impugnados pelo Tribunal de Contas, já que as exigências de controle ou decorrem da própria Constituição ou de leis infraconstitucionais, não podendo ser derogadas por meio de decreto ou de contrato<sup>66</sup>.

Contudo, com a Emenda Constitucional nº 19/98, o contrato de gestão passou para a alçada constitucional com previsão no art. 37, § 8º:

---

<sup>66</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 282.

“a autonomia gerencial, orçamentária e financeira da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre: I – o prazo de duração do contrato; II – os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes; III – a remuneração do pessoal”.

Ocorre que, o contrato de gestão previsto na Constituição, via EC nº 19/98 é diverso dos firmados com as Organizações Sociais, uma vez que neste caso, referido instrumento jurídico é regulado pela Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1.998.

Diante desse panorama, pode-se separar três situações distintas frente ao instituto contrato de gestão: i) contrato entre o Poder Público e entidades da Administração Indireta; ii) “contrato” entre órgãos; iii) contrato entre o Poder Público e Organizações Sociais.

A esse respeito, assevera Paola Nery Ferrari que:

A expressão *Contrato de Gestão* é, no mínimo, infeliz, pois pode ser utilizada, em nosso sistema jurídico, para rotular instrumentos totalmente diferentes, ou seja: 1. para estabelecer parcerias entre órgãos e entidades da Administração direta e indireta e o próprio Poder Público; 2. para Administração Pública contratar com as chamadas Organizações Sociais, com vistas a realizar a gestão admitida de entidades privadas, em atividades de interesse público<sup>67</sup>.

Em que pese a interessante discussão acerca da adequação aos preceitos constitucionais do mencionado instrumento contratual, o qual permite a contratação do Poder Público com órgãos despersonalizados, bem como a ampliação da esfera de liberdade de pessoas da Administração indireta por contrato, dentre outras características, há de se esclarecer que a presente pesquisa não abordará o tema, restringindo-se a tratar do contrato de gestão previsto pela Lei nº 9.637/98.

Nesse sentido, podemos concluir que a figura do Contrato de Gestão ocupou papel de destaque no tema da Reforma Administrativa do Estado.

Para Bresser:

<sup>67</sup> FERRARI, Paola Nery; FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Controle das organizações sociais*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p.70.

De acordo com uma das propostas do plano de reforma do Estado, os serviços não exclusivos seriam financiados ou subsidiados pelo Estado, mas controlados pela sociedade por intermédio da criação de organizações públicas não-estatais, denominadas Organizações Sociais, que receberiam subsídios do Estado, previstos no orçamento. O controle dessas organizações públicas não-estatais dar-se-ia pelo contrato de gestão. O contrato de gestão apresenta-se como instrumento ideal a ser utilizado pelo núcleo estratégico para controlar atividades exclusivas e não-exclusivas. O contrato de gestão deve prover os recursos humanos, material e financeiro com os quais poderão contar as Organizações Sociais e deve definir – quantitativa e qualitativamente – as metas e respectivos indicadores de desempenho, isto é, os resultados a serem alcançados pelas partes<sup>68</sup>.

Sendo então fruto da Reforma Administrativa do Estado, a figura do contrato de gestão está conceituada na Lei nº 9.637/98, que o define em seu artigo 5º:

Para os efeitos desta Lei, entende-se por contrato de gestão o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas relacionadas no art. 1º<sup>69</sup>.

Para Jessé Torres Pereira Junior e Marinês Restelatto Dotti, o conceito de contrato de gestão é:

Instrumento firmado entre o poder público e a entidade privada sem fins lucrativos, qualificada como organização social (OS), com vistas à formação de parceria para fomento e execução de atividades relativas ao ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde<sup>70</sup>.

Nas palavras de Gustavo Justino de Oliveira:

O contrato de gestão de base constitucional pode ser definido como um instrumento originário da administração por objetivos, por meio do qual são ampliadas as autonomias gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da Administração Pública, com a estipulação de metas de desempenho e fixação negociada de resultados, os quais deverão ser atingidos a partir da execução de uma série programada de atos (programação derivada), cuja finalidade é conferir efetividade a planos, programas e políticas públicas (programação originária), promovendo assim a eficiência na gestão pública<sup>71</sup>.

<sup>68</sup> REFORMA GERENCIAL. Entrevista com Luiz Carlos Bresser Pereira: uma reforma para ficar na história. *Revista Reforma Gerencial*. São Paulo, p. 21-24, mar 1998. Disponível em: [www.bresserpereira.org.br](http://www.bresserpereira.org.br). Acesso em 30.09.2015.

<sup>69</sup> BRASIL. Lei 9.637, de 15 de maio de 1.998. Art 5º.

<sup>70</sup> PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. *Convênios e outros instrumentos de “administração consensual” na administração pública do século XXI*. 2013, p.42.

<sup>71</sup> OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Contrato de gestão*. 2008, p.185-186

Na definição do Manual Básico de Repasses Públicos ao Terceiro Setor:

Contrato de Gestão é gênero de ajuste criado pela Lei Federal nº 9.637, de 15 de maio de 1.998, que reúne características dos Contratos e Convênios tradicionais. Tem efeito similar ao Termo de Parceria, definido na Lei Federal nº 9.790, de 23 de março de 1.999. Destina-se à disponibilização de recursos públicos para entidades do Terceiro Setor que obtenham a qualificação como Organização Social, constituindo-se, nesse sentido, em alternativa aos ajustes do Poder Público com entidades filantrópicas ou que possuam o título de utilidade pública. Assim, o Contrato de Gestão é firmado entre um ente do Poder Público e uma entidade do Terceiro Setor qualificada como Organização Social na respectiva esfera de governo, destinado à realização de atividades descritas no art. 1º da Lei nº 9.637/98<sup>72</sup>.

O Contrato de Gestão possui características que destoam profundamente tanto dos convênios e parcerias celebrados pelo Poder Público, como dos contratos administrativos e demais contratos de natureza privada. Diante disso, existem diversos posicionamentos no que tange à sua natureza jurídica.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, Romeu Felipe Bacellar Filho e Luiz Alberto Blanchet trata-se de contrato administrativo.

Hely Lopes Meirelles, em sua obra atualizada, entende que os Contratos de Gestão não são contratos propriamente ditos, porque não há interesses contraditórios. E para Di Pietro, José dos Santos Carvalho Filho e Eduardo Szazi a natureza jurídica dos contratos de gestão se aproxima dos convênios e dos termos de parceria, e não dos contratos.

Sílvio Luís Ferreira da Rocha entende que os contratos de gestão têm peculiaridades tanto dos convênios quanto dos contratos administrativos, com uma leve predominância do regime dos contratos administrativos, mas não em sua totalidade.

Para Gustavo Henrique Justino de Oliveira os contratos de gestão firmados com as organizações sociais não são convênios, pois aqueles são mais estáveis e tendem a ser executados integralmente, e também não são contratos administrativos. Sua natureza seria a de acordos administrativos colaborativos.

---

<sup>72</sup> MANUAL BÁSICO REPASSES PÚBLICOS DO TERCEIRO SETOR. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, p. 45.

Marçal Justen Filho entende que os contratos de gestão poderiam ser convênios, ou muito mais contratos organizacionais ou associativos.

Assim, para a doutrina, não há uma classificação determinante sobre qual a natureza jurídica dos contratos de gestão, uma vez que os entendimentos firmados se contrapõem radicalmente, e, por esse motivo, inevitáveis as divergências com relação à aplicação das normas previstas pela Lei nº 9.637/98, bem como no que tange às discussões acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade das mesmas.

Contudo, a matéria em questão já foi analisada recentemente pelo Supremo Tribunal Federal, em decisão da ADIN 1.923, na qual definiu que o Contrato de Gestão possui natureza jurídica de convênio, conforme analisaremos melhor no Capítulo V.

Outro ponto de controvérsia na Lei das OSs, diz respeito ao processo licitatório para a celebração do Contrato de Gestão, que neste caso, é dispensado, conforme alteração na Lei nº 8.666/93, promovida pela Lei nº 9.648/98, que inseriu o texto previsto no inciso XXXIV do artigo 24 da lei de licitações:

Art. 24 - É dispensável a licitação:

[...]

XXXIV - 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<sup>73</sup>.

Assim, nota-se que existe permissão legal para a celebração de contratos de gestão entre o Poder Público e as organizações sociais nos moldes previstos na Lei nº 9.637/98, ou seja, sem prévio certame licitatório.

No entanto, a despeito da mencionada chancela legal, segundo a maioria dos doutrinadores, inexistente justificativa para a dispensa de prévia licitação para a celebração dos contratos de gestão, e, ao assim proceder, o Poder Público acaba por violar princípios constitucionais da Administração Pública, como o da impessoalidade e da igualdade.

Segundo aponta FERRARI, “para a assinatura do Contrato de Gestão é indispensável a

---

<sup>73</sup> BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1.993. Art. 24, XXXIV.

realização de prévio procedimento licitatório, visto que a Administração Pública, não possui capacidade de dispor do interesse público ao seu talante”<sup>74</sup>.

De acordo com o que leciona ROCHA:

a atividade de fomento deve ser impessoal e respeitar, outrossim, o princípio da igualdade. Ela deve evitar favorecer ou perseguir o beneficiário e assegurar a todos o direito de concorrer aos seus benefícios.[...] Quando for impossível atender a todos os possíveis beneficiários, por escassez de recursos, melhor estabelecer entre eles um procedimento licitatório que privilegie uma solução definidora extremamente objetiva – como o sorteio -, se restar demonstrado que os participantes estão em situações idênticas <sup>75</sup>.

Marçal Justen Filho entende que deverá ser realizada licitação para a escolha de Organização Social, quando existirem duas ou mais passíveis de realizar o objeto a ser firmado.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello:

Enquanto para travar com o Poder Público relações contratuais singelas (como um contrato de prestação de serviços ou de execução de obras) o pretendente é obrigado a minuciosas demonstrações de aptidão, inversamente, não se faz exigência de capital mínimo nem demonstração de qualquer suficiência técnica para que um interessado receba bens públicos, móveis ou imóveis, verbas públicas e servidores públicos custeados pelo Estado, considerando-se bastante para a realização de tal operação a simples aquiescência de dois Ministros de Estado ou, conforme o caso, de um Ministro e de um supervisor da área correspondente à atividade exercida pela pessoa postulante ao qualificativo de “organização social”. Trata-se, pois, da outorga de uma discricionariedade literalmente inconcebível, até mesmo escandalosa, por sua desmedida amplitude, e que permitirá favorecimentos de toda espécie. Há nisto uma inconstitucionalidade manifesta, pois se trata de postergar o princípio constitucional da isonomia (art. 37, XXI) e, pois, o princípio constitucional da isonomia (art. 5º), do qual a licitação é simples manifestação punctual, conquanto abrangente também de outro propósito (a busca do melhor negócio). [...] É inconstitucional a disposição do art. 24, XXIV, da Lei de Licitações (Lei 8.666/93) ao liberar de licitação os contratos entre o Estado e as organizações sociais pois tal contrato é o que ensancha a livre atribuição deste qualificativo a entidades privadas, com as correlatas vantagens; inclusive a de receber bens públicos em permissão de uso sem prévia licitação<sup>76</sup>.

No entanto, contrariando o pensamento dos doutrinadores citados, Gustavo Justino de Oliveira

<sup>74</sup> FERRARI, Paola Nery; FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Controle das organizações sociais*, p.76.

<sup>75</sup> ROCHA, Sílvio Luís Ferreira. *Terceiro setor*, p. 32.

<sup>76</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 244.

defende a inaplicabilidade do processo licitatório para a celebração do contrato de gestão entre o Poder Público e as organizações privadas, pois, segundo seu entendimento, não haveria “quebra do princípio da isonomia, caso a escolha referida não se submetesse à licitação”<sup>77</sup>.

Do exposto, vê-se que mesmo tendo sido alterada a Lei nº 8.666/93, no sentido de permitir a celebração dos contratos de gestão entre o Poder Público e as organizações sociais sem prévio processo de licitação, a doutrina, em sua grande maioria, reprovava a dispensa de licitação para tais hipóteses, baseada no argumento de que o dispositivo legal corrobora a violação a uma série de princípios constitucionais da Administração Pública. Contudo, referido tema também fora objeto de decisão da ADIN 1.923, conforme veremos no capítulo V.

O contrato de gestão celebrado entre a Administração e a Organização Social submete-se ao regime de direito público. O artigo 37, caput e inciso XXI, da Constituição Federal, e o artigo 7º da Lei nº 9.637/98, determinam a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade na elaboração do contrato de gestão.

Qualificada a entidade como Organização Social, esta poderá firmar Contrato de Gestão com o Poder Público qualificador, de comum acordo, para a formação de parcerias de fomento e execução de atividades de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde.

Para se elaborar o contrato de gestão, alguns procedimentos prévios devem ser observados, como as partes (Estado como contratante e entidade qualificada como Organização Social, como contratada); conteúdo (artigo 7º, I, da Lei nº 9.637/98, ou seja, programa de trabalho, estipulação de metas a atingir e os respectivos prazos de execução, bem como previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de qualidade e produtividade)<sup>78</sup>; os recursos orçamentários, os bens públicos que serão destinados e os servidores que serão cedidos para o cumprimento do programa de trabalho proposto (artigo 12 e parágrafos da Lei nº 9.637/98)<sup>79</sup>.

<sup>77</sup> OLIVEIRA. Gustavo Justino de. Constitucionalidade da lei federal nº 9.637/98. Das organizações sociais. *Revista de Direito do Terceiro Setor*. Minas Gerais, a.1, nº02, p. 177-210, jul/dez. 2007, p. 191.

<sup>78</sup> Art. 7º. Na elaboração do contrato de gestão, devem ser observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e, também, os seguintes preceitos:

I - especificação do programa de trabalho proposto pela organização social, a estipulação das metas a serem atingidas e os respectivos prazos de execução, bem como previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de qualidade e produtividade;

Além disso, a lei exige ainda que haja a estipulação dos limites e critérios para despesa com remuneração e vantagens de qualquer natureza a serem percebidas pelos dirigentes e empregados das organizações sociais, no exercício de suas funções (art. 7º, II) e mecanismos de controle e fiscalização, como a apresentação de relatório pormenorizado das atividades executadas, ao término de cada exercício.

Tanto a cessão de bens quanto de servidores gerou diversas dúvidas quanto a sua constitucionalidade, afinal, tratava-se de utilização de bens públicos para pessoas privadas e disponibilização de servidores públicos para o exercício de atividades exteriores à Administração Pública, colocando-os numa situação de subordinação hierárquica em relação aos particulares. Contudo, como veremos adiante, o STF já se manifestou acerca desse assunto no julgamento da ADIN nº 1.923.

Quanto ao prazo do contrato de gestão, para Sílvio Luís:

A lei 9.637 é omissa quanto ao prazo de duração do contrato de gestão, devendo ser aplicado o disposto no art. 57 da Lei 8.666 e, assim, se o incentivo se der pela forma de repasses de recursos orçamentários, a duração do contrato não poderá exceder à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto se o incentivo estiver contemplado no plano plurianual, o que autoriza a prorrogação do contrato se houver interesse da Administração<sup>80</sup>.

E no que diz respeito a forma, continua Sílvio Luís:

A lei não prevê forma especial para o contrato de gestão. A ele são aplicáveis as regras previstas na Lei 8.666<sup>81</sup>.

Com relação à fiscalização do cumprimento dos termos do contrato de gestão, caberá ao Poder Público fiscalizar o cumprimento do programa de trabalho proposto no contrato, com suas metas e prazos de execução, verificados segundo critérios objetivos de avaliação de

<sup>79</sup> Art. 12. Às organizações sociais poderão ser destinados recursos orçamentários e bens públicos necessários ao cumprimento do contrato de gestão.

§ 1º São assegurados às organizações sociais os créditos previstos no orçamento e as respectivas liberações financeiras, de acordo com o cronograma de desembolso previsto no contrato de gestão.

§ 2º Poderá ser adicionada aos créditos orçamentários destinados ao custeio do contrato de gestão parcela de recursos para compensar desligamento de servidor cedido, desde que haja justificativa expressa da necessidade pela organização social.

§ 3º Os bens de que trata este artigo serão destinados às organizações sociais, dispensada licitação, mediante permissão de uso, consoante cláusula expressa do contrato de gestão.

<sup>80</sup> ROCHA, Sílvio Luís Ferreira. *Terceiro setor – Temas de direito administrativo*, p. 146.

<sup>81</sup> *Ibidem*, p. 147.

desempenho, mediante indicadores de qualidade e produtividade.

Os resultados atingidos com a execução do Contrato de Gestão devem ser analisados periodicamente, por Comissão de Avaliação, indicada por autoridade supervisora, composta por especialistas de notória capacidade e adequada qualificação. A Comissão deverá encaminhar à autoridade supervisora relatório conclusivo da avaliação procedida sobre a execução do contrato de gestão.

O Tribunal de Contas deverá ser cientificado pelos responsáveis pela fiscalização da execução do contrato de gestão sempre que esses tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou bens de origem pública por organização social.

A Lei nº 9.637/98 prevê em seu artigo 16 as medidas adotadas no caso de descumprimento das disposições contidas no contrato de gestão, ocasião em que a entidade qualificada como organização social poderá ser desqualificada, após processo administrativo, com a responsabilização de seus dirigentes pelos danos ou prejuízos decorrentes de sua ação ou omissão. Além disso, conforme estabelece o parágrafo 2º do mencionado dispositivo legal, a desqualificação implicará também na reversão dos bens e valores concedidos pelo Estado à organização social.

#### **4.3 – Críticas Doutrinárias ao Modelo das Organizações Sociais**

A Lei nº 9.367/98 é uma lei que gera bastante polêmica, uma vez que recebe diversas críticas de respeitável doutrina nacional. Tais críticas apresentam-se pela incompatibilidade do contrato de gestão com o ordenamento jurídico brasileiro.

Celso Antônio Bandeira de Mello vislumbra uma série de inconstitucionalidades na Lei nº 9.637/98. Tais inconstitucionalidades vão desde a possibilidade de uma Organização Social celebrar contratos com o Poder Público sem passar por etapa prévia de verificação de qualquer habilitação técnica ou econômico-financeira até o repasse de verba orçamentária, bens públicos e cessão de servidores públicos a essas entidades sem processo licitatório<sup>82</sup>.

---

<sup>82</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 240-247.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro também não poupa críticas à referida Lei, afirmando que são “inegáveis o conteúdo de imoralidades contidos na lei, os riscos para o patrimônio público e para os direitos dos cidadãos”. Que por intermédio das OSs e dos Contratos de Gestão, o legislador possui o objetivo claro de burlar o regime jurídico de direito público a que está submetida a Administração Pública, pois encobre como sendo privada uma situação que estaria sujeita ao direito público. E mais, que “são entidades fantasmas, porque não possuem patrimônio próprio, sede própria, vida própria. Elas viverão exclusivamente por conta do contrato de gestão com o poder público”<sup>83</sup>.

Os principais pontos de críticas por parte da doutrina são:

- a) Falta de critério objetivo para de proceder a qualificação de pessoa jurídica de direito privado como Organização Social;
- b) Falta de realização de licitação prévia para celebração de contrato de gestão entre o Poder Público e as Organizações Sociais;
- c) Falta de realização de licitação prévia para destinação de recursos orçamentários e bens públicos para as Organizações Sociais;
- d) Proibição de vinculação de receita pública a entidades privadas;
- e) Impossibilidade de cessão de servidores públicos para as Organizações Sociais com ônus para o Poder Público e ofensa ao princípio da legalidade e da obrigatoriedade na realização de concurso público na gestão de pessoal;
- f) Impossibilidade de as organizações sociais editarem regulamento próprio com procedimentos para contratação de obras e serviços;
- g) Impossibilidade de o Poder Público transferir para a iniciativa privada atribuições de sua competência;
- h) Insubmissão das organizações sociais ao controle interno e externo;

Resumindo: Para vasta doutrina, há nítida ofensa aos princípios constitucionais da isonomia (art. 5º, *caput* e inciso I da CF), da obrigatoriedade da realização de licitação (art. 37, XXI da CF); da impessoalidade e moralidade (art. 37, *caput* da CF) e da economicidade.

Afronta ao disposto no art. 175 da Carta Magna, que estabelece ser incumbência do Poder

---

<sup>83</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 215.

Público a prestação de serviços públicos, diretamente ou por intermédio de concessão ou permissão (sempre precedidas de licitação).

Ofende ainda os art. 167, inciso IV e 218, § 5º da CF, uma vez que a vinculação de verbas orçamentárias a organizações sociais que celebra contrato de gestão com o Poder Público não observa o princípio constitucional da proibição de vinculação de receitas públicas a entidades privadas.

Fere ao art. 37 e incisos, art. 39 e art. 84, inciso II da CF, no que se refere à cessão de servidores públicos para trabalharem nas OSs; afronta ao art. 22, inciso XXVII da CF, uma vez que é competência privativa da União legislar sobre normas de licitação e contratação (ou seja, não poderá a OS editar regulamento próprio de contratação de obras e serviços e compra com recursos públicos).

Por fim, fere os art. 70, 71 e 74 da CF, uma vez que a previsão da Lei das OSs no sentido de que é de competência do Conselho de Administração fiscalizar o cumprimento das diretrizes e metas definidas e aprovar os demonstrativos financeiros e contábeis e as contas anuais da entidade, com auxílio de auditoria externa, é contrária as previsões constitucionais de sujeição aos controles internos e externos.

Nesse sentido, passa-se a questionar: se a OSs não prestarem os serviços para a população de forma satisfatória, o prejuízo para o interesse público já está concretizado, afinal, mesmo que haja um controle *a posteriori*, verbas públicas já foram gastas, bens públicos já foram utilizados e servidores públicos já foram desviados de suas funções de origem?

Para Celso Antônio:

Isto posto, não é difícil perceber-se que as qualificações como organização social que hajam sido ou que venham a ser feitas nas condições da Lei 9.637, de 15.5.1998, são inválidas, pela flagrante inconstitucionalidade de que padece tal diploma. Assim, expõem-se abertamente a serem fulminadas em ações populares (Lei 4.717, de 29.6.1965) e a que os responsáveis por tais atos de benemerência com recursos públicos, tanto quanto os beneficiários deles, respondam patrimonialmente pelo indevido uso de bens e receitas públicas (art. 11 da citada lei)<sup>84</sup>.

<sup>84</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 246.

De todo modo, como veremos no próximo capítulo, todas essas questões de inconstitucionalidades apontadas na Lei das OSs foram objeto de julgamento na ADIN nº 1.923.

#### **4.4 – Pontos Positivos do Modelo das Organizações Sociais**

Foram traçados vários pontos de críticas à Lei nº 9.637/98, porém, faz-se necessário que sejam percebidos os aspectos positivos dessa legislação.

Para muitos doutrinadores, o contrato de gestão é um moderno instrumento gerencial, cujo emprego pode resultar em consideráveis avanços na trajetória de superação de métodos e técnicas patrimonialistas da Administração brasileira.

Nesse sentido, há diversos entendimentos que pugna pela constitucionalidade. É o caso de Rubens Naves:

A nova lei parte do pressuposto, absolutamente legítimo e totalmente procedente, de que as nações não são construídas apenas pelos governos, mas por toda a sociedade. Nesta perspectiva, a evolução das sociedades não pode prescindir da cooperação entre governos, cidadãos e organizações não governamentais. A lei 9.637 de 1998 abre espaço e incentiva a sociedade a se organizar para prestar serviços públicos não exclusivos do Estado. A lei das OS irradia os preceitos da Constituição Federal de 1988. A Constituição em diversos de seus dispositivos, deixa claro a sua opção de que a formulação e execução de políticas públicas não é uma tarefa apenas de governos, mas deve incluir a participação da comunidade. Trata-se de um princípio recorrente em todos os capítulos da ordem social da Carta<sup>85</sup>.

Segundo o Caderno Mare da Reforma do Estado:

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

---

<sup>85</sup> NAVES, Rubens. *Organizações sociais – A construção do modelo*, p. 20.

Organizações Sociais um expressivo ganho de agilidade e qualidade nas aquisições de bens e serviços, uma vez que seu regulamento de compras e contratos não se sujeita ao disposto na Lei nº 8.666 e ao SIASG. Esse ganho de agilidade reflete-se, sobretudo, na conservação do patrimônio público cedido à Organização Social ou patrimônio porventura adquirido com recursos próprios. Do ponto de vista da gestão orçamentária e financeira as vantagens do modelo organizações sociais são significativas: os recursos consignados no Orçamento Geral da União para execução do contrato de gestão com as Organizações Sociais constituem receita própria da Organização Social, cuja alocação e execução não se sujeitam aos ditames da execução orçamentária, financeira e contábil governamentais operados no âmbito do SIAFI e sua legislação pertinente; sujeitam-se a regulamento e processos próprios. No que se refere à gestão organizacional em geral, a vantagem evidente do modelo Organizações Sociais é o estabelecimento de mecanismos de controle finalísticos, ao invés de meramente processualísticos, como no caso da Administração Pública. A avaliação da gestão de uma Organização Social dar-se-á mediante a avaliação do cumprimento das metas estabelecidas no contrato de gestão, ao passo que nas entidades estatais o que predomina é o controle dos meios, sujeitos a auditorias e inspeções das CIsETs e do TCU<sup>86</sup>.

Os contratos de gestão celebrados pelo Poder Público com as Organizações Sociais sustentam-se na ideia de que o Estado não é mais capaz de prestar serviços públicos para a população com qualidade e eficiência desejadas. Esses contratos então, surgiram como uma solução para buscar o melhor atendimento das necessidades das pessoas, através da prestação dos serviços sociais não exclusivos do Estado pelas Organizações Sociais.

Quando bem elaborado, o contrato de gestão pode ser considerado um avanço, quando impõe limites e metas à Organização Social; quando exige a qualificação da entidade, que por sua vez deverá cumprir os requisitos impostos pela lei; quando impõe a publicação no Diário Oficial da União, anualmente do relatório gerencial das atividades desenvolvidas (Relatório de Execução do Contrato de Gestão), e não um mero balancete contábil, como era típico das entidades de utilidade pública, além do que, tanto o contrato de gestão, como a conclusão das avaliações do desempenho da instituição, deverá tornar-se público, a fim de se consolidar como o instrumento de acompanhamento e avaliação do desempenho da instituição, tanto por parte do ministério supervisor, do Legislativo e do Judiciário, quanto da sociedade.

Como instrumento de acompanhamento, o contrato de gestão permitirá a definição e a adoção de estratégias de ação que se mostrem necessárias para oferecer à instituição melhores

<sup>86</sup> MARE. Cadernos Mare da Reforma do Estado. Disponível: <http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/cadernosmare/caderno02.pdf>, p. 15-16. Acesso em: 14 out. 2015.

condições para o atingimento dos objetivos e metas acordados. Além disso, o acompanhamento do desempenho institucional pelo contrato de gestão permitirá que se redefinam os objetivos e metas pactuados, caso as circunstâncias em que atua a instituição sofram alterações que justifiquem uma redefinição. Por outro lado, o contrato também se prestará à avaliação do desempenho dos gestores da instituição.

Contudo, as resistências ao modelo ainda são muito expressivas. Além dos motivos expostos na ADIN nº 1.923, há os motivos de caráter ideológico, que partem do pressuposto que qualquer redução no tamanho do Estado coloca em risco aqueles destinados a atender ao cidadão em áreas como educação e saúde.

Por fim, entendemos que as OSs têm como finalidade a desburocratização e aprimoramento dos serviços públicos. A sua validação pelo STF representa um passo relevante para o fortalecimento de novas formas colaborativas entre o setor público e privado.

## CAPÍTULO V – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 1.923 – STF – INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 9.637/98?

A Lei nº 9.637/98 foi objeto de muitas críticas, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, dando ensejo à propositura da ADIN nº 1.923 perante o Supremo Tribunal Federal, na qual busca o reconhecimento da inaplicabilidade de diversos de seus dispositivos.

### 5.1 – Petição Inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923 – STF

Em 01 de dezembro de 1998, o Partido dos Trabalhadores – PT e o Partido Democrático Trabalhista – PDT ajuizaram Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIN nº 1.923, postulando a declaração de inconstitucionalidade, na íntegra, da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1.998, conhecida como a Lei das Organizações Sociais - OS, que *“dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências”*. Formulam, ainda, pedido de declaração de inconstitucionalidade da redação do art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1.993, conferida pela Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1.998, prevendo a dispensa de licitação *“para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão”*.

Alegam os autores, em síntese, que o regime jurídico das Organizações Sociais, instituído pelos diplomas impugnados, ao transferir responsabilidades do Poder Público para o setor privado, teria incorrido nas seguintes violações à Constituição Federal, conforme exposto no voto do Ministro Luiz Fux:

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

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

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

**(iii) descumprimento do dever de licitação (CF, arts. 22, XXVII, 37, XXI, e 175):** por receberem recursos públicos, as OS's não poderiam se furtar à observância da regra da licitação. Os arts. 4º, VIII, e 17 da Lei nº9.637/98, porém, prevêem que tais entidades editarão *regulamentos próprios* para contratação de obras e serviços com dinheiro público. De outro lado, o art. 12, § 3º, da mesma Lei prevê que a *permissão de uso de bem público* poderá ser outorgada à Organização Social, pelo Poder Público, com dispensa de licitação. Além disso, a Lei nº 9.648/98, em seu art. 1º, alterou a Lei nº 8.666/93 para instituir dispensa de licitação (Art.24, XXIV) para que o Poder Público contrate a OS para a *prestação de serviços* relacionados às "*atividades contempladas no contrato de gestão*", o que quebra a lógica isonômica que preside o certame licitatório. Por fim, a própria execução das atividades da OS, através da celebração do contrato de gestão, violaria, segundo os autores, a regra constitucional de licitação para a delegação de serviços públicos (CF, art.175, caput);

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

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

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

**(vii) restrição da atuação do Ministério Público (CF, art. 129):** o art. 10 da Lei, ao condicionar a determinados requisitos a atuação fiscalizadora do MP

sobre as OS's – gravidade dos fatos e interesse público –, teria incorrido em inconstitucionalidade à luz do art. 129 da CF, que não toleraria restrições<sup>87</sup>.

O pedido de declaração de inconstitucionalidade veio acompanhado de um pedido de Medida Cautelar, visando à suspensão imediata de todos os efeitos da Lei das Organizações Sociais, embasado em alegado “risco de prejuízos irreparáveis” em relação a direitos e garantias de servidores públicos e cidadãos brasileiros em geral.

Sob a relatoria do Ministro Ilmar Galvão, que se aposentou em 2.003, foi substituído pelo Ministro Relator Carlos Ayres Britto.

Em junho de 2.007, a Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência (SBPC) e a Academia Brasileira de Ciência (ABC) postularam ingresso como *aminius curiae* no julgamento da ADIN nº 1.923. As duas instituições assumiram a defesa da improcedência do pedido de declaração de inconstitucionalidade das OS. Representadas por Rubens Naves e sua equipe, a SPBC e a ABC passaram a defender o modelo das OS como instrumento legítimo, inovador e eficaz para o fortalecimento do espaço público não estatal no Brasil, capaz de ampliar e aprimorar a prestação de serviços públicos vitais para o desenvolvimento socioeconômico do País<sup>88</sup>.

Em 1º de agosto de 2.007, finalmente, o pedido de medida cautelar foi julgado e indeferido pela maioria no Supremo Tribunal Federal.

Em dezembro de 2.007, a Advocacia Geral da União manifestou-se defendendo a improcedência dos pedidos de declaração de inconstitucionalidade contidos na ADIN nº 1.923, dentre os quais, um dos argumentos fora que a Lei nº 9.637/98 buscou responder de forma mais eficiente às demandas sociais.

Já em junho de 2.009, a Procuradoria Geral da República manifestou-se pela procedência parcial da ADIN nº 1.923, argumentando pela inconstitucionalidade do art. 24, XXIV da Lei nº 8.666/93, bem como pelas limitações referentes às fiscalizações dos órgãos estatais de controle, especialmente Ministério Público e Tribunal de Contas.

---

<sup>87</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Adin nº 1.923 - DF*. Ministro LUIZ FUX. Julgamento: 19.05.2011, Publicação: DJE e DOU 27.05.11, p. 7-9.

<sup>88</sup> NAVES, Rubens. *Organizações sociais – A construção do modelo*, p. 51.

Por fim, em julho de 2.009, o Sindicato dos Trabalhadores e Servidores em Serviço de Saúde Públicos, Conveniados, Contratados e/ou Consorciados ao SUS e Previdência do Estado do Paraná (Sindsaúde – PR) pediu a acolhida pelo STF, da tese de inconstitucionalidade da Lei das OS, conforme ADIN nº 1.923.

## **5.2 – Síntese dos votos dos Ministros Carlos Ayres Britto e Luiz Fux**

Em abril de 2.011, foi proferido o primeiro voto sobre o mérito da ação, pelo Ministro Relator Carlos Ayres Brito. Em seu voto, entendeu pela constitucionalidade da Lei das Organizações Sociais.

Referido Ministro ressaltou que é possível os particulares atuarem de forma complementar ao setor público, em áreas não exclusivamente públicas, como saúde, educação, ciência e tecnologia, cultura e meio ambiente. Informou que essa atuação poderá ocorrer através do Contrato de Gestão, uma vez que a CF permite a prestação de serviços de relevância pública pela iniciativa privada e até mesmo determina que o Poder Público fomente essas atividades, inclusive mediante transpasse de recursos públicos.

Afirmou que o contrato de gestão não é um contrato de direito público, mas sim um convênio; que não há necessidade de concurso público para seleção de empregados e nem para celebração de parcerias entre o Poder Público e Organizações Sociais.

Contudo, ressaltou sobre a necessidade de um processo “objetivo e público” para a qualificação e seleção de entidades interessadas em firmar parcerias com o Estado (chamamento público), conforme modelo das OS, declarando deste modo, a inconstitucionalidade da expressão “quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como Organização Social”, que aparece no art. 2º da Lei das Organizações Sociais, bem como sobre a necessidade de ser utilizado um procedimento impessoal na seleção de empregados das organizações sociais e na fixação dos respectivos salários.

No que tange aos servidores públicos cedidos, revelou-se contrário a qualquer forma de subsídio adicional, sob argumento de que isso somente pode ser feito por meio da lei.

Por fim, o Ministro Ayres Britto votou pela procedência parcial da ADIN nº 1.923 para declarar a inconstitucionalidade de alguns dispositivos da Lei nº 9.637/98.

Um mês após o voto do Ministro Ayres Britto, ou seja, em maio de 2011, o Ministro Luiz Fux proferiu o seu voto.

O Ministro em questão entendeu que a Lei das OSs apenas criou o sistema de fomento, afastando deste modo, a delegação da atividade através do Contrato de Gestão (afastou a incidência do art. 175 da CF).

Para ele, não há abandono por parte do Poder Público em transferir a reponsabilidade pela sua atuação aos particulares, uma vez que a intervenção do Estado no domínio econômico e social, pode ocorrer de forma direta ou indireta, por meio do fomento público, consoante art. 174 da CF, senão vejamos:

Com efeito, a Constituição, quando se refere aos setores de cultura (CF, art. 215), desporto e lazer (CF, art. 217), ciência e tecnologia (CF, art. 218) e meio ambiente (CF, art. 225), **afirma que tais atividades são deveres do Estado e da Sociedade. Faz o mesmo, em termos não idênticos, em relação à saúde (CF, art. 199, caput) e à educação (CF, art. 209, caput), afirmando, ao lado do dever de o Estado de atuar, que tais atividades são “livres à iniciativa privada.**

[...]

Ao contrário do que ocorre com os serviços públicos privativos, pode o particular exercer tais atividades independentemente de qualquer ato negocial de delegação pelo Poder Público, de que seriam exemplos os instrumentos da concessão e da permissão, mencionados no art. 175, caput, da CF. **Se exercidas tais atividades pelo Poder Público, assumem elas, inquestionavelmente, a natureza de serviços públicos. Quando prestadas, ao contrário, diretamente pelos particulares, a qualificação de tais atividades está sujeita a polêmica no terreno doutrinário. Há quem entenda se tratar, ainda assim, de serviço público, uma vez que o perfil material da atividade não poderia ser afastado pela mudança apenas de seu executor, que diz respeito somente ao ângulo subjetivo.** Há, no sentido diametralmente oposto, quem entenda tratar-se de atividade econômica em sentido estrito, caracterizada pela preponderância da livre iniciativa, já que ausente o Poder Público na prestação, devendo prevalecer o perfil subjetivo para a definição do respectivo regime jurídico. Por fim, há posição intermediária que define tais atividades, quando prestadas pelo particular, como atividade econômica de interesse público, sujeita à incidência de um marco regulatório mais intenso do que as meras atividades econômicas em sentido estrito, porém menos intensa do que a cabível no âmbito dos serviços públicos propriamente ditos.

**Esta Corte Suprema já se posicionou sobre o tema, afirmando que os serviços de educação, exemplo típico de serviço público social e não privativo, ainda quando prestados pelo particular por direito próprio,**

**configuram serviços públicos, aderindo, portanto, à primeira corrente mencionada acima.**

[...]

A rigor, a Lei das Organizações Sociais não delega, no sentido próprio do termo, serviços públicos, o que torna a matéria fora do âmbito normativo do art. 175 da CF. **O que a Lei em causa pretendeu promover, muito pelo contrário, foi somente a instituição de um sistema de fomento, de incentivo a que tais atividades fossem desempenhadas de forma eficiente por particulares, através da colaboração público-privada instrumentalizada no contrato de gestão.**

[...]

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

[...]

Portanto, o Poder Público não renunciou aos seus deveres constitucionais de atuação nas áreas de saúde, educação, proteção ao meio ambiente, patrimônio histórico e acesso à ciência, **mas apenas colocou em prática uma opção válida por intervir de forma indireta para o cumprimento de tais deveres, através do fomento e da regulação.** Na essência, preside a execução deste programa de ação a lógica de que a atuação privada será mais eficiente do que a pública em determinados domínios, dada a agilidade e a flexibilidade que dominam o regime de direito privado.

[...]

**Assim, reputar tal dispositivo inconstitucional, com a devida vênia, seria sobremodo incoerente com a chancela do marco legal das Organizações Sociais, porquanto o fator tempo na opção política pelo modelo de fomento – se simultaneamente ou após a edição da Lei, portanto – não parece ser de qualquer modo relevante para aferir a sua conformidade com a Constituição<sup>89</sup>.**

No que tange a obrigatoriedade de licitação para qualificação de uma entidade privada como Organização Social, o voto do Ministro parte da premissa que trata-se de juízo discricionário de qualificação, na qual deve-se ser afastada a incidência do art. 37, XXI, da CF. Ademais, para ele, a qualificação é apenas uma atribuição de um título jurídico de legitimação da entidade e não uma contratação propriamente dita:

<sup>89</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Adin nº 1.923 - DF*. Ministro LUIZ FUX. Julgamento: 19.05.2011, Publicação: DJE e DOU 27.05.11, p. 13-21 (grifo nosso).

Em primeiro lugar, deve ser afastada a incidência do art. 37, XXI, da CF quanto ao procedimento de qualificação como OS, porquanto tal ato não se configura como contratação no sentido próprio do termo. É que não ocorre, em tal hipótese, a contraposição de interesses, com feição comutativa e com intuito lucrativo, que consiste no núcleo conceitual da figura do contrato administrativo, conforme aponta a doutrina e conforme já ressaltado pelo voto do ilustre Min. Relator. Ao contrário, **a qualificação consiste em uma etapa inicial, embrionária, pelo deferimento do título jurídico de “organização social”, para que Poder Público e particular colaborem na realização de um interesse comum, que consiste na prestação de serviços sociais para a população.**

[...]

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

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

[...]

Assim, o procedimento de qualificação fica condicionado (i) à satisfação dos requisitos do inc. I e (ii) à conveniência e oportunidade do Poder Executivo. Como não se ignora, conveniência e oportunidade são termos que atribuem ao administrador o exercício da cognominada competência discricionária, conferindo-lhe uma margem de concretização do interesse público à luz das particularidades de cada caso, flexibilizando sua atuação, ao menos em parte, das amarras de uma disciplina legal rigidamente pré-estabelecida. Discricionariedade, porém, não pode significar arbitrariedade, de modo que o exame da conveniência e da oportunidade na qualificação não deve ser levado a cabo por mero capricho. **Conforme a doutrina contemporânea tem salientado, mesmo nos casos em que há competência discricionária deve o administrador público decidir observando a principiologia constitucional, em especial os princípios da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (CF, art. 37, caput).**

[...]

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

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

**motivação dos atos administrativos, como elemento da necessária controlabilidade dos atos do poder público<sup>90</sup>.**

Com relação à necessidade de realização de licitação para celebração de contrato de gestão, afasta o Ministro essa exigência, por entender que não é um contrato administrativo, mas “ajuste de cooperação”, semelhante ao convênio, caracterizado pela conjugação de esforços para o atingimento de um objetivo comum aos interessados, devendo para tanto, a Administração sempre observar os princípios constitucionais.

Assim, impõe-se que o Poder Público conduza a celebração do contrato de gestão por um procedimento público impessoal e pautado por critérios objetivos, ainda que sem os rigores formais da licitação:

Tampouco aqui, porém, cabe falar em incidência do dever constitucional de licitar, já que o contrato de gestão não consiste, a rigor, em contrato administrativo, mas sim em um convênio. Com efeito, no núcleo da figura dos convênios está a conjugação de esforços para o atingimento de um objetivo comum aos interessados: há plena harmonia entre as posições subjetivas, que buscam um negócio verdadeiramente associativo, e não comutativo, voltado para um fim compartilhado.

[...]

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

[...]

**Assim, embora não submetido formalmente à licitação, a celebração do contrato de gestão com as Organizações Sociais deve ser conduzida de forma pública, impessoal e por critérios objetivos, como consequência da incidência direta dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública.** Por identidade de razões, mesmo a dispensa de licitação instituída no art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93 deve observar os princípios constitucionais.

[...]

Ou seja, **a finalidade da dispensa criada pela Lei nº 9.648/98, ao incluir o inc. XXIV no art. 24 da Lei nº 8.666/93, foi fomentar a atuação de organizações sociais que já ostentem, à época da contratação, o título de qualificação, e que por isso sejam reconhecidamente colaboradoras do Poder Público no desempenho dos deveres constitucionais de atuação nos serviços sociais.** É a própria finalidade de fomento, portanto, prevista nos arts. 174, 199, § 2º, e 213 da CF, que legitima a nova hipótese de dispensa,

<sup>90</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Adin nº 1.923 - DF*. Ministro LUIZ FUX. Julgamento: 19.05.2011, Publicação: DJE e DOU 27.05.2011, p. 21-25 (grifo nosso).

como concretização de um tratamento desigual fundado em critério objetivo e razoável de desequilíbrio, como meio de atingir uma finalidade constitucional – a prestação eficiente dos serviços sociais.

E veja-se que é a mesma justificativa que permite concluir também pela validade do art. 12, § 3º, da Lei n 9.637/98, ao dispensar a licitação para a permissão de bens públicos para as Organizações Sociais, porquanto presente a lógica do fomento, com a função regulatória das contratações públicas<sup>91</sup>.

Sob o prisma da contratação de serviços por Organizações Sociais com uso de verba pública, o Ministro Luiz Fux entende que elas não estão obrigadas a licitar para contratar terceiros, uma vez que não fazem parte da Administração Pública. Contudo, as OSs devem estar sujeitas aos princípios da Administração Pública, de modo que as suas contratações devem estar em consonância com o disposto em regulamento próprio, que fixa regras objetivas e pessoais para uso de recurso público. Vejamos:

As organizações sociais, como já dito, não fazem parte da Administração Pública Indireta, figurando no Terceiro Setor. Possuem, com efeito, natureza jurídica de direito privado (Lei nº 9.637/98, art. 1º, caput), sem que sequer estejam sujeitas a um vínculo de controle jurídico exercido pela Administração Pública em suas decisões. Não são, portanto, parte do conceito constitucional de Administração Pública. No entanto, **o fato de receberem recursos públicos, bens públicos e servidores públicos há de fazer com que seu regime jurídico seja minimamente informado pela incidência do núcleo essencial dos princípios da Administração Pública (CF, art. 37, caput), dentre os quais se destaca a impessoalidade.**

Isso significa que as Organizações Sociais não estão sujeitas às *regras* formais dos incisos do art. 37, de que seria exemplo a regra da licitação, mas sim apenas à observância do *núcleo essencial dos princípios* definidos no *caput*.

[...]

Assim, a conciliação desses vetores leva justamente ao que dispõe o art. 4º, VIII, da Lei nº 9.637/98, segundo o qual o Conselho de Administração da OS deve “*aprovar por maioria, no mínimo, de dois terços de seus membros, o regulamento próprio contendo os procedimentos que deve adotar para a contratação de obras, serviços, compras e alienações e o plano de cargos, salários e benefícios dos empregados da entidade*”. Ou seja, embora não façam formalmente licitação, *tais entidades devem editar um regulamento próprio para contratações, fixando regras objetivas e pessoais para o dispêndio de recursos públicos. Desta forma, há plena conciliação do conteúdo dos princípios constitucionais com a flexibilidade inerente ao regime de direito privado, que não se harmonizaria com a submissão pura e simples ao procedimento da Lei n 8.666/93, reconhecidamente formal, custoso e pouco célere*<sup>92</sup>.

Ainda, para o Ministro Fux, os empregados da OS não são considerados servidores públicos, mas sim empregados privados, motivo pelo qual a base de sua remuneração deve ser fixada no

<sup>91</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Adin 1.923-DF*. Ministro LUIZ FUX. Julgamento: 19.05.2011, Publicação: DJE e DOU 27.05.2011, p. 26-30 (grifo nosso).

<sup>92</sup> Idem., p. 30-31.

contrato de trabalho, firmado consensualmente. Assim, a seleção de pessoal sem concurso público e a fixação do salário dos empregados/dirigentes de forma consensual não afronta a Constituição Federal, desde que exigidas regras impessoais e objetivas.

Quanto aos servidores públicos cedidos às Organizações Sociais, o Ministro em questão sustenta que o artigo 14, parágrafos 1º e 2º, não vislumbra qualquer afronta aos arts. 37, X e 169, parágrafo 1º da CF, haja vista que apenas condicionam ao princípio da legalidade os pagamentos aos servidores públicos, realizados por entidades da Administração Pública Direta e Indireta:

Com efeito, e com a devida vênia dos que pensam em sentido contrário, não há como vislumbrar qualquer violação, na Lei das Organizações Sociais, aos princípios constitucionais que regem a remuneração dos servidores públicos. **Os empregados das Organizações Sociais não são servidores públicos, mas sim empregados privados. Por isso, sua remuneração não deve ter base em lei, mas sim nos contratos de trabalho firmados consensualmente. Já o procedimento de seleção de pessoal, da mesma forma como a contratação de obras e serviços, deve, sim, ser posto em prática de modo impessoal e objetivo, porém sem os rigores do concurso público.**

[...]

O que há de se exigir é a observância de impessoalidade e de objetividade na seleção de pessoal, conforme regulamento próprio, mas não a submissão ao procedimento formal do concurso público, devendo ser interpretada nesse sentido a parte final do art. 4º, VIII, da Lei, ao falar em regulamento próprio contendo plano de cargos dos empregados.

**Em relação aos servidores públicos cedidos, não há qualquer violação à Constituição.** A lei preserva a remuneração a que o cargo faz jus no órgão de origem, conforme o art. 14, § 3º, da Lei. Os que tiverem direito, nas hipóteses restritas em que aplicáveis, às regras da paridade e da integralidade no sistema previdenciário, deverão ter como paradigma os cargos dos órgãos de origem, e não o que lhes era pago de forma transitória na organização social. E isso se impõe, ademais, porquanto não há sequer previsão para que, quanto às verbas pagas transitoriamente pelas organizações sociais, seja paga, pela Organização Social, a denominada contribuição patronal (CF, art. 149, §1º), o que seria indispensável para a manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial que, à luz do art. 40, caput, da CF, deve presidir o regime próprio de previdência dos servidores públicos.

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

[...]

Assim, embora a própria Lei nº 9.637/98 já pudesse ser lida, em teoria, como uma autorização legislativa para o pagamento das referidas verbas, a verdade é que a natureza jurídica das OS's, componentes do Terceiro Setor, afasta a necessidade de previsão em lei para o pagamento de verbas ainda que para os servidores cedidos. Entender de modo contrário consubstanciaria, na realidade, uma verdadeira autarquização das organizações sociais, afrontando a própria lógica de eficiência e de flexibilidade que inspiraram a criação do modelo<sup>93</sup>.

Finalmente, no que se refere ao controle exercido pelo Tribunal de Contas e Ministério Público, o Ministro em questão afasta qualquer aceção que limite a atuação desses órgãos. Pelo fato dessas organizações sociais receberem recursos públicos, estão submetidas ao controle desses dois órgãos.

Entendeu que o termo “privativo” constante no art. 4º da Lei das OS, diz respeito somente a estrutura interna da OS, não possuindo o condão de afastar a competência delimitada constitucionalmente para a atuação do Tribunal de Contas e Ministério Público:

Ao contrário do que aduzem os autores, **também não há afastamento do controle do Tribunal de Contas pela Lei impugnada acerca da aplicação de recursos públicos.** O termo “privativo”, ao tratar, no art. 4º da Lei, das competências do Conselho de Administração, diz respeito apenas à estrutura interna da organização social, sem afastar, como sequer poderia, o âmbito de competência delimitado constitucionalmente para a atuação do Tribunal de Contas (CF, art. 70, 71 e 74). **Além disso, as Organizações Sociais estão inequivocamente submetidas ao sancionamento por improbidade administrativa, caso façam mau uso dos recursos públicos.** A própria Lei nº 9.637/98 faz menção a diversas formas de controle e de fiscalização, conforme se infere da redação dos arts. 2º, I, f, 4º, IX e X, 8º, §§ 1º, 2º e 3º, art. 9, e art. 10. **De outro lado, não há igualmente restrição à atuação do Ministério Público, já que o art. 10 só menciona um dever de representação pelos responsáveis pela fiscalização, o que não impede, evidentemente, a atuação de ofício do parquet no controle da moralidade administrativa à luz dos arts. 127 e seguintes da Constituição Federal**<sup>94</sup>.

Sendo assim, o Ministro Luiz Fux julgou parcialmente a ação, para conferir interpretação conforme a Constituição Federal, dos diplomas legais questionados na ADIN.

<sup>93</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Adin 1.923-DF*. Ministro LUIZ FUX. Julgamento: 19.05.2011, Publicação: DJE e DOU 27.05.2011, p. 32-34. (grifo nosso)

<sup>94</sup> Idem., p. 32-34. (grifo nosso)

### 5.3 – Análise crítica dos votos

Os votos dos Ministro Ayres Britto e do Ministro Luiz Fux, revelam uma convergência de entendimento no que tange aos diversos aspectos dessa relação jurídica, cabendo destacar, em apertada síntese, a compreensão comum no sentido de que:

- a) a atuação das entidades privadas sem fins lucrativos, na esfera dos *serviços públicos sociais* se dá de modo complementar, sem que isso importe na substituição da prestação direta dos serviços públicos sociais a cargo do Estado pela prestação indireta, mediante o fomento, na forma delineada pelo Texto Constitucional. Nas palavras do Ministro Ayres Britto, tais serviços são de *titularidade estatal não exclusiva*, ou ainda, de acordo com o voto do Ministro Luiz Fux, *serviços sociais não privativos*;
- b) o contrato de gestão possui típica natureza jurídica de convênio (figura clássica), com todas as características inerentes a este tipo de ajuste (*apesar de que hoje não mais se encarta a figura clássica dos convênios para fins de celebração de parcerias entre órgãos públicos e organizações de terceiro setor, por força da Lei nº 13.019/2014*);
- c) as exigências de procedimentos (i) de qualificação da entidade, (ii) para a celebração do contrato de gestão e (iii) para a dispensa de licitação para contratações (Lei 8.666/93, artigo 24, XXIV) e de outorga de permissão de uso de bem público (Lei nº 9.637/98, artigo 12, parágrafo 3º) conduzidos de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do artigo 37 da CF;
- d) o procedimento para a celebração de contratos pela Organização Social com terceiros, com recursos públicos, bem como o procedimento para a seleção de pessoal pelas Organizações Sociais sejam conduzidos de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do artigo 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade;
- e) seja afastada qualquer interpretação que restrinja o controle, pelo Ministério Público e pelo TCU, da aplicação de verbas públicas.

Por outro lado, parece-nos que os votos também trazem em si paradoxos que merecem redobrada atenção. Nas palavras de Luis Eduardo Patrone Regules e Alberto Shinji Higa:

Quando se extrai do voto do Ministro Fux, o entendimento de que, embora se reconheça, de início, a atuação complementar das organizações da sociedade civil, mediante a atividade administrativa de fomento - portanto de cunho não

substitutiva à atuação direta do Estado por meio da prestação de serviços públicos - posteriormente o precedente parece reduzir o espectro de tal premissa na medida em que confere aos agentes democraticamente eleitos a opção entre a atuação direta (prestação de serviços públicos pelo Poder Público) ou a atuação indireta (prestação dos serviços públicos sociais por meio da atividade administrativa de fomento), legitimando assim essa decisão pela via do critério do resultado.

Em outras palavras, ao se admitir, repise-se, que compete aos agentes democraticamente eleitos a definição da proporção entre a atuação direta e a indireta, fundamentalmente pelo critério do resultado, estaria a se aceitar, por exemplo, a prestação de serviços públicos de saúde e educação diretamente pelo Estado numa proporção de 10%, reservando 90% para a execução indireta, por meio das organizações sociais, mediante atividade de fomento, desde que atendidos os resultados almejados. Ao se elevar ao extremo referido critério, revelar-se-á uma subversão da lógica constitucional da atuação complementar da sociedade civil nestes campos. Este ponto, portanto, mereceria reflexão mais detida à luz do próprio Texto Constitucional<sup>95</sup>.

Outro paradoxo que pode ser extraído diz respeito ao entendimento do Ministro Britto de que os serviços prestados pelo Estado em parceria com particulares teriam natureza pública. Nas palavras de Rubens Naves:

Apesar de ele fazer a afirmação diferente em outro trecho – quando diz que “se prestadas pela iniciativa privada, óbvio que são atividades privadas, porém sob o timbre da relevância pública” – abre-se uma brecha para a interpretação segundo a qual as organizações sociais submetem-se ao regime jurídico de direito público. Esse risco aumenta se verificada outra passagem, em que o ministro afirma que “se aplicam os princípios da Administração Pública na execução do contrato de gestão”. O Ministro Britto, entretanto, não desenvolve essas afirmações de modo dirimir dúvidas quanto à sua aplicação na prática. Fux, por sua vez, afirma que “as organizações sociais, por receberem recursos, bens e/ou servidores, estão sujeitas aos princípios da Administração Pública [...] na qual deve ser compatibilizada com as características mais flexíveis do setor privado”, mas como o texto não esclarece plenamente essa afirmação, abre-se também a possibilidade de interpretação conservadora, algo que pode justificar exigências incompatíveis com o modelo das OS por parte dos órgãos de controle<sup>96</sup>.

Outro ponto divergente é com relação a possibilidade de servidores públicos cedidos às OS receberem vantagens pecuniárias especiais. Para o Ministro Britto, não é possível qualquer forma de subsídio adicional, sob o argumento de que isso somente pode ser feito por meio de lei. Ao contrário do Relator, o Ministro Fux não identificou inconstitucionalidade.

<sup>95</sup> REGULES, Luis Eduardo Patrone; HIGA, Alberto Shinji. *Supremo definiu elementos indispensáveis para legalidade das OSs*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jun-23/stf-definiu-elementos-indispensaveis-legalidade-oss>. Acesso em: 04.08.2015.

<sup>96</sup> NAVES, Rubens. *Organizações sociais – A construção do modelo*, p. 51.

Enfim, apesar de alguns pontos divergentes, ambos os votos reconheceram a constitucionalidade dos aspectos fundamentais da Lei nº 9.637/98 e do modelo das OS.

#### **5.4 – Julgamento da ADIN nº 1.923 - STF**

A apreciação da ADIN nº 1.923 era muito aguardada pelos estudiosos da matéria do Terceiro Setor, uma vez que o seu julgamento poderia alterar de forma impactante o trato jurídico da relação entre o Estado e as Organizações Sociais.

Sob tal perspectiva, a leitura atenta do acórdão do STF revela não apenas avanços no tocante à temática proposta, mas, também, acena para certas fragilidades e paradoxos que bem evidenciam o longo caminho a ser percorrido para adequada disciplina das parcerias entre a Administração Pública e as Organizações Sociais.

Assim, após 17 (dezesete) anos em tramitação, em abril de 2015, na sessão plenária, por votação majoritária, a Corte do Supremo Tribunal Federal julgou parcialmente procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923, dando interpretação conforme a Constituição às normas que dispensam licitação em celebração de contratos de gestão firmados entre o Poder Público e as Organizações Sociais para a prestação de serviços públicos de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação ao meio ambiente, cultura e saúde.

Foi decidido pela validade da prestação de serviços públicos não exclusivos por Organizações Sociais em parceria com o poder público, desde que, a celebração de contrato de gestão com tais entidades seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública (caput do artigo 37).

Dos 09 (nove) Ministros que participaram do julgamento, 07 (sete) reconheceram a constitucionalidade do modelo, tendo como voto condutor da ação o do Ministro Luiz Fux, seguidos pelos Ministros Teori Zavascki, Carmen Lúcia, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski. Votaram em sentido diverso, pela procedência parcial da ADIN, os Ministros Marco Aurélio e Rosa Weber. Vejamos a decisão da Corte:

**Decisão:** O Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente o pedido, apenas para conferir **interpretação conforme à Constituição à Lei nº 9.637/98 e ao art. 24, XXIV da Lei nº 8.666/93, incluído pela Lei nº 9.648/98, para que:** (i) o procedimento de qualificação seja conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da Constituição Federal, e de acordo com parâmetros fixados em abstrato segundo o que prega o art. 20 da Lei nº 9.637/98; (ii) a celebração do contrato de gestão seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da Constituição Federal; (iii) as hipóteses de dispensa de licitação para contratações (Lei nº 8.666/93, art. 24, XXIV) e outorga de permissão de uso de bem público (Lei nº 9.637/98, art. 12, § 3º) sejam conduzidas de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da Constituição Federal; (iv) os contratos a serem celebrados pela Organização Social com terceiros, com recursos públicos, sejam conduzidos de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da Constituição Federal, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; (v) a seleção de pessoal pelas Organizações Sociais seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; e (vi) para afastar qualquer interpretação que restrinja o controle, pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Contas da União, da aplicação de verbas públicas, nos termos do voto do Ministro Luiz Fux, que redigirá o acórdão, vencidos, em parte, o Ministro Ayres Britto (Relator) e, julgando procedente o pedido em maior extensão, os Ministros Marco Aurélio e Rosa Weber. Não votou o Ministro Roberto Barroso por suceder ao Ministro Ayres Britto. Impedido o Ministro Dias Toffoli. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 16.04.2015<sup>97</sup>.

Não há dúvidas de que a “interpretação conforme” adotada pelo Plenário do STF sinaliza avanços na temática do relacionamento entre Estado e Terceiro Setor, num patamar que melhor se ajusta aos princípios republicanos, especialmente se considerarmos as fragilidades da legislação infraconstitucional sobre a matéria. Não obstante há de se reconhecer que parcela significativa dos procedimentos indicados no acórdão já vinha sendo incorporada, ainda que de forma esparsa e progressiva, pelo ordenamento jurídico pátrio.

Contudo, apesar das dúvidas e incertezas decorrentes dos modelos de parceria entre o Poder Público e as organizações da sociedade civil serem reduzidas, dificilmente serão erradicadas. Neste sentido, sem olvidar do respeitável entendimento de parcela da doutrina no sentido da inconstitucionalidade deste modelo, a decisão do STF na ADIN nº 1.923 busca atender a certos critérios fundamentais que encontram assento na própria Carta Magna.

<sup>97</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Adin 1.923 - DF*. Julgamento: 16.04.2015, Publicação: DJE e DOU 04.05.2015, p. 32-34. (grifo nosso)

Nas palavras de Luis Eduardo Patrone Regules e Alberto Shinji Higa:

Importante lembrar que a Constituição é o que a Suprema Corte diz que ela é, na visão propagada no direito norte-americano. Logo, nos parece que este momento revela-se favorável para que se aplique o entendimento do STF sobre a matéria em sua profundidade, valorizando-se justamente os aspectos tão relevantes ao direito público e que decorrem da Carta de 1988, como os princípios da impessoalidade, da publicidade, da objetividade nos julgamentos de propostas. Enfim, são elementos nucleares e indispensáveis para a legalidade e a legitimidade de qualquer modelo de parceria e que podem resgatar o que vislumbramos de mais vigoroso no princípio republicano, que é a eliminação ou, ao menos, a sensível redução dos privilégios e dos atos discriminatórios cuja existência atenta contra a igualdade fundamental, como bem lecionava o saudoso professor Geraldo Ataliba, práticas essas que não mais possuem espaço no estágio civilizatório em que vivemos<sup>98</sup>.

O resultado do julgamento é muito positivo, pois reforça a percepção de que a gestão de serviços sociais e atividades de relevância pública em parceria com o terceiro setor é um caminho necessário e constitucionalmente adequado. Sem dúvidas, a decisão traz maior segurança jurídica para a atuação das entidades qualificadas como Organizações Sociais, e que celebram parcerias com a Administração Pública através do instrumento jurídico Contrato de Gestão.

---

<sup>98</sup> REGULES, Luis Eduardo Patrone; HIGA, Alberto Shinji. *Supremo definiu elementos indispensáveis para legalidade das OSs*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jun-23/stf-definiu-elementos-indispensaveis-legalidade-oss>. Acesso em: 04.08.2015.



Administração Pública Federal, do Distrito Federal, dos Estados e Municípios, o que por sua vez, não exclui a competência dos entes federados em editar as normas *específicas* e *regulamentar a legislação geral*.

### **6.1 - Importantes alterações trazidas pela Lei nº 13.019, de 31 de Julho de 2.014**

A Lei nº 13.019/2.014 estava prevista para entrar em vigor 90 (noventa) dias após a sua publicação oficial. Ocorre que, considerando as grandes inovações trazidas por ela, foi editada a Medida Provisória nº 658, de 29 de Outubro de 2.014, convertida em Lei nº 13.102, de 26 de fevereiro de 2.015, na qual prorrogou o prazo da *vacatio legis* para 360 (trezentos e sessenta) dias.

O principal argumento trazido na exposição de motivos da citada Medida Provisória, pelas diversas manifestações apresentadas ao Governo Federal foi:

Assegurar o amplo conhecimento das novas regras trazidas pela norma e permitir em tempo hábil as adequações estruturais necessárias tanto pela administração pública federal, estadual, municipal e do distrito federal, quanto pelas organizações da sociedade civil.

Em síntese, o argumento de que o prazo de 90 (noventa) dias, previsto em lei, é insuficiente para que os entes se adaptem as novas regras tem fulcro no tamanho do impacto e na necessidade de adaptação às novas normas, o que exige mudanças nas legislações próprias, nas estruturas administrativas dos governos, além da forma de gestão e registro dos atos e informações, que terão que ser em plataforma eletrônica<sup>100</sup>.

Novamente, através da Medida Provisória nº 684, de 21 de julho de 2.015, foi prorrogado o prazo para entrada em vigor da Lei 13.019/14, para 540 (quinhentos e quarenta) dias após a sua publicação, o que ocorrerá apenas em Janeiro de 2.016. Abaixo, os argumentos trazidos na exposição de motivos pelos Ministros Miguel Rossetto e Nelson Barbosa:

No texto legal sancionado, o prazo de *vacatio legis* previsto, de apenas 90 dias, foi considerado na prática bastante curto, o que ensejou a mobilização de diversos órgãos e entidades públicas e representantes da sociedade civil que, por meio de ofícios encaminhados ao Governo Federal, manifestaram formalmente o pleito pela extensão do prazo para a entrada em vigor do novo marco regulatório, culminando com a edição da Medida Provisória nº 658, de

<sup>100</sup> CARVALHO, Gilberto; HAGE SOBRINHO, Jorge; CAMPELLO, Tereza e BELCHIOR, Miriam. *EMI nº 00017/2014 SG CGU MDS MP Brasília*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2014/Mpv/mpv658.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Mpv/mpv658.htm). Acesso em: 07.08.2015.

29 de outubro de 2014, convertida na Lei nº 13.102, de 26 de fevereiro de 2015, que dilatou o prazo para 360 dias a contar da publicação da Lei 13.019, de 31 de julho de 2014. Ainda assim, revelou-se insuficiente o prazo fixado, tendo em vista a necessidade de adequações estruturais complexas, tanto por parte da administração pública, nas esferas federal, estadual, municipal e do Distrito Federal, quanto pelas organizações da sociedade civil. [...]

O novo regramento aprovado pelo Congresso Nacional consubstancia uma norma de caráter estruturante e de abrangência nacional e que, portanto, demanda tempo de adaptação. Dessa forma, a extensão do prazo proposta é fundamental para que essa nova arquitetura jurídica e institucional se desenvolva de forma estruturada, com tempo hábil para a sua compreensão e efetiva adequação por todos os atores envolvidos<sup>101</sup>.

Diante dessa leitura, percebemos que a referida legislação tem causado grande alvoroço, dúvidas e até uma certa ansiedade nas próprias Organizações da Sociedade Civil e nos gestores públicos.

Sendo assim, passaremos agora a analisar algumas importantes alterações trazidas por essa nova legislação:

#### a) Instrumentos Jurídicos: Convênio, Termo de Colaboração e Termo de Fomento

Uma das mais importantes novidades trazidas pela nova legislação diz respeito aos convênios, uma vez que essa figura jurídica ficará adstrita a parcerias *entre os entes federados*, de modo que não mais subsistirão convênios entre o Poder Público e os particulares.

É válido transcrever o dispositivo que cuida deste aspecto:

Art. 84. Salvo nos casos expressamente previstos, não se aplica às relações de fomento e de colaboração regidas por esta Lei o disposto na Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, e na legislação referente a convênios, que ficarão restritos a parcerias firmadas entre os entes federados.

Parágrafo único. Os convênios e acordos congêneres vigentes entre as organizações da sociedade civil e a administração pública na data de entrada em vigor desta Lei serão executados até o término de seu prazo de vigência, observado o disposto no art. 83.

Assim, o Convênio deixa de ser um instrumento facilitador, de tal modo que os repasses se farão pelos novos instrumentos: Termo de Colaboração ou Termo de Fomento.

<sup>101</sup> ROSSETO, Miguel e BARBOSA, Nelson. *EMI nº 0005/2015 SG MP. Brasília*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Mpv/mpv684.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Mpv/mpv684.htm#art1). Acesso em: 07.08.2015.

Tais instrumentos se distinguem pois, enquanto no *Termo de Colaboração* o plano de trabalho é proposto pela Administração Pública, no caso do *Termo de Fomento* o plano de trabalho é proposto pela Organização da Sociedade Civil. É o que prevê os artigos 16 e 17:

Art. 16. O termo de colaboração deve ser adotado pela administração pública em caso de transferências voluntárias de recursos para consecução de planos de trabalho propostos pela administração pública, em regime de mútua cooperação com organizações da sociedade civil, selecionadas por meio de chamamento público, ressalvadas as exceções previstas nesta Lei.

Parágrafo único. Os conselhos de políticas públicas poderão apresentar propostas à administração pública para celebração de termo de colaboração com organizações da sociedade civil.

Art. 17. O termo de fomento deve ser adotado pela administração pública em caso de transferências voluntárias de recursos para consecução de planos de trabalho propostos pelas organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação com a administração pública, selecionadas por meio de chamamento público, ressalvadas as exceções previstas nesta Lei.

Para a formalização dos Termos de Colaboração ou de Fomento foram previstos inúmeros requisitos nos artigos 33 a 38, tanto por parte da Organização da Sociedade Civil como por parte da Administração Pública, dentre os quais: a qualificação jurídica, documentos relativos à regularidade fiscal, aprovação do regulamento de compras, cronograma de desembolso, e por parte da Administração Pública, parecer jurídico, designação do gestor da parceria, além de previsão sobre o destino dos bens remanescentes da parceria.

E, similarmente ao exigido pela Lei nº 8.666/1.993, o Termo de Fomento e o Termo de Colaboração somente produzirão efeitos jurídicos após a publicação dos respectivos extratos no meio oficial de publicidade da Administração Pública.

Resumindo, após a edição do novo estatuto, os possíveis ajustes, tratando-se de repasses ao Terceiro Setor são:

- i. Termos de Colaboração ou de Fomento (independentemente do formato jurídico da entidade - regra geral);*
- ii. Contratos de Gestão (Organizações Sociais); e,*
- iii. Termos de Parceria (Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público).*

**b) Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs)**

A nova lei introduziu ainda, algumas importantes alterações na mencionada Lei nº 9.790, de 23 de março de 1.999 (Lei das OSCIPs).

A primeira delas é a previsão de que o novo regramento aplica-se, no que couber, às relações da Administração Pública com entidades qualificadas como OSCIPs. Sem adentrar na possível crítica quanto à generalidade do termo “no que couber”, parece-nos que, de agora em diante, além do diploma próprio, a Lei nº 9.790/99, as OSCIPs devem, também, observar o novo regime.

A segunda, bastante salutar, diz respeito a um importante requisito: de agora em diante, para se qualificar como OSCIP, a entidade deve estar em funcionamento há mais de 03 (três) anos<sup>102</sup>.

A terceira cuida da necessidade de uma série de documentos na prestação de contas relativa aos Termos de Parceria<sup>103</sup>, preenchendo uma lacuna do diploma próprio.

E por fim, ao contrário das específicas qualificações exigidas pelas leis das OSs e OSCIPs, as quais definem as finalidades exclusivamente necessárias para obtenção do título de OS ou OSCIP, a nova norma não exigiu qualificação ou título específico, bastando que as entidades tenham, conforme o artigo 1º, finalidade de *interesse público*, e, bem assim, contemplem em seus estatutos normas que disponham sobre objetivos voltados à promoção de atividades de *relevância pública e social*, conforme o inciso I do artigo 33.

<sup>102</sup> Art. 85. O art. 1o da Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 1o Podem qualificar-se como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público as pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos que tenham sido constituídas e se encontrem em funcionamento regular há, no mínimo, 3 (três) anos, desde que os respectivos objetivos sociais e normas estatutárias atendam aos requisitos instituídos por esta Lei.”

<sup>103</sup> Art. 86. A Lei no 9.790, de 23 de março de 1999, passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 15-A e 15-B:

“Art. 15-A. (VETADO).”

“Art. 15-B. A prestação de contas relativa à execução do Termo de Parceria perante o órgão da entidade estatal parceira refere-se à correta aplicação dos recursos públicos recebidos e ao adimplemento do objeto do Termo de Parceria, mediante a apresentação dos seguintes documentos:

I - relatório anual de execução de atividades, contendo especificamente relatório sobre a execução do objeto do Termo de Parceria, bem como comparativo entre as metas propostas e os resultados alcançados;  
 II - demonstrativo integral da receita e despesa realizadas na execução;  
 III - extrato da execução física e financeira;  
 IV - demonstração de resultados do exercício;  
 V - balanço patrimonial;  
 VI - demonstração das origens e das aplicações de recursos;  
 VII - demonstração das mutações do patrimônio social;  
 VIII - notas explicativas das demonstrações contábeis, caso necessário;  
 IX - parecer e relatório de auditoria, se for o caso.”

### c) Chamamento Público

Outra inovação da norma, prevista nos artigos 23 a 32, diz respeito à necessidade de que as entidades interessadas passem por processo de seleção denominado *Chamamento Público*, com uma série de regras próprias, e publicação em sítio eletrônico, havendo, inclusive, hipóteses em que esse procedimento é dispensado ou considerado inexigível.

Anteriormente, na ausência de regras claras, muito órgãos públicos firmavam convênios diretamente com certas organizações, sem passar por um processo público de escolha. Agora, os entes governamentais serão obrigados a abrir processo de *chamamento público*, e as organizações e seus projetos têm que se inscrever para serem selecionados, privilegiando, desta forma, a transparência e a isonomia no processo de seleção e acesso aos recursos públicos.

Os principais *requisitos* para participação do Chamamento Público são:

- i. A entidade deve ter no mínimo 3 anos de existência;*
- ii. Necessidade de “experiência prévia” na realização do objeto da parceria ou de natureza semelhante; e,*
- iii. Capacidade técnica e operacional para o desenvolvimento das atividades previstas e o cumprimento das metas estabelecidas.*

Finalizado o procedimento de seleção, o Poder Público deverá celebrar *Termo de Colaboração* ou *Termo de Fomento* com a Organização da Sociedade Civil vencedora, *independente da exigência de títulos ou certificados*.

De acordo com as novas regras, também não poderão celebrar parcerias: os clubes, as associações de servidores, os partidos políticos ou entidades similares.

### d) Obrigatoriedade de elaboração de regulamento próprio de compras

No tocante às compras e à contratação de serviços com recursos públicos repassados, o novo texto normativo federal, dando continuidade ao previsto nos diplomas antes existentes, Lei nº 9.637/98 (OS), Lei nº 9.790/99 (OSCIP) e artigo 24, XXIV da Lei nº 8.666/93, previu que, para a celebração das parcerias previstas na lei, as OSC deverão apresentar regulamento próprio, ou

de terceiros, para suas compras e contratações e, salvo nos casos expressamente previstos, o disposto na Lei nº 8.666/93 não se aplica às relações de fomento e de colaboração.

É evidente que se trata de avanço em relação aos convênios, aos quais sequer era exigido regulamento próprio; todavia, o legislador perdeu a oportunidade de impor um controle mais rígido sobre as despesas das OSC, pois estão livres de realizar procedimento licitatório nos moldes da Lei nº 8.666/93 para a compra de bens e contratação de seus serviços.

Em outras palavras, repassado o recurso, a entidade pode gastar de acordo com sua regra própria, que, certamente, muito se distanciará da severidade da Lei de Licitações.

Mas o procedimento de compras não está completamente à deriva, pois deverá ser aprovado pelo Poder Público e, ao menos, deverá observar princípios constitucionais.

É o que dispõe o inciso V, alínea “i”, do artigo 35, ao prever que a celebração e a formalização do termo de colaboração e de fomento, dependerão da emissão de parecer de órgão técnico da administração pública, que deverá pronunciar-se, de forma expressa, a respeito da aprovação do regulamento de compras e contratações apresentado pela Organização da Sociedade Civil, demonstrando a compatibilidade entre a alternativa escolhida e a natureza e o valor do objeto da parceria, a natureza e o valor dos serviços, e as compras passíveis de contratação, conforme aprovado no plano de trabalho.

E, também, o artigo 43, ao estabelecer que as contratações de bens e serviços, feitas com uso de recursos públicos, deverão observar os princípios da legalidade, moralidade, boa-fé, probidade, impessoalidade, economicidade, eficiência, isonomia, publicidade, razoabilidade e julgamento objetivo, e a busca da qualidade e durabilidade, e que poderá ser realizado mediante sistema eletrônico disponibilizado pela própria Administração Pública.

É indubitável que a imposição de edição de regulamento próprio para compras e contratação de serviços merece elogio, pois sequer era exigido quando da celebração de convênios, sendo obrigatório tão somente para Organizações Sociais – OS, que firmam Contratos de Gestão e para Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIPs, que celebram Termos de Parceria.

#### e) Equipe de Trabalho

Também se mostra positiva a previsão contida no artigo 47, § 3º, no sentido de que a *seleção e a contratação da equipe* envolvida na execução do ajuste deverão observar os princípios da Administração Pública previstos no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, evidentemente com a finalidade de se evitar contratações desmotivadas, e na tentativa de aprimorar os mecanismos de contratação de pessoal das entidades.

Ainda, no tocante à equipe que executará o plano de trabalho, a nova legislação trouxe uma questão interessante em relação aos valores de suas remunerações: tornou obrigatória a obediência a uma série de regras e limites, dentre os quais: a imposição de um *teto salarial*, qual seja remuneração não superior ao teto do Poder Executivo, e que seja compatível com o valor de mercado e proporcional ao tempo de trabalho dedicado à parceria (artigo 46, I, “b” e “c”).

#### f) Controle Interno

O diploma também conferiu maior prestígio ao controle interno, uma vez que o artigo 58 dispõe sobre a possibilidade de inspeção “*in loco*” pela Administração Pública para fins de monitoramento e avaliação do cumprimento do objeto.

O artigo 61 trata das obrigações do gestor no que concerne à fiscalização e a execução da parceria, inclusive com o dever de informar eventuais indícios de irregularidades na gestão da parceria; os artigos 63 e 64 estabelecem normas gerais para a prestação de contas com descrição pormenorizada das atividades realizadas e a comprovação do alcance das metas e dos resultados esperados; o artigo 67 trata dos requisitos do parecer técnico; e, o artigo 70 estabelece as hipóteses e prazos de saneamento das irregularidades ou omissões na prestação de contas.

Merece destaque o artigo 72, que em muito se assemelha ao disposto no artigo 33 da Lei Complementar nº 790/1993 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo), ao prever as possíveis conclusões quanto às prestações de contas, sendo válido reproduzir o dispositivo:

Art. 72. As prestações de contas serão avaliadas:

I - regulares, quando expressarem, de forma clara e objetiva, a exatidão dos demonstrativos contábeis, a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos atos de gestão do responsável;

II - regulares com ressalva, quando evidenciarem impropriedade ou qualquer outra falta de natureza formal de que não resulte em dano ao erário;

III - irregulares, quando comprovada qualquer das seguintes ocorrências:

a) omissão no dever de prestar contas;

b) prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo ou antieconômico, ou de infração a norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial;

c) dano ao erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico;

d) desfalque ou desvio de dinheiro, bens ou valores públicos.

Parágrafo único. A autoridade competente para assinar o termo de fomento ou de colaboração é a responsável pela decisão sobre a aprovação da prestação de contas, tendo como base os pareceres técnico e financeiro, sendo permitida delegação a autoridades diretamente subordinadas, vedada a subdelegação.

#### g) Controle Externo

Em relação ao controle externo, a Lei nº 13.019/14 concretizou e reforçou sua atuação.

No artigo 42, XV, é previsto livre acesso não somente à Administração Pública, mas também ao Tribunal de Contas, quanto aos documentos e locais de execução do objeto; no artigo 48, I e III, ao dispor sobre a retenção de parcelas dos recursos quando o controle externo constatar indícios de irregularidades ou quando a entidade não acatar as medidas saneadoras; no artigo 52, ao prever a possibilidade de instauração de tomada de contas se não devolvidos saldos financeiros; e, no artigo 59, ao obrigar que o relatório técnico de monitoramento e avaliação da parceria contenha a análise realizada pelo controle externo.

Mas o principal deles é o artigo 39, que, dentre os requisitos de hígidez frente aos órgãos de fiscalização, prevê, no inciso VI, o impedimento de celebrar parceria com a Organização da Sociedade Civil cujas contas tenham sido julgadas irregulares ou rejeitas pelo Tribunal de Contas, em decisão irrecurável, nos últimos 08 anos, robustecendo a força das decisões das Cortes de Contas. Mesma vedação se aplica ao próprio dirigente de entidade que tenha tido contas de parcerias julgadas irregulares ou rejeitas pelo Tribunal de Contas, em decisão irrecurável, nos últimos 08 anos, consoante o inciso VII, “a”.

Positiva a previsão, eis que transportou raciocínio semelhante à inelegibilidade prevista na Lei da Ficha Limpa – Lei Complementar nº 135/2010, que alterou a Lei Complementar nº 64/1990

- que prevê que são inelegíveis os que tiverem contas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, por decisão irrecurável do órgão competente, para as eleições que se realizarem nos 08 anos seguintes; só que, no caso da lei em debate, trata-se de vedação para *dirigir* as Organizações da Sociedade Civil por um prazo de 08 anos.

#### h) Criação do Conselho Nacional de Fomento e Colaboração

A lei prevê a criação do Conselho Nacional de Fomento e Colaboração, a ser composto por entidades e representantes governamentais, para divulgar boas práticas, propor e apoiar ações voltadas ao fortalecimento das relações de colaboração e fomento.

#### i) Sanções Administrativas

Outro ponto digno de realce diz respeito às sanções administrativas previstas no artigo 73, pois, similarmente ao texto da Lei nº 8.666/93, foram previstas sanções de advertência, suspensão temporária para chamamento público e impedimento de celebrar ajustes, e a declaração de inidoneidade para participar do chamamento público e de celebrar termos de fomento e colaboração, estendendo os efeitos, inclusive, a contratos:

Art. 73. Pela execução da parceria em desacordo com o plano de trabalho e com as normas desta Lei e da legislação específica, a administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar à organização da sociedade civil parceira as seguintes sanções:

I - advertência;

II - suspensão temporária da participação em chamamento público e impedimento de celebrar termos de fomento, termos de colaboração e contratos com órgãos e entidades da esfera de governo da administração pública sancionadora, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

III - declaração de inidoneidade para participar em chamamento público ou celebrar termos de fomento, termos de colaboração e contratos com órgãos e entidades de todas as esferas de governo, enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que a organização da sociedade civil ressarcir a administração pelos prejuízos resultantes, e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso II deste artigo.

Parágrafo único. A sanção estabelecida no inciso III do caput deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado ou do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação.

## j) Lei de Improbidade Administrativa

A nova Lei alterou a Lei Federal nº 8.429/92 – Improbidade Administrativa, criando novas hipóteses expressas de atos de improbidade. Dentre os atos que causam dano ao erário, passaram a ser considerados atos de improbidade, dentre outros: frustrar, burlar ou dispensar indevidamente chamamento público, permitir a utilização dos recursos transferidos via parceria sem a observância das formalidades legais, ser negligente em celebrar, fiscalizar e analisar as prestações de contas e liberar recursos irregularmente. Dentre os atos que atentam contra os princípios da Administração Pública, passou a ser considerado ato de improbidade: descumprir normas referentes à celebração, fiscalização e aprovação de contas das parcerias.

## l) Regras de Transição

O legislador houve por bem traçar, em seu artigo 83, algumas regras de transição para os ajustes que estiverem em andamento, estabelecendo que as parcerias existentes, no momento da entrada em vigor da lei, regem-se pela legislação vigente ao tempo de sua celebração, sem prejuízo da aplicação subsidiária do novo diploma.

Todavia, as prorrogações desses ajustes, firmadas após a edição da norma, devem obedecê-la.

E, para qualquer parceria eventualmente firmada por prazo indeterminado antes de sua promulgação, a Administração Pública deverá promover a repactuação ou adaptação de seus termos ou a respectiva rescisão em um prazo não superior a 1 (um) ano. Reza mencionado artigo 83:

Art. 83. As parcerias existentes no momento da entrada em vigor desta Lei permanecerão regidas pela legislação vigente ao tempo de sua celebração, sem prejuízo da aplicação subsidiária desta Lei, naquilo em que for cabível, desde que em benefício do alcance do objeto da parceria.

§ 1º A exceção do que trata o caput, não se aplica às prorrogações de parcerias firmadas após a promulgação desta Lei, exceto no caso de prorrogação de ofício prevista em lei ou regulamento, exclusivamente para a hipótese de atraso na liberação de recursos por parte da administração pública.

§ 2º Para qualquer parceria referida no caput eventualmente firmada por prazo indeterminado antes da promulgação desta Lei, a administração pública promoverá, em prazo não superior a 1 (um) ano, sob pena de responsabilização, a repactuação para adaptação de seus termos a esta Lei ou a respectiva rescisão.

Desse modo, podemos constatar que a Lei nº 13.019/14 trouxe diversas alterações/ inovações para o Terceiro Setor.

Observa-se claramente que o intuito dessas alterações é tornar a escolha das Organizações da Sociedade Civil parceiras mais democrática e segura, dificultando a opção por entidades sem capacidade técnica para alcançar os resultados pretendidos. Há um maior rigor para as celebrações das parcerias voluntárias, o que demandará um cuidado especial nas escolhas das entidades, sobretudo quanto ao grau de profissionalismo a ser exigido tanto por parte do quadro técnico das administrações quanto das parceiras.

Além disso, a preocupação com a transparência e o controle dos recursos públicos repassados denota um cuidado com a proteção ao erário e busca impossibilitar o uso ilícito do dinheiro público por particulares durante a execução do Termo firmado entre as partes.

Mas a lei por si só não basta. Ainda existem no mínimo, nove temas para ser tratados em regulamentação. Isso será feito por meio da edição de um Decreto que trará o detalhamento necessário das disposições legais que expressamente delegam ao regulamento a sua forma ou aquelas que merecem tratamento jurídico específico, dentro do que determina a lei. São eles:

- (i) divulgação nos meios públicos de comunicação por radiodifusão de sons e de sons e imagens de campanhas publicitárias e programações desenvolvidas por OSCs (art.14);
- (ii) composição e o funcionamento do Conselho Nacional de Fomento e Colaboração (art. 15,§1º);
- (iii) prazos e regras do Procedimento de Manifestação de Interesse Social (art. 18);
- (iv) substituição do saque à conta do termo de fomento ou de colaboração (art. 54, V);
- (v) atuação em rede (art. 25, IV);
- (vi) Monitoramento e avaliação (art. 58);
- (vii) regras estratificadas - R\$ 600.000,00 (art. 63,§3º);
- (viii) registro das prestações de contas rejeitadas ou aprovadas com ressalvas (art. 69,§6º) e
- (ix) regras para acompanhamento dos programas de proteção a pessoas ameaçadas ou em situação que possa comprometer a sua segurança (art. 87)<sup>104</sup>.

No plano federal, a Secretaria - Geral da Presidência da República (SGPR) abriu um processo de consulta pública para colher sugestões para o Decreto que detalhará pontos específicos da Lei nº 13.019/14:

---

<sup>104</sup> Regras de Participação. Disponível em: [www.participa.br/osc/regras-de-participacao](http://www.participa.br/osc/regras-de-participacao). Acesso em 10.08.15.

De 8 a 24 de maio de 2015 a Secretaria-Geral da Presidência da República (SG/PR) realizou a consulta pública eletrônica da minuta do decreto federal de regulamentação da Lei nº 13.019/14. O decreto detalha e dá tratamento jurídico às disposições legais da nova norma.

Durante o período de consulta, foram feitas 907 contribuições aos dispositivos, entre artigos, parágrafos, incisos e alíneas. Cidadãos, gestores públicos e membros de organizações da sociedade civil puderam participar do processo. As contribuições, comentários e outros conteúdos gerados pelos usuários serão agora analisados e sistematizados pela Secretaria-Geral e serão considerados para a redação final do decreto, que deverá ser publicado até a entrada em vigor da nova lei, em 27 de julho de 2015. Esta é a segunda consulta pública aberta pela SG/PR para tratar da regulamentação da Lei 13.019/2014. A primeira, de 1º de setembro a 13 de outubro de 2014, foi referente ao texto da Lei, buscando subsídios para a elaboração do decreto. E a segunda, realizada agora, foi feita com a minuta do decreto em si, para recebimento de contribuições e comentários ao texto. As consultas públicas dão continuidade ao processo de diálogo que vem regendo a construção das novas regras para as parcerias entre a Administração Pública e as Organizações da Sociedade Civil<sup>105</sup>.

Assim, muito embora tenha a Lei apresentado um grau de detalhamento em alguns aspectos, há muitos temas que exigem maior detalhamento. A regulamentação da Lei nº 13.019/14 se dará mediante a edição de Decreto, no âmbito de cada um dos entes federados, cujo texto deverá trazer o detalhamento das disposições legais que expressamente previam posterior regulamentação.

## **6.2 – Inaplicabilidade da Lei nº 13.019/14 às Organizações Sociais**

A Lei nº 13.019/14 prevê os mais diversos tipos de parcerias firmadas entre os entes da Administração Pública e as Organizações da Sociedade Civil - OSC.

Inovou a legislação com novos instrumentos específicos para celebração das parcerias entre a OSC e Poder Público, pondo fim aos Convênios, que ficará apenas para os ajustes e parcerias realizados entre os entes estatais internos, ou seja, entre os próprios integrantes da estrutura da Administração Pública.

Surgiu o Termo de Fomento e o Termo de Colaboração, representando, respectivamente, as parcerias celebradas a partir de iniciativa das OSC e as parcerias celebradas a partir da iniciativa da própria Administração, com previsão expressa nos artigos 16 e 17 da lei.

---

<sup>105</sup> Consultas. Disponível em: <http://www.participa.br/osc/consultas>. Acesso em 10.08.15.

Contudo, muitas questões referentes ao Terceiro Setor não sofreram mudanças significativas ou nem foram tratadas no novo texto legal. O novo “Marco” alterou a Lei das OSCIPs, “no que couber”, contudo, deixou de tratar sobre as Organizações Sociais - OSs descritas na Lei nº 9.637/98.

Em consulta ao site [www.participa.br/osc](http://www.participa.br/osc) - Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil – MROSC, da Secretaria Geral da Presidência da República, a fim de entender o motivo das OSs não estarem inclusas na Nova Lei do Terceiro Setor, obtivemos a seguinte resposta:

Em relação a sua consulta sobre as organizações sociais e sua relação com a Lei nº 13.019/2014, informamos de que a não aplicação das exigências da Lei nº 13.019/2014 aos contratos de gestão celebrados com organizações sociais, ocorreu por escolha do legislador do Congresso Nacional<sup>106</sup>.

Diante dessa dispersão e das lacunas apontadas, pode-se entender que, na prática, o Marco Regulatório poderá, tão somente, regular os convênios.

Sendo assim, continuarão em vigor os quatro instrumentos jurídicos que disciplinarão as parcerias do Poder Público com as Organizações da Sociedade Civil: além dos Termo de Fomento e Termo de Parceria (Lei nº 13.019/14), o Termo de Parceria (Lei nº 9790/90) e o Contrato de Gestão (Lei nº 9.637/98).

---

<sup>106</sup> SECRETARIA GERAL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA - MROSC - Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil. Disponível em [www.participa.br/osc](http://www.participa.br/osc). Email recebido em 02 de outubro de 2015.

## CONCLUSÃO

Com a edição da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1.998, teve início no Brasil diversas iniciativas de promover a gestão de serviços públicos não exclusivos do Estado em parceria com as organizações da sociedade civil qualificadas como “Organizações Sociais”.

As Organizações Sociais nada mais são do que uma qualificação conferida às pessoas jurídicas de direito privado (associações ou fundações), 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. É será através do instrumento jurídico Contrato de Gestão que essas Organizações Sociais firmarão parcerias com o Poder Público, a fim de fomentar e executar referidas atividades.

Formalizadas pelo Contrato de Gestão, essas parcerias permitem o repasse de recursos públicos às Organizações Sociais, que por sua vez, assumem o compromisso de cumprir obrigações e metas.

Contudo, diante das vantagens atípicas e excessivas outorgadas às Organizações Sociais, que contrariam frontalmente os princípios da Administração Pública (na opinião de diversos doutrinadores), discutiu-se, desde a sua origem, a constitucionalidade de diversas disposições da Lei nº 9.637/98, através da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923 perante o Supremo Tribunal Federal.

Após 17 (dezessete) anos de tramitação, finalmente em abril de 2.015, ocorreu o julgamento da ADIN nº 1.923, na qual decidiu pela validade da prestação de serviços públicos não exclusivos por Organizações Sociais em parceria com o Poder Público, ressaltando-se que a parceria com tais entidades deve ser conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública (caput do artigo 37).

Em votação majoritária, o STF acolheu a posição do Min. Luiz Fux, entendendo que cabe ao administrador público definir qual será o modelo mais eficaz para atingir as metas coletivas da sociedade. Dessa forma, a decisão de estabelecer ou não parceria com as entidades do Terceiro Setor reside no âmbito de discricionariedade do ato administrativo.

Assim, em linhas gerais, antes do julgamento da ADIN nº 1.923, no momento de firmar Convênio, Contrato de Gestão ou Termo de Parceria com entidades sem fins lucrativos certificadas, estavam os administradores em considerável insegurança nas relações firmadas à luz da Lei das OSs. Atualmente, tal fato não mais persiste.

Fato é que o Estado já apresenta sinais de esgotamento e não tem conseguido suprir satisfatoriamente as demandas por serviços públicos. Por isso as parcerias com as organizações da sociedade civil do Terceiro Setor, desde que com fim de fato de cooperação na busca de objetivos comuns, em busca de melhor eficiência, podem ser de valiosa contribuição de uma administração pública gerencial, pautada no controle por resultados, buscando eficiência e qualidade na prestação dos serviços.

Todavia, não se pode afastar o regime jurídico de direito administrativo sob o fundamento de que deve ser dada a flexibilidade da administração privada, sob o argumento de que é preciso “modernizar” a Administração Pública. O administrador não deve afrontar o direito positivado com as criações nele não previstas, tampouco extrapolar os limites que lhe foram impostos.

Portanto, diante do dever de gestão eficiente dos escassos recursos públicos, ao administrador incumbe analisar a conveniência e oportunidade de realizar a parceria com os entes do terceiro setor, sempre visando a poupar o Erário onde ele pode ser substituído. Do mesmo modo, basta o cumprimento dos requisitos legais e a certificação pelo Estado para se abrirem diversas possibilidades às pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos, de modo que atinjam seus objetos sociais com a colaboração do Poder Público.

## REFERÊNCIAS

- 01) CARVALHO, Gilberto; HAGE SOBRINHO, Jorge; CAMPELLO, Tereza e BELCHIOR, Miriam. *EMI nº 00017/2014 SG CGU MDS MP Brasília*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2014/Mpv/mpv658.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Mpv/mpv658.htm). Acesso em: 07 agosto. 2015.
- 02) CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 24 ed. São Paulo: Lumen Juris, 2010.
- 03) DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Contratos de gestão. Contratualização do controle administrativo sobre a administração indireta e sobre as organizações sociais*. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br>. Acesso em 08 out. 2015.
- 04) DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- 05) DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública – Concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 8 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.
- 06) FERRARI, Paola Nery; FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Controle das organizações sociais*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- 07) FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- 08) FREITAS, Juarez. As organizações sociais: sugestões para o aprimoramento do modelo federal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 35, n. 140, out./dez. 1998.
- 09) JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15 ed. São Paulo: Dialética, 2012.
- 10) MÂNICA, Fernando Borges. *Terceiro setor e imunidade tributária – Teoria e prática*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.
- 11) MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo Moderno*, 2009.

- 12) BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- 13) MODESTO, Paulo. Reforma administrativa e o marco legal das organizações sociais no Brasil: As Dúvidas dos Juristas sobre o Modelo das Organizações Sociais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 34, n. 136, p. 315-331, out./dez. 1997.
- 14) NAVES, Rubens. *Organizações sociais – A construção do modelo*. 1 ed. Quartier, 2014.
- 15) NUNES, Andrea. *Terceiro setor – controle e fiscalização*. 2 ed. Método, São Paulo: 2006.
- 16) ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *Cartilha terceiro setor*. 2 ed. São Paulo: 2007.
- 17) OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Constitucionalidade da lei federal nº 9.637/98. Das organizações sociais. *Revista de Direito do Terceiro Setor*. Minas Gerais, a.1, nº 02, p. 177-210, jul/dez. 2007.
- 18) OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Contrato de gestão*. São Paulo: RT, 2008.
- 19) OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Direito do terceiro setor. *Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTTS*, Belo Horizonte: Fórum: ano 1, n. 1, jan-jun. 2007.
- 20) OLIVEIRA, Gustavo Justino; MÂNICA, Fernando. *Organizações da sociedade civil de interesse público: termo de parceria e licitação*.
- 21) PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários*. 2 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- 22) PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações da administração pública*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- 23) PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. *Convênios e outros instrumentos de “administração consensual” na administração pública do século XXI*. 2 ed. São Paulo: Fórum, 2013.
- 24) REFORMA GERENCIAL. Entrevista com Luiz Carlos Bresser Pereira: uma reforma para ficar na história. *Revista Reforma Gerencial*. São Paulo, p. 21-24, mar 1998. Disponível em: [www.bresser-pereira.org.br](http://www.bresser-pereira.org.br). Acesso em 30 set. 2015.

25) REGULES, Luis Eduardo Patrone; HIGA, Alberto Shinji. *Supremo definiu elementos indispensáveis para legalidade das OSs*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jun-23/stf-definiu-elementos-indispensaveis-legalidade-oss>. Acesso em: 04 agosto 2015.

26) ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro setor – Coleção temas de direito administrativo*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

27) ROSSETO, Miguel e BARBOSA, Nelson. *EMI nº 0005/2015 SG MP. Brasília*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Mpv/mpv684.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Mpv/mpv684.htm#art1). Acesso em: 07 agosto 2015.

28) SANTOS, Boaventura de Souza. *A reinvenção solidária e participativa do Estado*. São Paulo: Cortez.

29) SILVA, Ana Maria Viegas da; SILVA, Maria das Graças Bigal Barboza da. *Terceiro Setor: Gestão das Entidades Sociais (ONGS-OSCIP-OS)*. Fórum: 2008

30) TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Instruções nºs 1/2008 e 2/2008*. São Paulo: 2008. Disponível em: [http://www4.tce.sp.gov.br/sites/default/files/instrucoes\\_n\\_2\\_2008\\_area\\_municipal.pdf](http://www4.tce.sp.gov.br/sites/default/files/instrucoes_n_2_2008_area_municipal.pdf). Acesso em: set 2015.

31) TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Manual básico – Repasses públicos ao terceiro setor*. 2012. Disponível em: <http://www4.tce.sp.gov.br/sites/default/files/repasses-publicos-ao-terceiro-setor-dez-2012.pdf>. Acesso em: set 2015.

32) VIOLIN, Tarso Cabral. *Terceiro setor e as parcerias com a administração pública – Uma análise crítica*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

33) BRASIL. Presidência da República. Lei Federal n.º 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm)

34) BRASIL. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. 1995. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/publi\\_04/colecao/plandi.htm](http://www.planalto.gov.br/publi_04/colecao/plandi.htm)

35) BRASIL. Presidência da República. Lei Federal nº 9.637, de 15 de maio de 1998. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional

de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/leis/L9637.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L9637.htm)

36) BRASIL. Constituição Federal do, 05 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)

37) BRASIL. Presidência da República. Lei Federal n.º 9.790, de 23 de março de 1999. Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências. Disponível: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19790.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19790.htm)

38) BRASIL. Decreto Federal n.º 6.170/07. Dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/decreto/d6170.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6170.htm)

39) BRASIL. Portaria Interministerial n.º 127, de 29 de maio de 2008. Disponível em: [https://www.convenios.gov.br/portal/arquivos/Portaria\\_127\\_com\\_suas\\_alteracoes\\_ultima\\_19jan10.pdf](https://www.convenios.gov.br/portal/arquivos/Portaria_127_com_suas_alteracoes_ultima_19jan10.pdf). Acesso em: agosto 2015.

40) BRASIL. Ministério do Planejamento. *Manual de Legislação Federal sobre Convênios da União*, set. 2009.

41) BRASIL. Presidência da República. Lei Federal n.º 13.019, de 31 de julho de 2014. Estabelece o regime jurídico das parcerias voluntárias, envolvendo ou não transferências de recursos financeiros, entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público; define diretrizes para a política de fomento e de colaboração com organizações da sociedade civil; institui o termo de colaboração e o termo de fomento; e altera as Leis n.ºs 8.429, de 2 de junho de 1992, e 9.790, de 23 de março de 1999. Disponível: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2014/Lei/L13019.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13019.htm)

42) Consultas. Disponível em: <http://www.participa.br/osc/consultas>. Acesso em 10.08.15.

43) MARE. Cadernos Mare da Reforma do Estado. Disponível: <http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/cadernosmare/caderno02.pdf>, p. 15-16. Acesso em: 14 out. 2015.

44) MROSC. Regras de Participação. Disponível em: [www.participa.br/osc/regras-de-participacao](http://www.participa.br/osc/regras-de-participacao). Acesso em 10.08.15.

45) SECRETARIA GERAL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA - MROSC - Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil. Disponível em [www.participa.br/osc](http://www.participa.br/osc). Email recebido em 02 de outubro de 2015.