
A FUGA PARA O DIREITO PRIVADO E A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1923/DF

*TRAIL FOR PRIVATE AND THE DIRECT ACTION OF
UNCONSTITUTIONALITY 1923/DF*

João Gabriel Ribeiro Pereira Silva

Advogado da União

Graduado em direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora

SUMÁRIO: Breve análise sobre o tema; 1 Da fuga para o direito privado; 2 Os regimes de parceria; 2.1 As Organizações Sociais e as Organizações Cíveis de Interesse Público; 2.2 A ADI 1923/DF e a constitucionalidade da Lei 9637/98; 2.3 Perspectivas críticas das decisões; 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: A fuga para o direito privado, fenômeno moderno que vem marcando o direito administrativo, vem se acentuando de forma vertiginosa nos últimos anos, constituindo sério desafio para a advocacia pública no exercício de suas funções contenciosas e consultivas. Neste contexto, despontam as Organizações Sociais (OS) e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), cuja regulamentação foi alvo de questionamento de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. O controle concentrado ainda se encontra em curso, porém, já se percebe a existência de uma tendência a ser alinhavada pela corte constitucional. A partir de tais diretrizes, pode-se buscar construir propostas para o aprimoramento do instituto.

PALAVRAS-CHAVE: Fuga para Direito Privado. Organizações Sociais (Os). Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP). Supremo Tribunal Federal. ADI 1923/DF.

ABSTRACT: The runaway to private law, modern phenomenon that has marked the administrative law, has been increasing steeply in recent years, constituting serious challenge for public advocacy in exercise of its contentious and advisory functions. In this context, emerge Social Organizations (OS) and Civil Society Organizations of Public Interest (OSCIP), whose regulation was submitted to the Supreme Court. The concentrated control is still in progress, but we already see there is a tendency to be stitched up by the constitutional court. Based on these guidelines, we can build proposals for the improvement of the institute.

KEYWORDS: Runaway to Private Law. Social Organizations (Os). Civil Society Organizations of Public Interest (OSCIP). Supreme Court. ADI 1923/DF.

BREVE ANÁLISE SOBRE O TEMA

A fuga para o direito privado é problemática atual, que vem ganhando relevância diante da doutrina pátria desde a década de noventa, frente ao crescente movimento de descentralização dos serviços públicos que tem sido posto em prática pelo Estado brasileiro.

A implementação de políticas públicas através dos novos sistemas de atuação administrativa vem sendo tema recorrente na atividade cotidiana dos órgãos de representação judicial e extrajudicial dos entes públicos, principalmente na temática atinente aos instrumentos de controle e implementação daqueles.

Independente das formas que vem assumindo, a transferência da execução das atividades públicas para o setor privado tem sido prestigiada e efetivada de forma persistente, sem, muitas vezes, se cercar da cautela que lhe deveria ser inerente.

A par do que já se construiu acerca do instituto da descentralização, é inegável a existência de uma profunda lacuna que atinge, principalmente, a questão da participação de pessoas jurídicas de direito privado em conjunto com o poder público, na prestação dos serviços de sua alçada, principalmente quando não há uma delegação própria de serviços públicos, o que qualifica a atuação, geralmente, como cooperativa.

Dentro de tal categoria, merecem especial atenção as Organizações Sociais (OS) e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse público (OSCIP).

Isto porque, frente ao recente surgimento de tais instituições, tem-se demonstrado de veras árida a definição de seus contornos, uma vez que se trata, de fato, de verdadeiras inovações inseridas na sistemática da organização estatal pátria.

Tais dificuldades tem trazido uma série de problemas, que possuem como principal prejudicado não só o sistema jurídico, mas, também – e principalmente – o Estado brasileiro, assim como o povo que lhe compõe.

Conforme seria de se esperar, tal controvérsia não tem passado ao largo do caminho do Supremo Tribunal Federal, que, no exercício de sua judicatura constitucional, começou a se pronunciar, por intermédio dos Ministros Luis Fux e Carlos Ayres Britto, acerca da constitucionalidade de alguns dispositivos inseridos na legislação que diz respeito às Organizações Sociais (ADI 1923/DF – Informativo 622 do Supremo Tribunal Federal).

Diante de tais fatos, torna-se premente a necessidade de se densificar o trato dispensado a tais situações, como forma de promover a função social exercida pelo direito e evitar a problemática que se formou

no entorno da matéria atinente à atuação cooperativa do setor privado juntamente ao poder público.

Neste íterim, a proposta que será desenvolvida por este trabalho se insere na análise crítica do que foi produzido durante o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade supracitada, culminando com o desenvolvimento de proposta de atuação a ser adotada pelos órgãos de assessoramento jurídico do poder público.

1 DA FUGA PARA O DIREITO PRIVADO

Antes de proceder à análise do fenômeno posto à baila, cumpre que se destaque a dificuldade com que se depara o intérprete quando o assunto tratado é a “privatização”.

Como já assinala a doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o conceito de privatização “importava em redefinir o âmbito próprio do Estado, mudando suas antigas por novas fronteiras, mediante uma revitalização das liberdades econômicas dos indivíduos”¹

Procurando definir o instituto, a mesma autora propõe o seguinte conceito:

[...] conjunto ou de um processo aberto, que pode assumir diferentes formas, todas amoldando-se ao objetivo de reduzir o tamanho do Estado e fortalecer a iniciativa privada e os modos privados de gestão dos serviços públicos.²

A par de tal conceito amplo do fenômeno da privatização, cumpre destacar que o mesmo foi adotado pela Lei 9.491/97 de forma restrita, como mera técnica de transmissão do controle acionário das empresas estatais ao setor privado.

De todo modo, interessa-nos, para o presente estudo, a conceituação *lato*, ofertada pela doutrinadora supracitada, sendo incontestável a sua identificação com o fenômeno da fuga para o direito privado que se pretende analisar.

Assim é que, diante do dilema vivido pelo Estado Social, deparou-se a administração pública com uma profunda ineficiência de seu aparato, o que conduziu a uma série de atividades voltadas à transferência dos ônus administrativos ao setor privado.

1 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 17.

2 *Ibid*, p. 19.

Tal movimento, que tem sido denominado pela doutrina pátria de descentralização³, de acordo com José dos Santos Carvalho Filho, pode ser realizada de duas formas básicas: “por meio de lei (delegação legal) e [...] por negócio jurídico de Direito Público (delegação negocial)”⁴

A delegação legal está prevista pelo Art. 37, XIX da Constituição Federal da República Federativa do Brasil. A partir de sua utilização, passou-se a se conceber a administração indireta, que recebe atribuições a partir da lei instituidora de suas funções.

Já a delegação negocial é viabilizada por intermédio de negócios jurídicos regrados pelo direito público, previstos, entre outros, pela Lei 8987/95 com regulamentação ampla e influxo decisivo da atual legislação referente ao processo público de concorrência consubstanciado na licitação.

Analisando-se tais categorias, cujos institutos já se encontram enraizados e bem desenvolvidos na dogmática jurídica pátria, depreende-se que a nota comum entre ambos é o forte influxo de comandos legais que regem as relações de transferência de ônus que lhes envolvem.

Assim é que, ao se valer da delegação legal ou negocial, o Estado deverá atentar para o complexo de normas atinente à matéria, guiando o negócio pelo cipoal legislativo vigente, sob pena de nulidade plena da atividade concessiva.

Neste íterim, verifica-se que, ao repassar os ônus que lhe apeteçam, a administração pública solve a problemática relativa ao inchaço do aparato burocrático, promovendo, de uma só vez, o equilíbrio financeiro e a tão sonhada efetividade da prestação dos serviços públicos.

Entretanto, por não enfrentar a celeuma burocrática retardante conferida pela execução direta, depara-se o poder público com uma série de exigências legais e administrativas para que possa lançar mão das técnicas de prestação indireta que envolvem a iniciativa privada.⁵

Destarte, diante de tal dilema, a prestação dos serviços públicos acaba por se ver prejudicada de todo modo. Isto porque as barreiras

3 ZUGNO, Renato. Espaços Públicos Compartilhados entre a Administração Pública e a Sociedade. São Paulo. Renovar, 2003. p. 45. No mesmo sentido: FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*, 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 328, conceituando a descentralização como “fato administrativo que traduz a transferência da execução de atividade estatal a determinada pessoa, integrante ou não da administração”

4 Ibid. p. 329

5 As exigências legais que circundam a matéria da delegação de serviços públicos refoge à temática do presente trabalho, apesar de ser nota fundante do sistema de “fuga para o direito privado”, cujo estudo, demandaria esforço autônomo e apartado, devido às suas complexidades.

legais exurgem durante a prestação do serviço, ou antes da delegação, a depender do procedimento que se adote.

2 OS REGIMES DE PARCERIA

Diante dos problemas enfrentados pelas formas de descentralização consagradas, passou-se a cogitar de uma nova forma de efetivar a prestação de serviços públicos que, ao mesmo tempo, atendesse aos interesses econômicos e financeiros do Estado e fosse capaz de atender aos reclamos realizados pelos princípios administrativos.

Conforme acentuou Gilmar Ferreira Mendes⁶, os novos regimes administrativos implementados pelo poder público se inserem num contexto de reforma estatal, iniciado na década de noventa, dentro da qual se destaca a Declaração de Madrid, aprovada em 14 de outubro de 1998 pelo Conselho Direito do Centro Latino Americano de Administração para o Desenvolvimento (CLAD), responsável pela reforma gerencial dos Estados latino-americanos.

Tal ímpeto reformador parte da constatação de que a solução para a crise do aparato burocrático estatal não estaria em seu desmantelamento, mas em sua reconstrução, o que implica em funda modificação estrutural do modelo que vinha sendo adotado, adequando-o aos reclamos da novel ordem social, principalmente os relacionados à segurança contratual exigida pelo mundo globalizado e aos direitos sociais. Busca-se, desta feita, uma via alternativa ao modelo não intervencionista do Estado liberal e à proposta altamente burocrática do estado intervencionista.

Desse modo, uma vez atenuado o perigo representado pelos movimentos inflacionários, através da primeira geração de medidas que alteraram os contornos gerenciais da administração pública, surge um novo dilema relacionado à efetividade das prestações sociais constitucionalmente atribuídas ao Estado, a qual, seguramente, vivencia uma crise existencial em face da ausência de propostas seguras para solucionar os diversos problemas com que se tem deparado.

E é neste contexto que surge o regime de parcerias como possível solução à já anunciada crise de efetividade das prestações sociais.

De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro, as parcerias são “todas as formas de sociedade que, sem formar uma nova pessoa jurídica,

6 BRASIL, Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923/DF*. Requerentes: PARTIDO DOS TRABALHADORES - PT e PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT. Relator: Ministro Ayres Britto. Análise realizada no voto proferido quando do julgamento da medida cautelar.

são organizadas entre os setores público e privado, para a consecução de fins de interesse público.”⁷

Prosegue a autora dizendo que: “Nela existe a colaboração entre o poder e a iniciativa privada nos âmbitos social e econômico, para a satisfação de interesses públicos, ainda que, do lado do particular, se objetive lucro”.

Nota-se que há a inserção de um novo recurso no rol de alternativas postas à disposição do poder público para prestação dos serviços públicos, cujo surgimento é relativamente recente e cujo emprego vem gerando diversas controvérsias na atualidade.

Observando-se o panorama fático da realidade social brasileira, percebe-se que o regime de parceria tem sido privilegiado no trato dos serviços públicos cuja prestação se insere de forma mais rígida entre as atribuições conferidas ao Estado pela Carta Magna de 1988, dentre as quais pode-se citar a saúde, cuja prestação e regulamentação deve ser realizada pelo Estado, de forma direta ou indireta, podendo-se valer da cooperação particular em todos os casos, conforme exegese dos arts. 197 e 199 da CRFB/88.

Dentre as entidades que compõe os contornos da gestão em parceria, pode-se destacar a parcela do setor privado que compõe o chamado “terceiro setor”, cuja definição precisa foi dada por José dos Santos Carvalho Filho nas seguintes palavras:

[...] o terceiro setor resulta de iniciativas da sociedade civil, através de pessoas de atuação voluntária, associações e organizações não-governamentais, para a execução de funções eminentemente sociais, sem alvejar resultados lucrativos [...]”⁸

Tais entidades atuam em colaboração com o poder público, otimizando a prestação dos serviços de sua alçada, através do fornecimento de recursos diversos, gerando, a princípio, um menor ônus financeiro e burocrático para o Estado.

No âmbito de tal vertente cooperativista, destaca-se, para fins de aprofundamento no presente estudo, as Organizações Sociais e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público. Isto porque, além de serem figuras que se encontram em destaque tanto na prática administrativa quanto no cotidiano dos tribunais, ambas apresentam-se como construções relativamente novas, que reclamam bom desenvolvimento regulamentar imediato.

7 DI PIETRO, op. cit., p. 33.

8 FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 337

2.1 AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS E AS ORGANIZAÇÕES CIVIS DE INTERESSE PÚBLICO

Aparentemente, o surgimento dos contratos de atuação cooperativa, bem como das figuras societárias que os envolvem, remonta ao direito francês, onde os contratos de transferência de ônus públicos ao setor privado tem assumido as mais variadas formas desde a década de 60 do século passado.⁹

No Brasil, além das concessões e permissões de serviço público, tem se destacado, conforme já se acentuou alhures, a gestão em parceria obtida juntamente às Organizações Sociais (OS) e às Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), ambas como formas de privatização *lato sensu*, que manifestam verdadeira confirmação do fenômeno de fuga para o direito privado que vem sendo noticiado, e cujas disciplinas se inserem no famigerado “plano de publicização” operado pela Administração Pública Federal.

Interessante destacar que, embora sejam as estruturas dos institutos jurídicos em apreço estudadas em apartado nas grandes obras de Direito Administrativo brasileiras, tanto a OS quanto a OSCIP possuem objetivo idêntico, que se consubstancia, nas palavras de Maria Sylvia Di Pietro, em

[...] instituir parceria entre o poder público e uma organização não governamental qualificada pelo poder público, sob certas condições, para prestar atividade de interesse público mediante variadas formas de fomento pelo Estado.¹⁰

Assim é que, dentro do objeto pretendido pelo modelo de gestão corporativa engendrado pelo regime legal supracitado, estão as Organizações Sociais e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público autorizadas a gerenciar diretamente o patrimônio público, em suas mais diversas vertentes, conforme se pode depreender, por exemplo, dos arts.12 e 14 da Lei 9637/98 e dos art. 9º da Lei 9790/99.

Entretanto, o que diferencia fundamentalmente ambas as construções é a qualificação jurídica atribuída por determinado diploma legal, bem como a forma que assumirá a pactuação entre a mesma e a administração. Assim é que determinada Pessoa Jurídica será qualificada

9 Apenas para exemplificar, podem ser destacados os contratos de programa, de empresa, de plano e de objetivos, os quais são trabalhados com maestria por Maria Sylvia Di Pietro em sua obra: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, Parcerias na administração pública. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 200 - 204

10 DI PIETRO, op. cit., p. 210.

como Organização Social acaso cumpra as diretrizes estabelecidas pela Lei 9637/98, hipótese em que estará apta a firmar contrato de gestão para atuar em parceria com o poder público. Lado outro, as Pessoas Jurídicas que pretendam se revestir da forma de Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público deverão atender às prescrições erigidas pela Lei 9790/99, atuando em colaboração com a administração mediante termo de parceria.

Diante de tal fato, forte na doutrina apresentada pela professora Maria Sylvia Di Pietro, podemos concluir que os instrumentos jurídicos são praticamente os mesmos, de modo que ambas as entidades deveriam ser tratadas de forma única, submetendo-se ao mesmo regime jurídico.

Todavia, apesar do aparente conflito legislativo, que, sem dúvida, afronta a instrumentalidade almejada por qualquer ciência da administração, mister que se destaque que o regime apresentado pela Lei 9790/99 se afigura mais apropriado, uma vez que possui maiores cautelas e se mostra mais técnico tanto no procedimento de qualificação da instituição quanto no de formalização do pacto contratual.

Isto porque, conforme se pode depreender da análise dos diplomas legais supracitados, a OSCIP se submete a um regramento de qualificação minucioso, onde a definição das entidades que podem gozar do benefício se submete a requisitos severos que vão desde a esmerada especificação dos requisitos exigidos para a qualificação da entidade (arts. 1º a 4º da Lei 9790/99) até a minudente especificação dos requisitos necessário à composição do termo de parceria (arts. 9º a 15 da Lei 9790/99), representando um rigorismo científico compatível com o interesse público que envolve a gestão dos recursos públicos.

De modo diferente, a Lei 9637/98, apresenta inegável conteúdo de imoralidade, que culmina no surgimento de riscos profundos para o patrimônio público, uma vez que se torna nítida o desvio de finalidade do contrato de gestão, que, ao invés de se apresentar como instrumento de fomento, exsurge como verdadeiro meio de transferência de recursos públicos, humanos e patrimoniais, para particulares, sem que, contudo, haja o influxo da rígida normativa ínsita a esta operação.

Por vias transversas, conforme bem observou Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

A idéia (contida na Lei 9637/98) é que os próprios servidores da entidade a ser extinta constituam uma Pessoa Jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, e se habilitem como organizações sociais, para exercerem a mesma atividade que antes exerciam¹¹

11 DI PIETRO, op. cit., p. 210.

utilizando o mesmo patrimônio, refugindo ao estreito regime de legalidade aplicável ao poder público.

Isto porque, apesar de enunciar o fomento como principal função do contrato de gestão, o próprio diploma normativo que rege as Organizações Sociais apresenta, em pelo menos uma situação, a possibilidade de que a prestação do serviço público seja realizada diretamente pela pessoa jurídica de direito privado, o que, a princípio, seria efetivado por meio de concessão ou permissão, uma vez que são estas as matrizes da delegação do serviço público (regidas pela Lei 8987/95), levando-nos a crer que tal operação se apresenta como verdadeira afronta aos princípios gerais que norteiam o direito administrativo, notadamente a Moralidade e a Legalidade.

Somando-se a tais aspectos de inconstitucionalidade, não pode se deixar de mencionar a total ausência de rigor científico presente nos arts. 1º e 2º da Lei 8637/98 que, ao contrário dos dispositivos iniciais da legislação que rege as OSCIP, apresentam critérios amplamente discricionários para que seja realizada a qualificação da Pessoa Jurídica como Organização Social, fato este que se soma à ausência de garantias exigidas do particular como fator que também evidencia o descuro do legislador com relação ao patrimônio público e, por via de consequência, acentua o caráter inconstitucional do regime instaurado pela Lei 8637/98.

Por fim, ainda dentro da análise da estrutura das OS e OSCIP, e, tendo por base todos os questionamentos acima realizados, impende analisar a viabilidade jurídica do preceito contido no art. 24, XXIV da Lei 8666/93, que dispensa a realização do certame licitatório 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.”

Frente a tal questionamento torna-se prudente a realização de análise percuciente acerca da matéria, uma vez que a verificação de constitucionalidade pressupõe a tomada de uma série de cautelas, tendo em vista o amplo papel desempenhado pela carta magna no seio do Estado Democrático brasileiro.

Neste sentido, como recurso técnico indispensável, impende destacar a doutrina construída pelo eminente constitucionalista e Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes, que, ao analisar o papel desempenhado pela Constituição de um Estado destaca que:

A constituição escrita não se limita a estabelecer os baldrames da organização estatal e os fundamentos da ordem jurídica da

comunidade, mas desempenha relevante papel como instrumento de estabilidade, de racionalização do poder e de garantia da liberdade.¹²

Desse modo, resta claro que o juízo de constitucionalidade deve ser realizado em sintonia com a funcionalidade prática apresentada pelo instituto da Organização Social, sem se olvidar o plexo normativo constitucional que exerce influência direta com relação à administração pública.

2.2 A ADI 1923/DF E A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 9637/98

Frente às já noticiadas perplexidades que surgiram com o advento da Lei das Organizações Sociais, a comunidade jurídica se despertou diante dos potenciais prejuízos que poderiam vir a ser carreados ao patrimônio público com a aplicação dos comandos legislativos contidos na Lei 9637/98.

A par das críticas doutrinárias que surgiram de imediato¹³, o Partido dos Trabalhadores (PT) e o Partido Democrático Trabalhista (PDT), por intermédio de seus diretórios nacionais, houveram por bem ajuizar Ação Direta de Inconstitucionalidade, requerendo a declaração de inconstitucionalidade dos arts. 1º a 22 da Lei 9637/98, bem como do art. 1º da Lei 9648/98, por representarem os mesmo afronta aos seguintes preceitos: Art. 5º, XVII e XVIII, Art. 22, XXVII; Art. 23, I, II, III, IV, VI, VII; Art. 37, II, XXI; Art. 40, I, III, “a” a “d” e § 4º; Art. 49, X; Art. 70; Art. 71, II, III; Art. 74, I, II, III, IV, §§ 1º e 2º; Art. 129, I, II, III; Art. 169, §1º, I e II; Art. 175, *caput*; Art. 194, *caput* e parágrafo único; Art. 196; Art. 197; Art. 199, § 1º; Art. 205; Art. 206, III, IV e VI; Art. 208, I a VII, §§ 1º e 2º; Art. 211, § 1º; Art. 213, I e II; Art. 215, *caput*; Art. 216, I a V e § 1º; Art. 218, §§ 1º, 2º, 3º, 5º; Art. 225, § 1º, I, II, V e VII e Art. 209, todos da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988.

Dentre os argumentos aventados pelas representações partidárias para sustentar a suposta pecha de inconstitucionalidade, pode-se destacar a já aventada confusão institucional que ocorre na estrutura da Organização Social, que, apesar de receber recursos públicos, possui estrutura de direito privado, atuando como se particular fosse, sem as amarras impostas pelo regime de direito público, que se vê amplamente frustrado em benefício de uma suposta otimização de gestão, que reputa como maléfica as

12 Mendes, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1001.

13 Por todos: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 4. ed. cap. 10, São Paulo: Atlas, 2002.

consequências erigidas pelas bases de direito público já consolidadas perante a ordem constitucional inaugurada pela carta magna vigente.

Também atua com preponderância a crítica realizada à forma de regulamentação do contrato de gestão, em decorrência da transferência de serviços essencialmente públicos que pode se operar por meio de suas disposições, em completo desacordo com todo o sistema constitucional dispensado às funções administrativas, o que pode vir a causar consequências nefastas à qualidade da prestação dos mesmos, beneficiando-se uma minoria politicamente influente em detrimento de toda a coletividade.

Os judiciosos argumentos esposados na impugnação objetiva de constitucionalidade apontam, com o mesmo espeque, as decorrências lógicas do processo de fuga para o direito privado, que se verificariam com a redução da destinação de verbas aos serviços públicos, bem como com a alteração da faceta dos serviços essencialmente atribuídos ao Estado, que passariam a ser duplamente onerados, através da carga tributária e da crescente cobrança pelos particulares que “desinteressadamente” buscam o terceiro setor para “auxiliar” o Estado em seu mister, uma vez que um dos objetivos do “plano de publicização” posto em prática pelo Estado brasileiro tem sido, em grande escala, o despojo das funções essenciais em prol de uma máquina enxuta. .

Neste ponto, ganha especial relevo a questão da isenção de procedimento licitatório que foi ofertada pela Lei 9648/98 às Organizações Sociais, ao fazer inserir o vergastado inciso XXIV ao art. 24 da Lei 8666/93, preceito este que, conforme a exordial deflagradora do controle de constitucionalidade, afronta os arts. 22, XXVII, 37, XXI e 175 da CRFB/88.

Sustenta-se, em resumo, a inconstitucionalidade da dispensa de licitação para contratação de Organização Social por afronta ao interesse público e em função da expressa vedação à ocorrência de dispensa exposta pelo art. 175 da carta magna, que não seria superada pela simples “qualificação” da entidade como OS, dado que ela continuaria a ser entidade de direito privado e, por isso, sujeita a todas as normas de ordem pública vigentes para contratação com o poder público.

Ademais, a Lei 9637/98, em seu art. 4º, VIII, ao delegar a possibilidade de que os administradores das OS possam dispor acerca do regime contratações para gerir os recursos e bens públicos que lhes foram confiados, também estaria maculada por irremediável pecha de inconstitucionalidade, em função do desrespeito aos comandos dos art. 22, XXVII e 37, XXI, ambos da CRFB/88.

Outra mácula encontrada na estrutura da Lei 9637/98, diz respeito à possibilidade de contratação de pessoal para compor os quadros das OS sem a realização de concurso público e sem a necessária previsão

orçamentária prévia (art. 4º, V, VII e VIII), reclamadas, sucessivamente, pelo princípio da legalidade e pelo art. 169, CRFB/88.

Por fim, é de se destacar a crítica realizada em face da ausência de impessoalidade no processo de qualificação das entidades de direito privado em Organizações Sociais, restando, dessarte, patente a violação ao art. 37, *caput* da CRFB/88.

Dentro de tal temática, exsurge o fato de que ao imputar, em seu art. 3º, indevida ingerência pública na estrutura das organizações de direito privado, a Lei 9637/98 foi de encontro ao que prevê o art. 5º, em seus incisos XVII e XVIII, CRFB/88. Ademais, a atribuição do título de OS pelo poder Executivo seria ato amplamente discricionário, submetido a requisitos pouco claros e com larga abertura de conteúdo, conforme se pode depreender dos arts. 1º e 2º da Lei 9637/98.

Com efeito, a discricionariedade e a falta de rigorismo técnico para qualificação da OS, somada a material ausência de requisitos básicos de idoneidade a serem exigidos de tais entidades para atuarem em cooperação com o poder público são um dos mais graves vícios apresentados pela Lei 9637/98, que se tornam ainda mais criticáveis frente ao extenso rol de exigências constitutivas e procedimentais erigidas pela Lei 9790/99, em seus arts. 1º a 8º para a qualificação das OSCIPS.

Tais contundentes argumentos, que reforçaram a fraude legislativa operada pela Lei 9637/98, servem para corroborar o já anunciado caráter de inconstitucionalidade dos mecanismos apresentados pelo programa nacional de publicização, notadamente os referentes às OS, que após detida análise, distanciam-se profundamente da desejada atuação cooperativa e passam a se tornar verdadeiras delegações de serviço público (*ex vi*, *v. g.*, dos arts. 17 a 20 da Lei 9648/98), que são operadas em completa desconformidade com a carta magna, em flagrante prejuízo do interesse público.

Neste íterim, não é despidendo anotar a perspicaz observação realizada na exordial da ADI 1923/DF, segundo a qual:

Materializando a fraude no processo de implantação das Organizações Sociais, a criação de tais entidades, embora formalmente ato autônomo de particulares, na verdade nada tem de autônoma: é mera transformação, induzida e orientada pelo Poder Público, de entidade estatal preexistente em entidade privada.¹⁴

14 BRASIL, Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923/DF*. Requerentes: PARTIDO DOS TRABALHADORES - PT e PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT. Relator: Ministro Ayres Britto. Fl. 61.

Assim, diante da carência técnica apresentada pela legislação específica, o instituto da atuação cooperativa (notadamente o exercido pelas OS) tem sido utilizado para persecução de fins distantes do interesse público, impedindo-se que, através de um procedimento de escolha lícito e salutar, a administração pudesse se valer da colaboração de particulares na consecução de seus ofícios, objetivando sempre a eficiência, a moralidade e a probidade.

Diante de tais profundas considerações jurídicas, o Supremo Tribunal Federal, por meio de seu órgão pleno, iniciou o julgamento da ADI 1923/DF, tendo sido proferidos, até a presente data¹⁵, dois votos, de lavra do relator, o Min. Ayres Britto e um voto-vista, proferido pelo Min Luis Fux.

O Min. Ayres Britto, relator, julgou parcialmente procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade das seguintes expressões e dispositivos da Lei 9.637/98: da expressão “quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social”, contida no inciso II do art. 2º; da expressão “com recursos provenientes do contrato de gestão, ressalvada a hipótese de adicional relativo ao exercício de função temporária de direção e assessoria”, constante do § 2º do art. 14; dos artigos 18 a 22, com modulação dos efeitos da decisão no sentido de que as organizações sociais que “absorveram” atividades de entidades públicas extintas até a data do julgamento deverão continuar prestando os respectivos serviços. Deu, ainda, aos artigos 5º, 6º e 7º do mesmo diploma e ao inciso XXIV do art. 24 da Lei 8.666/93, interpretação conforme a Constituição, para deles afastar qualquer entendimento excludente da realização de um peculiar processo competitivo público e objetivo para: a) a qualificação de entidade privada como organização social; b) a celebração de “contrato de gestão”.

Mister destacar que, ao proferir seu voto, o relator houve por bem diferenciar e destacar todo os preceitos constitucionais que definem o regime de prestação de serviços públicos no intuito de definir quais seriam as atividades passíveis de prestação mista, que poderiam ser implementadas tanto pelo Poder Público, quanto pelo particular, as quais denominou “atividades mistamente públicas e privadas” uma vez que “se prestadas pelo setor público, são atividades públicas de regime jurídico igualmente público. Se prestadas pela iniciativa privada, óbvio que são atividades privadas, porém sob o timbre da relevância pública.”¹⁶

15 O trabalho foi concluído no dia 27 de Agosto de 2013.

16 BRASIL, Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923/DF*. Requerentes: PARTIDO DOS TRABALHADORES - PT e PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT. Relator: Ministro Ayres Britto. Informativo de Jurisprudência nº 622, 4 a 8 de Abril de 2011.

Ainda de acordo com o relator, tais atividades mistas, acaso prestadas pelo poder público, mesmo que em parceria com a iniciativa privada, não perdem seu timbre de serviço público. Lado outro, na hipótese de prestação exclusiva de tais atividades pela iniciativa privada, os serviços por elas prestados deixaram de ser puramente públicos, ganhando, todavia, a pecha de “serviços de relevância pública”, conforme dispõe os arts. 129, II, e 197 da CRFB/88.¹⁷

Tendo em conta esse contexto normativo, asseverou o Ministro que os particulares poderiam desempenhar atividades que também corresponderiam a deveres do Estado, mas que não seriam exclusivamente públicas, a exemplo da cultura, saúde, ciência e tecnologia, educação e do meio ambiente. Aduziu, ainda, que tais atividades seriam passíveis de financiamento público e sob a cláusula da atuação apenas complementar do setor público.

Frente a estas considerações preliminares, houve por bem o relator acatar a inconstitucionalidade do “Programa Nacional de Publicização”¹⁸, entendendo, em conformidade com as estreitas linhas colimadas na exordial, que:

17 Op. cit. Mesmo que não seja objeto do presente estudo, é importante destacar que as prestações que o Ministro convencionou chamar de mistamente públicas e privadas (dentre as quais se destaca, diante do regime constitucional, a saúde, a assistência social e a educação) quando prestadas por particulares, se diferenciam da delegação de serviços públicos pelo fato de que neta forma de descentralização há, tão somente, a transmissão da execução do serviço à iniciativa privada, permanecendo com o poder público a titularidade do mesmo, enquanto nas atividades mistamente públicas, a própria Constituição Federal prevê a possibilidade de atuação conjunta do particular com o poder público, sem que, para tanto, se faça necessária a delegação.

É de se destacar que, conforme asseverou o Min. Luis Fux em seu voto vista na mesma ADI 1923/DF, a classificação das atividades acima denominadas como mistamente públicas 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. Mister que se destaque que a 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, conforme se pode depreender do julgamento da ADI 1266, relatada pelo Min. Eros Grau.

18 Previsto, em linhas básicas, nos arts. 18 a 22 da Lei 9637/98.

Na realidade, tratar-se-ia de um programa de privatização, em que órgãos e entidades públicos seriam extintos ou desativados e todos os seus bens, servidores e recursos orçamentários seriam repassados à gestão das organizações sociais, o que afrontaria a determinação Constitucional, quanto aos serviços estritamente públicos, no sentido de que o Estado os preste diretamente ou sob regime de concessão, permissão ou autorização.¹⁹

Todavia, houve por bem o relator reputar constitucional o mecanismo de gestão corporativa imanente ao contrato de gestão, entendendo que o mesmo seria uma espécie de convênio, que, em princípio, poderia ser firmado sem ser precedido por procedimento licitatório.

Diante de tais razões, asseverou o Ministro que a dispensa licitatória prevista no art. 24, XXIV, estaria afinada com a carta magna.

Entretanto, o relator ressaltou que isso: a) não afastaria o dever de abertura de processo administrativo que demonstrasse, objetivamente, em que o regime da parceria com a iniciativa privada se revelaria como de superior qualidade frente à atuação isolada ou solitária do próprio Estado enquanto titular da atividade em questão; b) não liberaria a Administração da rigorosa observância dos princípios constitucionais da publicidade, da moralidade, da impessoalidade, da eficiência e da garantia de um processo objetivo e público para a qualificação das entidades como organizações sociais e sua específica habilitação para determinado “contrato de gestão”; c) não prescindiria de motivação administrativa quanto à seleção de uma determinada pessoa privada, se houver outra com idêntica pretensão de emparceiramento com o Poder Público; d) não dispensaria os mecanismos de controle interno e externo sobre o serviço ou atividade em regime de parceria com a iniciativa privada. Salientou, em suma, que se deveria proceder a um chamamento público, com regras objetivas, a fim de se convocar, dentre as organizações sociais com atuação na área, aquela com maior aptidão para realizar a atividade pretendida.²⁰

Adiante, o relator declarou a inconstitucionalidade do fraseado “quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como

19 BRASIL, Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923/DF*. Requerentes: PARTIDO DOS TRABALHADORES - PT e PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT. Relator: Ministro Ayres Britto. Informativo de Jurisprudência nº 621, 28 de Março a 1º de Abril de 2011.

20 Ibidem..

organização social”, inserto no inciso II do art. 2º da Lei 9.637/98, salientando que tal modelo “organiza um sistema absolutamente aleatório de classificação de organizações que hão de ser laureadas com o título de ‘sociais’, pondo ao isolado alvedrio do administrador, no caso, ao ministro de Estado ou ao gestor do órgão que deva regular a área de atuação da entidade (art. 2º, II), o juízo de oportunidade e de conveniência quanto à absorção pelo Poder Público dos desígnios da instituição-candidata, que então, mediante contrato de gestão, será fomentada com dinheiro, pessoal e material, elevando-se, ainda, a potencial beneficiária de contratação com a Administração, e tudo isso fora das regras regulares de mercado, pois não precisará se submeter a processo público de licitação.” Anotando, adiante, que:

Ainda que seja para atuar em espaço de interesse coletivo que está franqueado também aos agentes econômicos privados, o envolvimento material do Poder Público com a organização exige que se espraíem os princípios do art. 37 da Constituição da República por todo o conjunto normativo.²¹

Frente a tais considerações, nota-se que o relator observou a excessiva discricionariedade que foi conferida pelo legislador ao administrador acerca da possibilidade de qualificar a entidade privada como Organização Social, tendo em vista o fato de que praticamente inexistem, nos arts. 1º a 4º da Lei 9637/98, parâmetros que possam ser objetivamente aferidos para eventual controle da atividade constitutiva.

Após reputar a inconstitucionalidade, doutrinou o Ministro Ayres Britto, no sentido de que a qualificação como OS dependeria de

um processo público de deliberação, que constituirá o meio hábil a atender não só o princípio da isonomia, pois todos devem ter mesmas chances de contratar com o Poder Público, como também aos primados da Lei 9.637/98, nos quais tanto se sustentam na procura da melhor maneira de se executar, com foco no resultado, uma tarefa de interesse social.²²

Lado outro, com relação ao emparceiramento por intermédio do contrato de gestão, o relator parece ter adotado a mesma saída,

21 BRASIL, Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923/DF*. Requerentes: PARTIDO DOS TRABALHADORES - PT e PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT. Relator: Ministro Ayres Britto. Informativo de Jurisprudência nº 622, 4 a 8 de Abril de 2011.

22 Ibidem.

apontando para a necessidade de um procedimento que privilegie a exegese constitucional, notadamente os princípios insertos na cabeça do art. 37 da CRFB/88, o que implica em adoção da técnica da interpretação conforme a constituição para emprestar à leitura do art. 7º da Lei 9.637/98 o conteúdo constitucional necessário a afastar qualquer leitura que atribua ao exclusivo arbítrio do administrador a contratação de Organização Social com dispensa de licitação.

Desse modo, prevaleceram em ambos os votos colhidos até o momento a mesma distinção básica segundo a qual

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. E é nesse ponto da concretização da atividade de fomento²³ que, supostamente, configuram-se todas as demais inconstitucionalidades alegadas na inicial.²⁴

Contudo, colhendo a análise feita pelo Min. Luis Fux, observa-se que, ao proferir o seu voto, este magistrado houve por bem, inspirando-se em doutrina afim ao direito econômico, partir dos conceitos de intervenção direta e indireta do Estado na economia, classificando a atuação cooperativa realizada pela OS como modalidade de fomento em que o poder público intervêm na economia de forma indireta, contribuindo das mais diversas formas para a realização da atividade de interesse público.

Com base em tais premissas, o Ministro reputou constitucional o programa de publicização contido na Lei 9.637/98, reputando que as disposições contidas nos arts. 18 a 22 daquele diploma somente seriam formas pontuais de intervenção indireta na economia por parte do Estado dirigente.

23 Conforme asseverou o Min. Fux em seu voto vista, o fomento pode ser entendido como a disciplina não coercitiva da conduta dos particulares, cujo desempenho em atividades de interesse público é estimulado por sanções premiais.

24 BRASIL, Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923/DF*. Requerentes: PARTIDO DOS TRABALHADORES - PT e PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT. Relator: Ministro Ayres Britto. Informativo de Jurisprudência nº 628, 23 a 27 de Maio de 2011.

Prosseguindo em seu voto-vista, o Min. Fux não reconheceu a inconstitucionalidade do art. 2º, II da Lei 9.637/98, aduzindo que:

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.²⁵

Aos princípios constitucionais administrativos se somariam a fiscalização do TCU e do Ministério Público, o processo administrativo de desqualificação previsto pelo art. 16, §1º da lei que regulamenta as Organizações Sociais e a regulamentação do Plano Nacional de Publicização reclamada pelo art. 20 do mesmo diploma, todos como ferramentas aptas a delimitar os contornos pelos quais poderá se amoldar a atuação do administrador ao qualificar o a entidade privada como Organização Social.

Assim, ao salientar a constitucionalidade do procedimento de qualificação, o Ministro seguiu o relator no que tange à desnecessidade da realização do procedimento licitatório, divergindo apenas com relação à necessidade de declaração da inconstitucionalidade da expressão “quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social”, insere no inciso II do art. 2º da Lei 9.637/98.

Por fim, com relação à necessidade de licitação para a elaboração do contrato de gestão, houve por bem o Ministro Fux seguir a orientação assentada pelo voto do relator, destacando que:

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.²⁶

²⁵ Op. cit.

²⁶ Op. cit.

2. 3 PERSPECTIVAS CRÍTICAS DAS DECISÕES

Tendo em vista a exposição dos aspectos relevantes das primeiras manifestações definitivas dos Ministros do Supremo Tribunal Federal acerca da temática posta à baila, cumpre destacar alguns conflitos e perspectivas que podem ser extraídos dos votos supracitados.

Neste sentido, é de se observar que, da simples análise dos votos que foram prolatados quando do julgamento da medida cautelar requerida no corpo da mesma ADI 1923/DF, pode-se depreender que há funda controvérsia acerca de sua constitucionalidade até mesmo entre os próprios integrantes da excelsa corte, o que reveste de imprevisibilidade a decisão definitiva que porventura venha a ser tomada em um futuro breve.

De todo modo, embora tenha se notado, nos dois primeiros votos supracitados, uma certa tendência à preservação do texto legal, com meras pontuações e reduzidas decretações de inconstitucionalidade, é de se destacar que quando da votação acerca da medida cautelar requerida para suspender a eficácia da Lei 9637/98 houve uma minoria de votos favoráveis à concessão do provimento *ad cautelam*, o que mostra, de *per si*, a ausência de previsibilidade acerca do resultado do julgamento.

Tal fator ganha especial relevância ao se aferir o fato de que os Ministros que abriram a divergência ainda continuam, em sua maioria, compondo o plenário da corte constitucional, ao passo que, a maioria dos ministros que votou pela desnecessidade do provimento cautelar já se retirou da composição daquele órgão julgante.

Embora saibamos que a medida cautelar, de certo, não se identifica com o mérito e nem é capaz de induzir qualquer presunção segura para se antecipar determinada postura que será adotada pelo julgador quando do julgamento definitivo da lide, é fundamental que se destaque que a votação da medida cautelar propugnada pelos requerentes da ADI 1923/DF foi marcada por profundas digressões cognitivas por parte dos ministros, o que reveste o caso de peculiaridades especiais.²⁷

Assim é que, debruçando-se sobre o conteúdo dos votos que foram proferidos àquele momento, pode-se destacar que o relator inicial, o Ministro Ilmar Galvão, após refutar, em juízo de cognição sumária, todas as matérias que compõe a causa de pedir da exordial instauradora de controle concentrado, votou pelo desprovimento do acautelamento

27 Tal fato foi corroborado pelo Ministro Gilmar Mendes ao ressaltar, em seu voto, que o julgamento da medida cautelar se estendia desde junho de 1999, principalmente em virtude da densidade dos votos proferidos.

initio liminis litis, no que foi seguido, pelos Ministros Sepúlveda Pertence, Néri da Silveira, Moreira Alves e Nelson Jobim.

Entretanto, abrindo a divergência, entendeu o Ministro Eros Grau no sentido de que haveria flagrante inconstitucionalidade a macular a maior parte do diploma legal, acolhendo os argumentos esposados na peça pòrtico e destacando o abusivo fenômeno de fuga para o direito privado promovido pela Lei 9637/98. No que foi seguido pelos Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio.²⁸

De se destacar que, neste íterim, não seguiram a divergência e, por via reversa, negaram a liminar, os Ministros Gilmar Mendes e Cezar Peluso, por não entenderem inconstitucional o diploma legal.

Neste sentido, uma vez destacada a controvérsia existente, mister que se pontue alguns aspectos que, independentemente do resultado a ser colhido no controle de constitucionalidade, podem ser extraídos da lide constitucional.

Primeiramente, resta claro que em todos os votos proferidos, seja em sede definitiva ou em juízo de cognição sumária, não se esquivaram os Ministros de levar em conta o relevante papel que vem sendo desempenhado pelas Organizações Sociais no panorama político nacional.

Tal fato, inclusive, pode-se afirmar com segurança, foi critério relevante para fundamentar os posicionamentos que apontaram pela constitucionalidade da Lei 9637/98, que seria, sem dúvida, instrumento que promove a redefinição da estrutura estatal no intuito de otimizar os serviços de interesse social que não são de atribuição exclusiva do poder público e que, por tal razão, podem ser prestados por particulares, com incentivo.

Entretanto, a simples relevância social das OS não pode ser sustentáculo único de sua inserção dentre as formas de gestão admitidas à condução da atividade administrativa. Notadamente quando se verificam reiterados descumprimentos aos basilares princípios que

²⁸ De se destacar que o que foi comungado pelos Ministros citados foi o entendimento, no mérito, acerca da plausível inconstitucionalidade do diploma legal questionado, uma vez que, os votos divergiram com relação à liminar, em razão de questões de segurança jurídica. Assim, o Min Eros Grau, em um primeiro juízo, concedeu a liminar suspensiva amplamente abrangente (suspendendo a vigência dos arts. 1º, 5º, 11 a 15 e 20 da Lei 9637/98). No que foi seguido pelo Ministro Joaquim Barbosa (ressalva com relação ao art. 1º, que já havia sido declarado constitucional pelo Min. Barbosa Moreira, antecessor daquele julgador). Entretanto, após considerações acerca da matéria de fato que envolve as OS, o Min. Eros Grau houve por bem reconsiderar seu voto, denegando a liminar, mantendo, contudo, todas as considerações realizadas no mérito, acerca da inconstitucionalidade da lei. O Min. Ricardo Lewandowski, apesar de comungar dos argumentos asseverados pela divergência, houve por bem, em prestígio à segurança jurídica, conceder a liminar somente com relação ao art. 1º do vergastado diploma legal.

norteiam a Administração Pública no Estado Democrático de Direito brasileiro.

Neste sentido, se mostrou acentuadamente abstrata a alternativa metodológica encontrada para a questão da qualificação das entidades de direito privado como Organizações Sociais, dado que a efetivação da interpretação conforme a constituição com a consequente aplicação dos princípios da impessoalidade e da moralidade para que se credencie uma determinada instituição se afigura, de antemão, inapta a tutelar o erário público diante da atuação de administradores ímprobos.

Isto porque, a própria estrutura aberta que é característica dos princípios impede a efetivação do controle rígido que é reclamado pela gestão dos recursos públicos, além de se apresentar subjetivamente complexa para os administradores que não estejam familiarizados com a ciência jurídico-administrativa, o que permite que a maleabilidade da estrutura do mandado de otimização se molde de acordo com os interesses exclusivos dos gestores de recursos públicos.

Assim, a tentativa de aproveitamento da Lei 9637/98, através da aplicação da técnica da interpretação conforme a constituição, colhida nos primeiros votos proferidos na ADI 1923, tem se mostrado inapta a coibir as irregularidades jurídicas contidas naquele texto legal.

Na realidade, grande parte dos problemas elencados podem, satisfatoriamente, ser resolvidos pela aplicação das técnicas de qualificação e de controle previstas na Lei 9790/99, o que nos leva a conclusão de que a inexistência da Lei 9637/98 não traduziria qualquer prejuízo para a ciência da gestão pública, que, para fins de atuação cooperativa poderia, muito bem, lançar mão do regime de parceria e fomento previsto pela lei das OSCIP.

Afirma-se tal quadro com base na simples observação de que a Lei 9790/99 apresenta parâmetros objetivos de aferição, tanto no que toca à qualificação das entidades de direito privado (arts. 1º a 8º), quanto no que se refere ao controle da prestação dos serviços cooperativos no âmbito do termo de parceria (arts. 9º a 15).

Lado outro, deve-se notar que a solução encontrada pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal para solucionar o problema referente à dispensa de licitação para contratação de OS pelo poder público, também é marcado por um caráter essencialmente abstrato, uma vez que simplesmente se aponta a necessidade de um procedimento objetivo que respeite os princípios elencados pelo

art. 37 da CF/88, sem que, contudo, se trace, ao menos, algumas diretrizes básicas para concretização de tal certame.

Diante de tal quadro, resta evidente, em um primeiro momento, a necessidade de que o ordenamento jurídico pátrio seja contemplado com uma nova modalidade procedimental para contratação de prestadores de serviço, uma vez que os procedimentos previstos na lei de licitações (Lei 8666/93) e na lei de concessões de serviço público (Lei 8987/95) tem se mostrado insuficientes para atender à demanda social e pública.

3 CONCLUSÃO

Neste íterim, observados e analisados os problemas que assolam o incipiente modelo de gestão em parceria brasileiro, podem ser apontadas diretrizes e limites a serem observados para a regularização do regime.

De pronto, afirma-se a necessidade imperativa da edição de um diploma legal que contenha o marco regulatório de todo o terceiro setor, devendo o mesmo incluir, de forma objetiva, o procedimento a ser adotado para o emparceiramento do poder público, bem como para a aquisição de bens e serviços pelas entidades que estejam recebendo auxílio governamental.

Para tanto, os princípios de direito administrativo servem como fontes primárias, capazes de emanar diretrizes que devem compor o sistema legislativo proposto.

Tal sistemática deve ser influenciada diretamente pelo princípio da legalidade e pela vinculação aos direitos e garantias fundamentais que irradiam com força vinculante da Constituição Federal, em função de sua posição central no ordenamento pátrio.

As limitações e diretrizes impostas pela regulamentação reclamada devem atentar para as peculiaridades da atuação mediante fomento, sem, contudo, deixar de lado os requisitos e exigências inerentes ao regime constitucional dispensado ao patrimônio público.

Contudo, antes de ser implementada a desejada legislação básica, devem ser colmatadas as lacunas mediante a utilização dos instrumentos atualmente disponíveis.

Assim é que, conforme analisado, o melhor caminho a ser seguido é a adoção do procedimento licitatório ofertado pela Lei 8666/93 para a pactuação do contrato de gestão ou termo de parceria com a OS ou OSCIP, bem como para a contratação de serviços e aquisições de bens por parte de tais entidades, quando empregados recursos públicos, sendo certo que o procedimento de qualificação

das pessoas jurídicas de direito privado como OS ou OSCIP não rende ensejo a utilização das ferramentas licitatórias, sendo aconselhável a utilização única das diretrizes formuladas pela Lei 9790/99, em virtude de seu rigorismo técnico.

Uma vez apontada a inconstitucionalidade dos dispositivos legais que permitem às OS e às OSCIP editar regulamento próprio de contratações e, evidenciada a insuficiência da lei de licitação diante do âmbito prestacional assumido pelo aparato estatal, procurou-se tratar de linhas e diretrizes básicas para a formação do regramento legal de procedimento aplicável às compras realizadas pelas entidades parceiras.

Assim é que, poderia a União editar norma geral, aplicável a todas as entidades de direito privado que são beneficiadas pelo fomento, cujo conteúdo básico seria ditado pelos princípios de direito administrativo insculpidos no art. 37 da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923/DF*. Requerentes: PARTIDO DOS TRABALHADORES - PT e PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT. Relator: Ministro Ayres Britto. Informativo de Jurisprudência nº 621, 28 de Março a 1º de Abril de 2011.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923/DF*. Requerentes: PARTIDO DOS TRABALHADORES - PTe PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT. Relator: Ministro Ayres Britto. Fl. 61

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923/DF*. Requerentes: PARTIDO DOS TRABALHADORES - PT e PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT. Relator: Ministro Ayres Britto. Informativo de Jurisprudência nº 622, 4 a 8 de Abril de 2011.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923/DF*. Requerentes: PARTIDO DOS TRABALHADORES - PT e PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT. Relator: Ministro Ayres Britto. Informativo de Jurisprudência nº 622, 4 a 8 de Abril de 2011.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923/DF*. Requerentes: PARTIDO DOS TRABALHADORES - PT e PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT. Relator: Ministro Ayres Britto. Informativo de Jurisprudência nº 628, 23 a 27 de Maio de 2011.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923/DF*. Requerentes: PARTIDO DOS TRABALHADORES - PT e PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT. Relator: Ministro Ayres Britto. Análise realizada no voto proferido quando do julgamento da medida cautelar.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ZUGNO, Renato. *Espaços Públicos Compartilhados entre a Administração Pública e a Sociedade*. São Paulo. Renovar, 2003.

Esta obra foi impressa pela Imprensa Nacional
SIG, Quadra 6, Lote 800 70610-460, Brasília – DF
Tiragem: 4.000 exemplares