

## **ORGANIZAÇÕES SOCIAIS: DISPENSA DE REALIZAÇÃO DE LICITAÇÃO PARA O CUMPRIMENTO DOS SEUS OBJETIVOS ESTATUTÁRIOS<sup>1</sup>**

### **SOCIAL ORGANIZATIONS: WAIVER OF CONDUCT BIDDING TO MEET ITS OBJECTIVES STATUTORY**

Márcia Pereira Corágem Campos<sup>2</sup>

#### **Resumo**

O presente Trabalho de Conclusão de Curso tem como objeto de estudo a hipótese de dispensa de licitação para a contratação de Organizações Sociais pelo Poder Público e as contratações sem licitação realizadas por essas entidades, que não possuem fins econômicos, integrantes do denominado “Terceiro Setor”, gerenciadoras não só recursos orçamentários destinados pelo Poder Público para a implementação de serviços de interesse da coletividade, não exclusivos do Estado, previstos no contrato de gestão, mas, também, de bens móveis e imóveis, além de servidores públicos, tudo voltado para o atendimento de suas finalidades estatutárias. A partir do método analítico, fez-se pesquisa na doutrina nacional e na legislação federal sobre a contratação realizada por essas entidades, sem a observância do princípio da licitação, merecendo uma breve incursão sobre o uso dessa terceirização como possível subterfúgio à aplicação do regime jurídico público, uma vez que essas entidades privadas não se submetem ao controle de execução, próprio do regime estatal, mas apenas ao controle de suas atividades-fim. Ao final, conclui-se pela necessidade de que as Organizações Sociais devem se submeter, assim como a Administração Pública, a rígidos controles e fiscalização de suas atividades, de modo a evitar ou dificultar desvios de comportamento ou de finalidade.

**Palavras-chave:** Terceiro setor; Organizações sociais; Regime jurídico de Direito Público; Necessidade de controle e fiscalização; Utilização de recursos públicos.

#### **Abstract**

This Labor Completion of course has as its object of study the hypothesis without bidding for hiring Social Organizations by the Government and no-bid contracts undertaken by these entities, non-profit organizations, members of the so-called "Third Sector" although not only manage budget resources allocated by the Government for implementation services of interest of the community, not exclusive of the State, under the contract of management, but also movable and immovable property as well as public servants to care for their statutory purposes. From the analytical method, the search became national doctrine and federal law on hiring held by these entities, without the observance of the principle of bidding, earning a brief foray on using this subterfuge outsourcing as possible the application of the legal

---

<sup>1</sup>Trabalho de conclusão de curso – TCC, apresentado à banca avaliadora do curso de Direito das Faculdades Opet, como requisito parcial para a conclusão do curso e obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Luiz Osório de Moraes Panza

<sup>2</sup> Bacharel em Direito pelas Faculdades Opet. Email: marcia.coragem@yahoo.com.br

regime public, since these private entities are not subject to the control run, the system state itself, but only to control their core activities. At the end, we conclude that the need for Social Organizations must submit, as well as public administration, strict controls and supervision of their activities so as to prevent or hinder deviant behavior or purpose.

Keywords: Third sector. Social organizations. Legal Regime of Public Law. Need for control and monitoring. Use of public resources

## Introdução

O tema pesquisado “Organizações Sociais: dispensa de realização de licitação para o cumprimento dos seus objetivos estatutários”, é de grande importância na atualidade frente à possibilidade de um conflito entre o que consta no artigo 37, *caput*, e no inciso XXI, da Constituição Federal<sup>3</sup>, de 5 de outubro de 1988, que prevê, como regra, a obrigatoriedade de processo de licitação pública para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, e as disposições da Lei Federal nº 9.637, de 15 de maio de 1998, que instituiu as Organizações Sociais.

É certo que o artigo 24, inciso XXIV, da Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos, Lei Federal nº 8.666/93, de 21 de junho de 1993, que regulamenta o inciso XXI do artigo 37 da Carta Magna, estabelece o afastamento do processo licitatório para a contratação de Organizações Sociais. Esse inciso, aliás, foi inserido pela Lei Federal nº 9.648, de 27 de maio de 1998, como decorrência da Lei que instituiu as Organizações Sociais.

No entanto, a Carta Magna não possibilitou expressamente que essas entidades deixassem de observar as regras licitatórias e os princípios constitucionais para atendimento dos seus objetivos estatutários, encampados no contrato de gestão.

O estudo realizado é de cunho bibliográfico e tem como objetivo geral analisar se a dispensa de licitação de que se valem as Organizações Sociais viola ou não o previsto no inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal.

Em suma, a exposição do tema é feita em seis capítulos, incluindo a introdução e a conclusão, sem olvidar das referências.

---

<sup>3</sup> BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**: art. 37, inciso XXI: ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

O primeiro capítulo trata das Funções do Estado, analisando a teoria que explica o surgimento do Estado, quem desempenha estas funções e como o Estado presta os serviços públicos.

O capítulo seguinte expõe os princípios que orientam a conduta da Administração Pública, explicitando os princípios expressos que constam no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, bem como os princípios licitatórios.

No capítulo terceiro analisa-se a contratação [sem licitação] das Organizações Sociais pela Administração Pública.

No capítulo final analisam-se as Organizações Sociais, a sua origem, conceito, contrato de gestão, a fiscalização de suas atividades e os aspectos controversos levantados pela doutrina pátria.

## **As Funções do Estado**

### **Considerações preliminares**

Dentre as várias teorias existentes para explicar o surgimento do Estado, a mais adequada para o presente estudo é a teoria clássica defendida por Montesquieu. Através dessa teoria divide-se o Estado em funções: Legislativo, Executivo e Judiciário.<sup>4</sup>

Explica Roberto Barcellos de Magalhães<sup>5</sup> que:

A primeira e a mais alta expressão do poder estatal, ou, melhor dizendo, do poder soberano do povo, é o Poder Legislativo.

Ao Poder Executivo se destinam as funções de direção político-administrativa do Estado, cuja dependência, em relação ao Legislativo, constitui precisamente o sinal que distingue o sistema presidencial do parlamentar de governo, caracterizando-se esse último pela falta de independência do Poder Executivo.

O Poder Judiciário tem como missão específica a aplicação da lei aos casos que lhe sejam levados para apreciação e julgamento, dirimindo os conflitos jurídicos entre os indivíduos entre si e entre estes e o Estado, assim restabelecendo a ordem e a harmonia social.

---

<sup>4</sup> MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Administração Pública Centralizada e Descentralizada**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2000. p. 2.

<sup>5</sup> MAGALHÃES, Roberto Barcellos de. **Direito Administrativo. Coleção Provas e Concursos 4**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1992. p. 13.

A divisão se faz necessária para que se tenha um controle, de modo a se distribuir adequadamente responsabilidades. O poder não pode se concentrar em um único órgão, uma vez que não será ele quem irá realizar todas as atribuições que lhes são pertinentes, tais como, produzir leis, promover a execução e resolver os conflitos de interesses.<sup>6</sup>

A análise deste estudo, no entanto, será restrita apenas à função Executiva considerando a correlação do tema escolhido e a análise das disposições constitucionais e legais que se pretende apresentar neste estudo.

É cediço que o Estado para desempenhar as suas funções, para cumprir os seus deveres, necessita de Poder que, de acordo com a Constituição da República, pertence ao povo, que irá transferi-lo àquele, para que atue em benefício deste. O Poder que a sociedade transfere para o Estado é de forma condicionada, ou seja, o Estado tem o dever-poder de agir sempre em função de algum interesse da sociedade, isto é, de um interesse público.<sup>7</sup>

As pessoas escolhidas pelo povo, ou seja, eleitas por este, são os membros do Poder Legislativo e o chefe do Poder Executivo. Os outros agentes que irão desempenhar as atividades estatais serão escolhidos por estes para ocuparem cargos de confiança ou providos através de concurso público, seguindo um critério técnico-científico e habilidade para o exercício do cargo, sendo, portanto, distinto da escolha por critérios políticos, próprio dos cargos comissionados.<sup>8</sup>

O Estado, portanto, deve prestar os serviços públicos com base no modelo político adotado, atualmente o Estado Regulador.<sup>9</sup>

### **Conceito de Serviço Público**

De acordo com o magistério da publicista Odete Medauar<sup>10</sup>, serviço público é a atividade realizada pela Administração com a finalidade de proporcionar um serviço

---

<sup>6</sup> MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Administração Pública Centralizada e Descentralizada**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2000. p. 2.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 3.

<sup>8</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 355.

<sup>9</sup> SANTOS, José Anacleto Abduch. **Contratos de Concessão de Serviços Públicos Equilíbrio Econômico-Financeiro**. Curitiba: Juruá, 2002. p. 36.

necessário à vida coletiva, compreendendo prestações específicas para determinadas pessoas e prestações genéricas para todos.

Para Marçal Justen Filho <sup>11</sup> o conceito de serviço público está relacionado com o momento histórico vivido pela coletividade. Trata-se de um conceito reflexo. Deriva do modelo constitucional assumido pela comunidade, inclusive no tocante à função e ao papel que a própria comunidade reserva para si própria.

Mister, no entanto, para os estreitos limites do estudo, que se faça a distinção entre serviço público e serviço de utilidade pública.

### **Serviço Público e Serviço de Utilidade Pública: Distinção**

O requisito para se entender um serviço como público ou de utilidade pública, é a vontade soberana do Estado. Existem serviços que podem ser executados por particulares, como pelo Estado e serviços privativos, ou seja, serviços que só podem ser prestados pelo Poder Público, sendo seus órgãos os responsáveis pela sua execução. <sup>12</sup>

Na concepção do publicista Hely Lopes Meirelles <sup>13</sup> a distinção entre serviços públicos e serviços de utilidade pública é a seguinte:

Serviços públicos: propriamente ditos, são os que a Administração presta diretamente à comunidade, por reconhecer sua essencialidade e necessidade para a sobrevivência do grupo social e do próprio Estado. Por isso mesmo, tais serviços são considerados privativos do Poder Público, no sentido de que só a Administração deve prestá-los, sem delegação a terceiros, mesmo porque geralmente exigem atos de império e medidas compulsórias em relação aos administrados.

Serviços de utilidade pública: são os que a Administração, reconhecendo sua conveniência (não essencialidade, nem necessidade) para os membros da coletividade, presta-os diretamente ou aquiesce em que sejam prestados por terceiros (concessionários, permissionários ou autorizatários), nas condições regulamentadas e

---

<sup>10</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 14 ed. rev., e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 326.

<sup>11</sup> SANTOS, José Anacleto Abduch. *Op. cit.*, p. 53.

<sup>12</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29 ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 321.

<sup>13</sup> *Id.*

sob seu controle, mas por conta e risco dos prestadores, mediante remuneração dos usuários.

Marçal Justen Filho<sup>14</sup> conceitua o serviço público como: "[...] uma atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais, destinada a pessoas indeterminadas e executada sob o regime de direito público."

Alguns serviços públicos estão expressos na Constituição Federal sendo de competência da União; outros são da alçada exclusiva dos Estados-membros, Distrito Federal ou dos Municípios, outros, ainda, são comuns com a União.<sup>15</sup>

Existem os serviços que são privativos do Estado, como, por exemplo, os elencados no art. 21, incisos XI e XII, da Constituição Federal,<sup>16</sup> assim como os prestados pela União diretamente ou de forma indireta através de autorização, concessão ou permissão e, ainda, os serviços públicos que não são privativos do Estado, podendo ser desempenhado pelos particulares, mesmo sem concessão.<sup>17</sup>

Importante ressaltar que o serviço público prestado seja de forma direta ou indireta deve estar vinculado ao regime jurídico-administrativo, que determina as prerrogativas, os princípios, deveres e as formas de controle do serviço público<sup>18</sup>.

Alguns desses princípios, erigidos em razão de sua importância a princípios de índole constitucional, estão previstos no *caput* do artigo 37 da Magna Carta.

---

<sup>14</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 475.

<sup>15</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2008. p. 675.

<sup>16</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: Artigo 21 – Compete à União:

[...]

XI – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais.

XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

- a) os serviços de radiodifusão sonora e de sons imagens;
- b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;
- c) a navegação aérea, aeroespacial e a infraestrutura aeroportuária;
- d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou território;
- e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;
- f) os portos marítimos, fluviais e lacustres.

<sup>17</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*

<sup>18</sup> SANTOS, José Anacleto Abduch. **Contratos de Concessão de Serviços Públicos Equilíbrio Econômico-Financeiro**. Curitiba: Juruá, 2002. p. 63.

## **Princípios que orientam a conduta da Administração Pública**

A Administração Pública para possibilitar o seu funcionamento e, por consequência, o atendimento às necessidades da população, notadamente na prestação de serviços, realiza as mais diversas espécies de contratações, observando os princípios expressos no *caput* do artigo 37 da Constituição da República e, mais especificamente os princípios que informam o procedimento licitatório.

## **Princípios expressos no *Caput do Artigo 37 da Constituição da República***

O ordenamento jurídico é constituído de normas que disciplinam as relações individuais e coletivas e para resguardar a harmonia e o equilíbrio social são necessários os princípios. Os princípios, segundo José Maria Pinheiro Madeira, auxiliam a norma em sua interpretação.<sup>19</sup>

Para Paulo Bonavides<sup>20</sup> o vocábulo *princípio* tem origem no latim *pricipium*, que significa início, começo, origem das coisas. A noção de princípio, ainda que fora do âmbito do saber jurídico, sempre se relaciona a verdades fundamentais e orientações de caráter geral.

Princípio é a *ratio*, a razão, o fundamento ou o mandamento nuclear que informa um sistema. Contém em si valores da sociedade que uma vez positivados pelo legislador implicam na necessidade da adoção dos comportamentos necessários a sua realização e vinculam a aplicação e interpretação de todas as demais normas.<sup>21</sup>

A importância dos princípios constitucionais, mandamentos normativos nucleares e superiores do sistema jurídico, é defendida com veemência por Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>22</sup> cuja importância já levou esse mestre a ressaltar que:

---

<sup>19</sup> MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Administração Pública Centralizada e Descentralizada**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2000. p. 5.

<sup>20</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 229.

<sup>21</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 230.

<sup>22</sup> *Id.*

[...] violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

O Direito Positivo geralmente não prevê expressamente os princípios, quando muito apenas faz referência a eles. Diferentemente ocorre na Constituição Federal que indicou expressamente alguns princípios orientadores da conduta da Administração Pública. Se os princípios estiverem determinados em lei, serão consideradas normas-princípios<sup>23</sup>, como são os princípios previstos na Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Além dos princípios expressamente previstos, seja no texto constitucional, como no texto legal, há também os princípios imanescentes ou tácitos, ou seja, não previstos expressamente, mas tão importantes quanto os expressos.

Para realizar suas atividades, tanto os órgãos quanto os entes da Administração Direta ou Indireta devem seguir as normas estabelecidas pelo legislador ou pelo constituinte. Algumas normas são editadas de acordo com os acontecimentos do momento e em função disso, há vários textos esparsos, sem uma organização sistemática. Através dos princípios, torna-se possível resolver casos que não possuem regulamentação, além de facilitar a compreensão dos textos esparsos e eventualmente conflitantes, fazendo com que os cidadãos tenham uma maior segurança em relação aos seus direitos e deveres.<sup>24</sup>

Por força de comando constitucional, a Administração Pública deve observar rigorosamente, sob pena de nulidade, os princípios elencados no *caput* do art. 37 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. São eles: princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

### **Princípios licitatórios**

---

<sup>23</sup> GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 17 ed. atualizada por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 60.

<sup>24</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 14 ed. rev., e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 126.

A licitação é conceituada como um procedimento prévio às contratações realizadas pela Administração Pública e tem por finalidade a obtenção da proposta que lhe for mais vantajosa, devendo durante o tramitar do procedimento ser assegurado a todos aqueles que acudirem a convocação da Administração, a igualdade de tratamento.

Assim, para que uma licitação seja realizada de forma válida, devem ser observados, seja na fase interna, como na fase externa, os princípios que o regem, além dos princípios previstos no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal.

O *caput* do artigo 37 destacou de modo expresse cinco princípios basilares. Há, entretanto, alguns outros a considerar, tanto de natureza constitucional, conquanto não mencionados no citado artigo; como de natureza infraconstitucional, corolários dos referidos princípios; e ainda, os que são decorrentes do próprio Estado de Direito, e, portanto, do sistema constitucional como um todo.

Como já visto, tanto os princípios constitucionais, como os princípios licitatórios podem ser explícitos ou implícitos. Como exemplo de princípios licitatórios explícitos, tem-se os previstos no art. 3º da Lei Federal nº 8.666/93:

A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Como exemplo de princípios implícitos, ou seja, aqueles que decorrem do ordenamento jurídico, e que não possuem expressa previsão na Lei Federal nº 8.666/93, tem-se os da instrumentalidade das formas, da economicidade, da razoabilidade; da padronização e da celeridade administrativa.

Mister que se registre que não há um consenso entre os doutrinadores sobre o rol dos princípios licitatórios. Cada doutrinador pátrio estabelece menos ou mais princípios expressos e implícitos.<sup>25</sup>

### **Contratação de Organizações Sociais pela Administração Pública**

O serviço público só existe em razão do usuário, com a finalidade de atender seus interesses e em seu proveito.<sup>26</sup> O usuário do serviço público possui uma importância tão grande que se houver omissão por parte do Estado na prestação de determinado serviço público, este será responsabilizado pelos danos ocasionados.<sup>27</sup>

Com base no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, estabeleceu-se, como regra, a obrigatoriedade de que seja realizado pela Administração Pública processo de licitação pública para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, e, conforme o art. 175, para a concessão e a permissão de serviços públicos.

Ressalva, contudo, o dispositivo constitucional a existência de exceções à regra de licitar, disciplinadas em legislação ordinária:

Art. 37 [...]

[...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Mesmo estando expressa, portanto, na Constituição Federal a obrigatoriedade do processo licitatório para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, assim como para a concessão e a permissão de serviços públicos, conforme art. 175, a própria Constituição possibilita que uma lei ordinária, no caso a Lei Federal nº 8.666/93, estabeleça os casos que

---

<sup>25</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21 ed. 2 reimp. São Paulo: Atlas, 2008. p. 334.

<sup>26</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2008. p. 665.

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 666.

não há necessidade de processo licitatório para a contratação, podendo ser realizada uma contratação direta. Seriam os casos de inexigibilidade e de dispensa de licitação<sup>28</sup>, admissíveis apenas quando justificada por excepcional gravame ao interesse público caso a licitação fosse realizada.<sup>29</sup>

A inexigibilidade de licitação ocorre nas hipóteses em que a competição é inviável, ou seja, mesmo realizando todo o procedimento licitatório, não haverá competição em razão de ser um produto comercializado com exclusividade por um único fornecedor, um serviço técnico de notória especialização ou a contratação de profissional do setor artístico consagrado pela opinião pública.<sup>30</sup>

A dispensa de licitação se dá nos casos em que mesmo podendo ser realizada a licitação, a lei faculta a sua não realização, conforme rol taxativo do art. 24 da Lei de Licitações. Dentre os vários incisos, o que merece relevância para o presente trabalho é o inciso XXIV:

Art. 24. É dispensável a licitação:

[...]

XXIV - para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão (item acrescentado pela Lei 9.648/98).<sup>31</sup>

O inciso em exame trata de hipótese de dispensa de licitação em razão da pessoa, qual seja, a Organização Social que celebrar contrato de gestão com o Poder Público, para a prestação de serviços de interesse da coletividade.

Segundo a lei federal que rege as Organizações Sociais, Lei nº 9.637/98, tratam-se de entidades especialmente qualificadas pelo Poder Público para tornarem-se parceiras no atendimento de atividades de suma importância para a coletividade, compreendendo a

---

<sup>28</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 14 ed. rev., e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 206.

<sup>29</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. **Dispensa e Inexigibilidade de Licitação Pública**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 44.

<sup>30</sup> MEDAUAR, Odete. *Op. cit.*, p. 210.

<sup>31</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 14 ed. rev., e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 206.

pesquisa científica, o ensino, a proteção e preservação do meio ambiente, o desenvolvimento tecnológico, a cultura, a pesquisa científica e a saúde.

De acordo com Hely Lopes Meirelles <sup>32</sup>:

[...] a Organização Social [...] não é um novo ente administrativo, é uma qualificação, um título, que a Administração outorga a uma entidade privada, sem fins lucrativos, para que ela possa receber determinados benefícios do Poder Público [...] para a realização de atividades necessariamente de interesse coletivo. O objetivo declarado pelos autores da reforma administrativa com a criação da figura das Organizações Sociais foi encontrar instrumento que permitisse a transferência para elas de certas atividades exercidas pelo poder público e que melhor o seriam pelo setor privado. Trata-se de nova forma de parceria, com a valorização do chamado terceiro setor, ou seja, serviços de interesse público, mas que não necessitam ser prestados pelos órgãos e entidades governamentais.

Fica claro, portanto, que a opção do legislador para admitir a contratação direta, com dispensa de licitação, pela Administração Pública, fundou-se na natureza do beneficiado, um prestador de serviço, e na atividade-fim por ela desenvolvida, de interesse da Administração Pública e da coletividade.

A Lei Federal nº 9.637/98 prevê, no entanto, a necessidade de atendimento de exigências para a qualificação de uma entidade privada, sem fins lucrativos, como Organização Social, o que possibilitará a sua contratação [direta] pelo Poder Público, a saber:

- a) a comprovação do registro de seu ato constitutivo, dispondo sobre a natureza social de seus objetivos à respectiva área de atuação;
- b) a finalidade não lucrativa, com a obrigatoriedade de investimento de seus excedentes financeiros no desenvolvimento das próprias atividades;
- c) a 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;
- d) a 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;

---

<sup>32</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 360-361.

e) a composição e atribuições da diretoria; a obrigatoriedade de publicação anual, no Diário Oficial da União, dos relatórios financeiros e do relatório de execução do Contrato de Gestão;

f) no caso de associação civil, a aceitação de novos associados, na forma do estatuto;

g) a 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;

h) a 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;

i) 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.

Bem por isso, exigir a realização de licitação para a contratação de entidades qualificadas como Organizações Sociais acabaria fazendo *tabula rasa*, ao ver do legislador, da flexibilidade de procedimentos prevista na Lei Federal nº 9.637/98.

## **Organizações Sociais**

### **Considerações preliminares**

A reforma do Estado Social, através do Programa Nacional de Publicização, lançado pelo Ministério da Administração e Reforma do Estado – MARE, em meados de 1995, tinha como objetivo implementar o novo modelo [neoliberal] de Estado, o Regulador, para superar as deficiências e a rigidez apresentadas pelo antigo modelo, o Social. O mote desse programa governamental era a transferência para o setor privado [ou público não estatal] de serviços não exclusivos que estivessem sendo executados no âmbito da Administração Pública Direta,

Autárquica e Fundacional, permitindo que entidades privadas, qualificadas pelo Poder Público, absorvessem as demandas, dando-lhes maior autonomia e flexibilidade.

Por meio da Medida Provisória nº 1.591, de 09 de setembro de 1997, deu-se o primeiro passo para a implementação do Programa Nacional de Publicização, sendo o Poder Executivo autorizado, através da qualificação de entidades privadas como "Organizações Sociais", a transferir a gestão de bens e serviços públicos a cargos de entidades autárquicas e fundacionais.

Em 15 de maio de 1998, a Lei Federal nº 9.637 passou a possibilitar que entidades não governamentais e sem fins lucrativos pudessem firmar ajustes, de natureza contratual, com o Poder Público, permitindo-lhes a prestação de serviços para a coletividade.

Através do novo modelo, o Regulador, buscou o legislador federal que a celebração desses ajustes com o Poder Público ocorresse sem a necessidade de licitação, admitindo-se, portanto, a contratação direta de Organizações Sociais para a consecução de atividades previstas no contrato de gestão.

A natureza de Organização Social consiste, basicamente, na qualificação concedida, de forma discricionária, a uma pessoa jurídica de direito privado, que não possua finalidade lucrativa e que atue em prol do interesse público e desde que sejam observadas as exigências previstas em lei.

A qualificação de uma entidade privada permite-lhe, mediante contrato de gestão, celebrado sem licitação com o Poder Público, receber recursos orçamentários, bens e equipamentos do Estado.

As Organizações Sociais, assim como as OSCIPs, integram o denominado "Terceiro Setor" e podem ser conceituadas como o conjunto de entidades privadas e sem fins lucrativos que voluntariamente exercem atividades de interesse social e não visam o lucro.<sup>33</sup> A delegação de tarefas às Organizações Sociais é uma alternativa à privatização, e objetiva uma

---

<sup>33</sup> Segundo Gustavo Justino de OLIVEIRA "é o conjunto de atividades voluntárias, desenvolvidas por organizações privadas não-governamentais e sem ânimo de lucro (associações e 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 e privados)." OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Gestão privada de recursos públicos para fins públicos: o modelo das OSCIP**. In: \_\_\_\_\_. Terceiro setor, empresas e Estado: novas fronteiras entre o público e o privado. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 217.

maior flexibilidade de atuação, gerando, em tese, eficiência na prestação dos serviços não exclusivos do Estado.<sup>34</sup>

Previu o legislador federal, no inciso XXIV do art. 24 da Lei Geral de Licitações e de Contratos Administrativos, incluído por força da Lei Federal nº 9.648, de 1998, a possibilidade da dispensa de processo licitatório para a celebração de contrato de gestão com Organizações Sociais.

No entanto, o legislador nacional, visando disciplinar a exceção à regra constitucional da licitação, estabeleceu duas diretrizes fundamentais para a correta adequação da situação fática à hipótese legal de dispensa de certame: a) a Organização Social a ser contratada deve [ria] ser da mesma esfera de governo do contratante e b) a atividade, objeto da contratação pelo Poder Público, deve [ria] estar prevista obrigatoriamente no contrato de gestão, a ser celebrado entre as partes<sup>35</sup>, envolvendo atividades como saúde e educação.

## Origem

De acordo com o magistério de Maria Tereza Fonseca Dias, as instituições de assistencialistas no Brasil remontam, de maneira geral, ao século XVI, sendo considerado, desde a sua origem, como um setor que tem como elemento marcante a ausência da finalidade lucrativa.<sup>36</sup>

Esse setor, no entanto, a partir do regime militar, entre os anos de 1964 e 1985<sup>37</sup>, começou a sofrer uma transformação em suas finalidades, ganhando novos focos.

A partir de 1970, as instituições assistencialistas privadas ou já conhecidas como Organizações não-governamentais [ONGs] além de estarem sofrendo uma mutação em suas finalidades, passaram a perder o caráter assistencialista.<sup>38</sup>

Mas, mesmo essas entidades existindo há longa data no Brasil, juridicamente só lhes foi reconhecida a natureza de Organização Social a partir de 1990.<sup>39</sup> E só houve o

---

<sup>34</sup> Sobre o setor público não estatal, confira-se: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **A reforma do Estado dos anos 90: lógica e mecanismo de controle**. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997. (Coleção Cadernos MARE, n. 1.) p. 27.

<sup>35</sup> CITADINI, Antonio Roque. **Comentários e Jurisprudência sobre a Lei de Licitações Públicas**. 3 ed. atual. e ampl. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 214.

<sup>36</sup> DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Terceiro Setor e Estado: Legitimação e Regulação – Por um novo marco jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 122.

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 123.

<sup>38</sup> *Ibid.*, p. 124.

reconhecimento dessa condição, por conta da necessidade de resolução de problemas relacionados ao gigantismo da Administração Pública.

Esclarece Cristina Andrade Melo <sup>40</sup> que as Organizações Sociais brasileiras tem possível origem nas *Quangos*, da Grã-Bretanha:

[...] as organizações sociais idealizadas pela reforma do Estado brasileiro possuem franca inspiração em figuras semelhantes existentes na Grã-Bretanha, as denominadas *Quangos*, ou seja, organizações quase autônomas não governamentais.

*Quango*, contudo, não é um termo oficial, tendo surgido da redução de *Quasi autonomous NGO* (quase autônoma ONG). Os documentos oficiais utilizam a expressão *Non-Departmental Public Bodies* (NDPBs). Segundo o relatório anual publicado pelo gabinete oficial do Reino Unido (*Public Bodies* 2009), o NDPB é definido como “um órgão que possui um papel no Governo nacional, mas não é um departamento ou parte dele, e que atua em maior ou menor proximidade dos Ministros” (tradução livre).

A intensificação das *Quangos* na Grã-Bretanha coincide com as medidas de contenção do aparelho estatal adotadas pelo Governo de Margaret Thatcher a partir de 1980, época em que várias atividades não exclusivas do Estado foram transferidas do setor estatal para o setor público não estatal.

[...]

Não obstante todas as ponderações possam ter contribuído para a criação das organizações sociais no direito brasileiro, a influência direta exercida pelas *Quangos* britânicas é fato confessado pelo próprio ministro “criador” de tais entidades, sendo, portanto, adequado que o estudioso do direito trabalhe com essa realidade na análise do tema [...]

Tanto na Grã-Bretanha, com no Brasil, a reforma da Administração Pública teve como ponto principal a necessidade de inclusão da sociedade como uma parceira do Estado, com a finalidade de proporcionar uma maior eficiência na prestação dos serviços públicos.

---

<sup>39</sup> DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Terceiro Setor e Estado: Legitimação e Regulação – Por um novo marco jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 166.

<sup>40</sup> MELO, Cristina Andrade. **As organizações sociais e as *Quasi autonomous non governmental organizations* (*Quangos*) da Grã-Bretanha: uma fuga para o direito privado?** Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, abril/junho de 2011, v. 79, n. 2, ano XXIX.

Nos dias de hoje, as Organizações Sociais são criadas com base no Código Civil e qualificadas pelo Poder Público, tendo por finalidade o fomento do desempenho de funções públicas não exclusivas do Estado.<sup>41</sup>

Uma Organização Social não é considerada como integrante da Administração indireta, mesmo recebendo subsídios públicos, utilizando bens e servidores públicos.<sup>42</sup> Trata-se de uma parceira especialmente convocada para a execução de serviços públicos em setores onde a atuação do Estado não é privativa.

## **Definição**

Como visto anteriormente, o Governo Federal criou entidades denominadas Organizações Sociais, com a finalidade de aperfeiçoar o serviço público prestado pelo Estado, ou seja, essas entidades prestariam os serviços que não são prestados de forma exclusiva pelo Estado, notadamente nas áreas de educação, saúde, cultura e proteção ambiental. A sociedade civil criaria um ente (não estatal), sem fins lucrativos e esse ente seria qualificado pelo Poder Público para a realização de atividades de interesse público antes prestadas pelo Estado, proporcionando, em tese, melhor qualidade, maior eficiência, com redução de despesas.<sup>43 44</sup>

Mister ressaltar que constava no Plano Diretor do Governo Federal o seguinte:

O Projeto das Organizações Sociais tem como objetivo permitir a descentralização de atividades no setor de prestação de serviços não exclusivos, nos quais o exercício do poder do Estado, a partir do pressuposto que esses serviços serão mais eficientemente realizados se, mantendo o financiamento do Estado, forem realizados pelo setor público não estatal.

Entende-se por 'organizações sociais' as entidades de direito privado que, por iniciativa do Poder Executivo, obtêm autorização legislativa

---

<sup>41</sup> MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Administração Pública Centralizada e Descentralizada**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001. p. 449.

<sup>42</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 3 ed. rev. e atualiz. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 207.

<sup>43</sup> CITADINI, Antonio Roque. **Comentários e Jurisprudência sobre a Lei de Licitações Públicas**. 3 ed. atual. e ampl. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 211.

<sup>44</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 200.

para celebrar contrato de gestão com esse poder, e assim ter direito à dotação orçamentária.<sup>45</sup>

Sobre esse tema, confira-se o magistério de Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>46</sup>:

Organização social é a qualificação jurídica dada a pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, instituída por iniciativa de particulares, e que recebe delegação do Poder Público, mediante contrato de gestão, para desempenhar serviço público de natureza social. Nenhuma entidade nasce com o nome de organização social, a entidade é criada como associação ou fundação e, habilitando-se perante o poder público, recebe a qualificação; trata-se de título jurídico outorgado e cancelado pelo poder público.

As características de uma Organização Social são as seguintes:

- a) é definida como pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos;
- b) criada por particulares, deve habilitar-se perante a Administração Pública, para obter a qualificação de organização social; ela é declarada, pelo artigo 11 da Lei nº 9.637/98, como “entidade de interesse social e utilidade pública”;
- c) ela pode atuar nas áreas de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde;
- d) seu órgão de deliberação superior tem que ter representantes do Poder Público e de membros da comunidade, de notória capacidade profissional e idoneidade moral;
- e) as atribuições, responsabilidades e obrigações do Poder Público e da organização social são definidas por meio de contrato de gestão, que deve especificar o programa de trabalho proposto pela organização social, estipular as metas a serem atingidas, os respectivos prazos de execução, bem como os critérios objetivos de avaliação de desempenho, inclusive mediante indicadores de qualidade e produtividade;
- f) a execução do contrato de gestão será supervisionada pelo órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade fomentada; o controle que sobre ela se exerce é de resultado;
- g) a ajuda pelo Poder Público poderá abranger as seguintes medidas: destinação de recursos orçamentários e bens necessários ao cumprimento do contrato de gestão, mediante permissão de uso, com

---

<sup>45</sup> *Id.*

<sup>46</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21 ed. 2 reimp. São Paulo: Atlas, 2008. p. 470.

dispensa de licitação; cessão especial de servidores públicos, com ônus para a origem; dispensa de licitação nos contratos de prestação de serviços celebrados entre a Administração Pública e a organização social;

h) a entidade poderá ser desqualificada como organização social quando descumprir as normas do contrato de gestão.<sup>47</sup>

Os requisitos ainda vigentes para se qualificar uma entidade privada como Organização Social são:

a) não podem ter finalidade lucrativa e os eventuais excedentes financeiros devem ser reaplicados em suas atividades;

b) fim social de interesse coletivo, em qualquer das áreas previstas na lei: ensino, saúde, cultura, etc.

c) possuir órgãos diretivos colegiados, com a participação de representantes do Poder Público e da comunidade;

d) publicidade de seus atos;

e) submissão ao controle do Tribunal de Contas dos recursos oficiais recebidos;

f) celebração de um contrato de gestão com o Poder Público, para a formação da parceria e a fixação das metas a serem atingidas e o controle dos resultados.<sup>48</sup>

De acordo com o diploma legal que hodiernamente regula as Organizações Sociais, poderão ser qualificadas as entidades que atenderem aos requisitos constantes na lei, caso em que obterão a aprovação [discricionária] do Ministro ou titular do órgão supervisor ou regulador da área da atividade que corresponde ao objeto social ou do Ministro da Administração Federal e Reforma do Estado, isso na esfera do Governo Federal.

Aos Estados e Municípios restou possibilitada a qualificação de Organizações Sociais às entidades privadas que atendessem as exigências legais e desde que não contrariassem as diretrizes da lei federal, exigindo, praticamente, os mesmos requisitos que constam no diploma federal.<sup>49</sup>

---

<sup>47</sup> *Ibid*, p. 471.

<sup>48</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29 ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 365.

<sup>49</sup> CITADINI, Antonio Roque. **Comentários e Jurisprudência sobre a Lei de Licitações Públicas**. 3 ed. atual. e ampl. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 213.

O ato administrativo [decreto] que qualifica uma Organização Social deverá ser motivado, apesar de ser um ato discricionário,<sup>50</sup> assim como, também deverá ter uma finalidade, ou seja, deverá indicar o fim público que irá atingir.<sup>51</sup>

Uma das exigências legais é que as Organizações Sociais tenham um Conselho de Administração como órgão de deliberação superior, com a participação de representantes do Poder Público e da comunidade (pessoas que possuam notória capacidade profissional e idoneidade moral).<sup>52</sup>

O Poder Público será o incentivador, fornecedor de recursos, assim como o fiscal da execução.<sup>53</sup>

### **Contrato de Gestão**

Outra exigência legal é a necessidade de celebração de um contrato de gestão entre a Organização Social e o Poder Público para a execução das atividades consideradas por este como de interesse público.<sup>54</sup>

O contrato de gestão não é um contrato regido propriamente pela Lei Federal nº 8.666/93, ou seja, não é um contrato administrativo puro e simples, com prevalência do Poder Público através das cláusulas exorbitantes.<sup>55</sup>

O contrato de gestão regulará a parceria entre a Organização Social e o Estado, permitindo a utilização - pela Organização Social - de recursos públicos e bens do Estado.

A Lei Federal nº 9.637, de 15 de maio de 1998, atribui às Organizações Sociais autonomia administrativa, sendo-lhes possível a realização de aquisições de bens e a contratação de obras e serviços sem a necessidade de cumprirem as regras que são impostas

---

<sup>50</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Op cit.*

<sup>51</sup> *Ibid.*, p. 149.

<sup>52</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 14 ed. rev. e atualiz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 102.

<sup>53</sup> *Id.*

<sup>54</sup> MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Administração Pública Centralizada e Descentralizada**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001. p. 451.

<sup>55</sup> *Ibid.*, p. 452.

para a Administração Pública, ou seja, as Organizações Sociais, acima referenciadas, não precisam submeter as suas aquisições ou contratações de serviço ao processo licitatório.<sup>56</sup>

Segundo o art. 5º da Lei Federal nº 9.637, de 1998, o contrato de gestão é:

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>57</sup>

O contrato de gestão deve possuir cláusulas regulando as responsabilidades e as obrigações das Organizações Sociais para com o Poder Público,<sup>58</sup> o que lhes permitirá receber não só recursos públicos, mas também bens públicos, através de permissão de uso.<sup>59</sup>

Edgar Guimarães<sup>60</sup> aponta que: “uma vez firmado o contrato de gestão, todas as posteriores contratações com a organização social que se referirem à execução das atividades nele arroladas, poderão ser realizadas por dispensa de licitação”.

## **Fiscalização**

As Organizações Sociais, por receberem e gerenciarem recursos públicos, são fiscalizadas no cumprimento de suas metas pela própria Administração, através do controle interno, e pelo Tribunal de Contas.<sup>61 62</sup>

Cabe ao Poder Público fiscalizar se o que foi determinado no contrato de gestão está sendo atendido a contento, avaliando o cumprimento dos prazos e das metas definidas no ajuste.

---

<sup>56</sup> CITADINI, Antonio Roque. **Comentários e Jurisprudência sobre a Lei de Licitações Públicas**. 3 ed. atual. e ampl. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 212.

<sup>57</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25 ed. rev. e atualiz. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 223.

<sup>58</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25 ed. rev. e atualiz. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 234.

<sup>59</sup> *Ibid.*, p. 237.

<sup>60</sup> GUIMARÃES, Edgar. **Contratação direta – comentários às hipóteses de licitação dispensável e inexigível** – coleção 10 anos de pregão. Editora Negócios Públicos do Brasil: Curitiba, 2008.p, 50.

<sup>61</sup> CITADINI, Antonio Roque. **Comentários e Jurisprudência sobre a Lei de Licitações Públicas**. 3 ed. atual. e ampl. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 213.

<sup>62</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 199.

É certo, por outro lado, que a Organização Social será desqualificada, mediante o devido processo legal, se deixar de cumprir o que consta no contrato de gestão, acarretando a rescisão desse contrato por não mais subsistirem os elementos que autorizaram a contratação direta da entidade.<sup>63</sup>

Lamentavelmente, a Lei Federal nº 9.637/98 não prevê, pelo menos de forma clara, se a Corte de Contas também fiscalizará a execução do contrato de gestão, uma vez que o art. 8º da referida lei<sup>64</sup> só faz referência, como órgão responsável pela fiscalização, o órgão que a credenciou, no caso a Administração Pública.<sup>65</sup>

Certo é que o Tribunal de Contas deverá ser comunicado se os responsáveis pela fiscalização, ou seja, os representantes do controle interno da Administração, constatarem alguma irregularidade ou ilegalidade na utilização dos recursos públicos, conforme prevê o art. 9º da mencionada lei<sup>66 67</sup>, sob pena dos agentes públicos virem a responder solidariamente pelos desvios realizados.

Verifica-se, enfim, que a Organização Social funciona como um instrumento do Estado para o desenvolvimento das atividades que embora exercidas por uma entidade privada são, na sua essência, de natureza pública, reclamando, portanto, maior fiscalização, seja pela Administração Pública, pelo Tribunal de Contas ou mesmo pelo Ministério Público, notadamente pelo fato de receberem recursos orçamentários para o cumprimento de suas obrigações, previstas no contrato de gestão.

---

<sup>63</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. *Op cit*, p. 237.

<sup>64</sup> Lei Federal nº 9.637/98: Art. 8º - A execução do contrato de gestão celebrado por organização social será fiscalizada pelo órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade fomentada.  
§ 1º A entidade qualificada apresentará ao órgão ou entidade do Poder Público supervisora signatária do contrato, ao término de cada exercício ou a qualquer momento, conforme recomende o interesse público, relatório pertinente à execução do contrato de gestão, contendo comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados, acompanhado da prestação de contas correspondente ao exercício financeiro.  
§ 2º Os resultados atingidos com a execução do contrato de gestão devem ser analisados, periodicamente, por comissão de avaliação, indicada pela autoridade supervisora da área correspondente, composta por especialistas de notória capacidade e adequada qualificação.

§ 3º A comissão deve encaminhar à autoridade supervisora relatório conclusivo sobre a avaliação procedida.  
<sup>65</sup> MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Administração Pública Centralizada e Descentralizada**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001. p. 453.

<sup>66</sup> *Id.*

<sup>67</sup> Lei Federal nº 9.637/98 – Art. 9º. Os responsáveis pela fiscalização da execução do contrato de gestão, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou bens de origem pública por organização social, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.

## Aspectos controversos

Existem aspectos controversos tanto nas contratações [sem licitação] das Organizações Sociais pelo Poder Público, como nas contratações [diretas] realizadas pelas Organizações Sociais.

Com relação à contratação direta das Organizações Sociais pela Administração Pública, verifica-se que inobstante estar fundamentada na ideia de que o Estado não pode arvorar-se em único provedor de bens e serviços públicos, promovendo a retorno para o setor privado de atribuições que podem ser realizadas por entidades privadas [não estatais], mas de caráter público, muitas das "Organizações Sociais" são criadas da noite para o dia, sendo contratadas sem qualquer processo competitivo de verificação quanto a sua capacidade gerencial. Peca o controle ou a fiscalização dessas entidades que não deveria ser apenas de fim, mas também de "meio", ou seja, durante a execução de suas atividades, previstas no contrato de gestão.

O programa de publicização instalado com a reforma do Estado deveria ter previsto que todos aqueles que recebessem recursos públicos deveriam se submeter se não ao processo licitatório, pelo menos a sua principiologia, pois como o controle é finalístico, há grande possibilidade de que durante a execução do contrato de gestão haja desvio de recursos repassados, deixando, conseqüentemente, de obter a tão esperada eficiência administrativa.

Ora, como as Organizações Sociais desempenham suas atividades utilizando instalações, bens móveis e imóveis de órgãos ou entidades estatais, além de recursos orçamentários, parece razoável que essas entidades se submetam aos mesmos rigores ou limites da Administração Pública.

Seria suficiente o controle finalístico das atividades desenvolvidas pelas Organizações Sociais, não fosse a possibilidade do manejo, por essas entidades, de recursos públicos para o atingimento das metas definidas no contrato de gestão, não sendo tolerável o afastamento das limitações que incidem sobre todos os atos da Administração Pública.<sup>68</sup>

Segundo Celso Antonio Bandeira de Mello, a lei disciplinadora das "Organizações Sociais" autorizou, inconstitucionalmente, a celebração de contratos sem licitação e sem

---

<sup>68</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21 ed. 2 reimp. São Paulo: Atlas, 2008. p. 472.

qualquer cautela, mesmo a mais elementar, resguardadora dos princípios constitucionais da impessoalidade (prestante para assegurar o princípio da moralidade) garantidora dos interesses públicos.<sup>69</sup>

Ainda, segundo essa doutrinadora, para se adequar os princípios constitucionais, as Organizações Sociais deveriam atender os seguintes requisitos:<sup>70</sup>

- a) exigência de licitação para a escolha da entidade;
- b) comprovação de que a entidade já existe, tem sede própria, patrimônio, capital, entre outros requisitos exigidos para que uma pessoa jurídica se constitua validamente;
- c) demonstração de qualificação técnica e idoneidade financeira para administrar o patrimônio público;
- d) submissão aos princípios da licitação;
- e) imposição de limitações salariais quando dependam de recursos orçamentários do Estado para pagar seus empregados;
- f) prestação de garantia tal como exigida nos contratos administrativos em geral, exigência essa mais aguda na organização social, pelo fato de ela administrar patrimônio público.

De acordo com o Decreto Federal nº 5.504, de 05 de agosto de 2005, que estabelece a exigência de utilização do pregão, preferencialmente na forma eletrônica, para entes públicos ou privados, nas contratações de bens e serviços comuns, realizadas em decorrência de transferências voluntárias de recursos públicos da União, decorrentes de convênios ou instrumentos congêneres, ou consórcios públicos, as Organizações Sociais deveriam realizar licitação para contratação com recursos financeiros da União.

Ocorre que através do Decreto Federal nº 6.170, de 25 de julho de 2007, a regra acima prevista foi relativizada para as Organizações Sociais, sendo a obrigação de licitar, por pregão, substituída por uma “cotação prévia de preços no mercado”, mitigando, assim, o princípio constitucional da licitação. Ao menos restou determinado que as Organizações Sociais observassem os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade.<sup>71</sup>

Os serviços elencados na Lei Federal nº 9.637/98, que serão prestados pelas Organizações Sociais, fazem parte dos serviços que, como visto anteriormente, deveriam ser

---

<sup>69</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25 ed. rev. e atualiz. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 234.

<sup>70</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. *Op cit*, p. 473.

<sup>71</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 474.

prestados pelo Estado, conforme determina a Constituição Federal nos artigos 196, 205, e 208<sup>72</sup>.

O correto seria o Estado prestar os serviços e as Organizações Sociais atuarem de forma complementar, sem retirar deste a competência que foi determinada pela Constituição. O Estado não pode declinar da prestação de um serviço à população mediante transpasse a um particular sem a devida autorização constitucional. É regra que a Constituição Federal não pode ser interpretada com base numa lei, mas a lei necessita ser interpretada com base na Constituição.

Outro disparate apurado nas Organizações Sociais é a possibilidade de servidores públicos serem cedidos a esses entes, embora continuem a ser remunerados pelo Poder Público<sup>73</sup>.

Calha lembrar que inicialmente o objetivo das Organizações Sociais, era o de concentrar as atividades desenvolvidas pelos órgãos e entidades públicas em entidades privadas, ocasionando a extinção daquelas, ficando os particulares com os bens do Estado e os serviços regidos ou disciplinados pelas regras do direito privado.<sup>74</sup>

Desta forma, embora se fale em ‘publicização’, a Lei está, efetivamente, galgando mais um passo na diminuição da estrutura administrativa, por um processo de ‘privatização’. O regime em que era prestada a atividade, de público, passa a ser privado. Na verdade ela é substituída por um ente particular.<sup>75</sup>

Enfim, interpretando-se os comandos da Lei Federal nº 9.637/98 com os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público chega-se a conclusão de que toda e

---

<sup>72</sup> Art. 196 – A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação;

[...]

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. 208 – O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I – educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria.

[...].

<sup>73</sup> *Ibid.*, p. 240.

<sup>74</sup> MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Administração Pública Centralizada e Descentralizada**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001. p. 449.

<sup>75</sup> *Id.*

qualquer cessão de bens, pessoal e de recursos públicos tem de ser antecedida de providências que evidenciem ser essa a solução a mais adequada para a satisfação do interesse público. Não se deve, assim, realizar a contratação direta de uma Organização Social para obtenção de resultados incertos ou menos eficientes do que os resultantes da atuação da Administração Pública.<sup>76</sup>

A Organização Social, uma vez recebidos os recursos públicos, deve, por dicção legal, geri-los segundo os parâmetros de eficiência exigidos pela iniciativa privada. No entanto, as regras acerca de improbidade administrativa devem ou pelo menos deveriam ser aplicadas se verificadas ao longo da execução do contrato de gestão condutas infringentes da moralidade.

A fiscalização interna das atividades desenvolvidas por essas organizações é também questionável, uma vez que o Conselho Administrativo, segundo se infere da legislação federal, é constituído por representantes do Poder Público e da Sociedade Civil, de notória capacidade profissional e reconhecida idoneidade moral, mas indicados [escolhidos] pela Administração. Verifica-se, igualmente, que a formação do Conselho Administrativo não é paritária e isso faz com que o controle social dessas entidades seja realizado somente na fase de avaliação da prestação dos serviços, ou seja, apenas o controle finalístico.

### **Considerações finais**

Como base na doutrina antes citada, tem-se que as Organizações Sociais originadas de um modelo britânico caracterizam-se, antes de tudo, como um mecanismo de relativização da regra constitucional de licitar, uma vez que através da Lei Federal nº 9.648, de 1998, restou possibilitada a contratação direta, com dispensa de licitação, pela Administração Pública de serviços prestados por essas entidades privadas, conforme o contrato de gestão.

O legislador federal diante do novo modelo de Estado, o Regulador, buscou conferir às Organizações Sociais um maior grau de flexibilidade na gestão de recursos financeiros, humanos e materiais destinados pelo Poder Público, permitindo que as suas contratações não se submetessem as regras licitatórias, bastando apenas uma mera e prévia pesquisa de preços no mercado.

---

<sup>76</sup> JUSTEN FILHO. Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 6 ed. rev. e ampl. São Paulo: Dialética, 1999. p. 36.

A rigor, a Organização Social deveria complementar a atuação do Estado. A prestação de um serviço público, tanto de modo direto como de modo indireto, deveria ter uma estreita vinculação ao regime jurídico-administrativo, obedecendo aos princípios orientadores da Administração Pública que constam na Constituição Federal.

Pelo fato da Organização Social não se submeter ao procedimento licitatório para a escolha de quem irá executar seus objetivos estatutários, há fundada possibilidade de violação aos princípios constitucionais, principalmente com relação ao princípio da moralidade.

A violação ressaltada já nasce na própria escolha das entidades privadas que serão qualificadas como Organizações Sociais, dada à discricionariedade outorgada pela lei ao administrador público.

Em razão da falta de fiscalização na execução do contrato de gestão, surge a necessidade de um controle maior sobre as Organizações Sociais, seja por parte da Corte de Contas, do Ministério Público, ou mesmo da sociedade civil. Há inúmeras notícias de desvios de comportamento e de finalidade cometidos por Organizações Sociais, principalmente na prestação de contas, com a utilização de notas frias, em valores maiores que os efetivamente gastos.

Relata a doutrina sobre o tema a nítida intenção do legislador em burlar as regras do regime jurídico de direito público, uma vez que a entidade privada utilizará patrimônio e servidores públicos.

A prestação dos serviços públicos deveria ser mais eficiente, de melhor qualidade com redução de despesas, o que não ocorre, via de regra, com as Organizações Sociais, pois em muitas das situações há desvios, sendo pagos serviços que não foram prestados efetivamente.

Enfim, não existe um fundamento constitucional para que as Organizações Sociais sejam dispensadas de licitação e de se submeter às limitações impostas para o Poder Público.

## **Referências**

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

BRANDÃO, Antônio José. **Moralidade Administrativa**. In: Revista de Direito Administrativo nº 25/457.

BRASIL. Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988. **Constituição**: República Federativa do Brasil. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em 03/11/2012.

BRASIL. Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm). Acesso em 03/11/2012.

BRASIL. Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. Disponível [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9637.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9637.htm). Acesso em 03/11/2012.

BRASIL. Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999. Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9790.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9790.htm). Acesso em 03/11/2012.

CITADINI, Antonio Roque. **Comentários e Jurisprudência sobre a Lei de Licitações Públicas**. 3 ed. atual. e ampl. São Paulo: Max Limonad, 1999.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. RT, 2000.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Terceiro Setor e Estado: Legitimação e Regulação – Por um novo marco jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21 ed. 2 reimp. São Paulo: Atlas, 2008.

\_\_\_\_\_. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 1999.

FERREIRA, Wolgran Junqueira. **Princípios da Administração Pública: Constituição Federal, art. 37, caput**. Bauru: EDIPRO, 1995.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 17 ed. atualizada por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2012.

GUIMARÃES, Edgar (Coord.). **Cenários do direito administrativo: estudos em homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

GUIMARÃES, Edgar. **Contratação Direta – comentários às hipóteses de licitação dispensável e inexigível** – coleção 10 anos de pregão. Editora Negócios Públicos do Brasil Ltda.: Curitiba, 2008.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Contratação direta sem licitação**. 8 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

\_\_\_\_\_. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 6 ed. rev. e ampl. São Paulo: Dialética, 1999.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Administrativo**. 2 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Administrativo**. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Administração Pública Centralizada e Descentralizada**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2000.

MAGALHÃES, Roberto Barcellos de. **Direito Administrativo. Coleção Provas e Concursos 4**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1992.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 14 ed. rev., e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29 ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

\_\_\_\_\_. **Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

MELO, Cristina Andrade. **As organizações sociais e as Quasi *autonomous non governmental organizations* (Quangos) da Grã-Bretanha: uma fuga para o direito privado?** Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, abril/junho de 2011, v. 79, n. 2, ano XXIX.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**, 10ªed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Dispensa e inexigibilidade de licitação pública**. São Paulo: Dialética, 2003.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de (Coord.). **Direito do terceiro setor: atualidade e perspectivas**: coleção comissões. Curitiba: Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Paraná, 2006

OLIVO. Luis Carlos Cancellier de. **As Organizações Sociais e o novo espaço público**. Florianópolis: FEPESE/Editorial Studium, 2005.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **A reforma do Estado dos anos 90: lógica e mecanismo de controle**. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997. (Coleção Cadernos MARE, n. 1).

PINTO, Elida Graziani. **Organizações Sociais e Reforma do Estado no Brasil**. In: Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte: TCMG, v.. 36, nº 3. Jul./set. 2000.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Algumas considerações sobre a incidência de direitos fundamentais nas relações do Estado com empresas e organizações sociais. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (Coord.). **Terceiro setor, empresas e estado: novas fronteiras entre o público e o privado**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 87-109.

SANTOS, José Anacleto Abduch. **Contratos de Concessão de Serviços Públicos Equilíbrio Econômico-Financeiro**. Curitiba: Juruá, 2002.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Contratual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e Contrato Administrativo**. São Paulo: Editora Malheiros, 1999.

VIOLIN, Tarso Cabral. **Terceiro setor e as parcerias com a Administração Pública**. 2. ed. rev. Ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010.