

**O ESTADO BRASILEIRO E AS ORGANIZAÇÕES
SOCIAIS: REFLEXÕES A RESPEITO DA
CONSTITUCIONALIDADE DA PARCERIA CONTIDA
NA LEI 9.637/98 NOS TERMOS DA ADI Nº 1.923 EM
JULGAMENTO NO STF.**

José Eduardo Sabo Paes¹

RESUMO: Na atualidade a ordem sociopolítica compõe-se de três setores: o Estado, o Mercado e a Sociedade Civil Organizada, hoje denominada de Terceiro Setor. Sabe-se que um Estado Democrático de Direito necessariamente deve agasalhar uma sociedade civil capaz de mobilizar os cidadãos para que possam, por meio de organizações civis, provocar as transformações indispensáveis para que este Estado seja capaz de servir à sociedade e, assim, consolidar às inteiras a democracia. Neste sentido, destaca-se tanto a sociedade civil, por meio de suas organizações sem fins lucrativos no campo da interação com o Estado. Com o próprio Estado (no caso brasileiro com claro indicativo constitucional nesta linha) reformulando-se e dando espaço em parcerias com o Terceiro Setor com vista à consecução de ações na provisão de serviços, se não públicos, sociais por natureza. Nesta parceria estão inseridas as Organizações Sociais, que definitivamente não se constituem como uma nova pessoa jurídica e se inserem dentro de um programa de “privatização” do Estado para oferecer às pessoas jurídicas associativas a possibilidade de habilitadas receberem recursos públicos

¹ Procurador de Justiça do MPDFT. Doutor em Direito e Professor do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília.

a administrar bens e equipamentos e pessoal do Estado em áreas e atividade no campo do ensino, da pesquisa científica, do desenvolvimento tecnológico, da proteção e preservação do meio ambiente, da cultura e da saúde. Este modelo é objeto de julgamento pelo STF (ADI 1923) e revela momento propício para a reflexão do cumprimento ou não pelas referidas organizações dos princípios constitucionais em suas contratações das normas gerais sobre licitação da Lei 8666/93 entre outros aspectos importantes para essa discussão.

Palavras-chave: Estado. Terceiro Setor. Organizações Sociais. Contrato de Gestão. Princípios constitucionais. Licitação.

SUMÁRIO

- 1 Estado: origem, conceito e crises
- 2 O Estado democrático de direito e a reforma administrativa do Estado
- 3 As entidades integrantes do Terceiro Setor e a prestação dos serviços públicos em parceria
 - 3.1 Origem e conceito de Terceiro Setor
 - 3.2 Do regime de parceria
- 4 Organizações Sociais: Lei nº. 9.637/98
 - 4.1 Noções gerais
 - 4.2 Contrato de Gestão
 - 4.3 Inconstitucionalidade arguida na ADI 1.923-5 perante o Supremo Tribunal Federal
 - 4.4 Julgamento da liminar
 - 4.5 Julgamento do mérito: primeiros votos
- 5 Da não aplicação da Lei nº. 8.666/93 para a celebração pelo Poder Público do contrato de gestão que trata a Lei nº. 9.637/98
- 6 Da observância dos princípios constitucionais da Publicidade, Moralidade, Impessoalidade para as contratações realizadas pelas Organizações Sociais
- 7 Da necessidade de edição pelas Organizações Sociais de regulamento próprio para suas contratações

8 Da aplicabilidade das normas gerais sobre licitação às Organizações Sociais

9 Conclusões

10 Referências

1 INTRODUÇÃO

Até recentemente, a ordem sociopolítica compreendia apenas dois setores, o público e o privado, tradicionalmente bem distintos um do outro, tanto no que se refere às suas características, como à personalidade. De um lado ficava o Estado, a Administração Pública, a sociedade; do outro, o Mercado, a iniciativa particular e os indivíduos.

A convivência entre ambos foi com frequência difícil, meio tumultuada, por questões de limites e invasões de território; e, em geral, quando chegam a um acordo, alguns membros da sociedade levam vantagem sobre o conjunto dela, como continua a acontecer.

Decerto por força desse dualismo histórico ao lado dos dois setores clássicos surgiu e começa a se firmar outro, cada vez mais conhecido como Terceiro Setor. A idéia é que nele se situem organizações privadas com adjetivos públicos ocupando pelo menos, em tese, uma posição intermediária que lhes permita prestar serviços de interesse social sem as limitações do Estado, nem sempre evitáveis, e as ambições do Mercado, muitas vezes inaceitáveis.

Interessante se faz abordar o conceito de Terceiro Setor, que tem sido identificado com o conceito de sociedade civil. Todavia, nessa área, os autores – que não são muitos – não precisam o tema com facilidade, razão pela qual necessário se faz inicialmente discorrer sobre o papel do Estado para, posteriormente,

adentrar na seara específica do Terceiro Setor e de suas parceiras, onde se destacam as Organizações Sociais criadas pela Lei nº. 9.637/98 e as questões concernentes à aplicabilidade da Lei nº. 8.666/93 para contratação de suas obras e serviços.

1 ESTADO: ORIGEM, CONCEITO E CRISES

Neste campo o trabalho será desenvolvido com amplitude necessária para discussão da constitucionalidade do “modelo” de parcerias das Organizações Sociais e das questões envolvendo a obediência ou não da lei de licitações e seus contratos.

No mundo moderno¹, o homem, desde que nasce e durante toda a existência, faz parte, simultânea ou sucessivamente, de diversas instituições ou sociedade, formadas por indivíduos ligados pelo parentesco, por interesses materiais ou por objetivos espirituais. Elas têm por fim assegurar ao homem o desenvolvimento de suas aptidões físicas, morais e intelectuais, e para isso lhe impõem certas normas, sancionadas pelo costume, a moral ou a lei.

A primeira em importância, a sociedade natural por excelência, é a família, que o alimenta, protege e educa. As sociedades de natureza religiosa, ou Igrejas, a escolas, a Universidade, são outras instituições em que ele ingressa; depois de adulto, passa ainda a fazer parte de outras organizações, algumas criadas por ele mesmo, com fins econômicos, profissionais ou simplesmente morais: como empresas, sindicatos, clubes, etc. O conjunto desses grupos sociais forma a sociedade propriamente dita. Mas, ainda tomado neste sentido geral, a extensão e a compreensão do termo sociedade variam, podendo abranger os grupos sociais de uma cidade, de um país ou de todos os países, e a própria a humanidade.

Além dessas, há uma sociedade, mais vasta do que a família, menos extensa do que as diversas Igrejas e a humanidade,

mas tendo sobre as outras um proeminência que decorre da obrigatoriedade dos laços com que envolve o indivíduo; é a sociedade política, o Estado.

É naturalmente difícil apresentar um conceito de Estado, mesmo porque se fizermos uma rápida panorâmica na história² e identificarmos que na antiguidade romana, a palavra Estado denotava situação ou condição de uma coisa ou pessoa. Já na idade média, “Estado” eram os estamentos, corpos sociais segundo rígida hierarquia, que seriam posteriormente o clero, a nobreza e o povo. Mas como se sabe foi Maquiavel quem empregou o termo Estado (*stato*) com sentido de unidade política total, em sua obra *Il principe*, escrita em 1513: “Todos os Estados, todos os domínios que tiveram e têm império sobre os homens são Estados e são ou república ou principados”.

Para se chegar a um conceito de Estado (provisório, é claro), deve-se considerar a existência de três elementos que o integram: o povo, o território e poder político. Para Pablo Lúcas Verdú, nosso mestre e orientador, o Estado é “a sociedade territorial juridicamente organizada, com poder soberano que busca o bem-estar geral”³. Conceito que adotamos.

Destaca-se, ainda, na compreensão teórica do Estado, que o fenômeno estatal revela-se no elemento pessoal (Estado-comunidade) assim como no elemento poder (Estado-aparelho ou Estado-poder).

Mesmo assim o Estado não se reduz a nenhum deles, que, antes, se interpenetram e são interdependentes. A sociedade se relaciona com o Estado e nele se integra ou a ele se contrapõe.

São claras e evidentes as múltiplas crises do Estado, inclusive, apontadas por Maria Tereza Fonseca Dias⁴ como crise fiscal (perda do crédito por parte do Estado e poupança pública negativa; crise do Estado de Bem-Estar Social – intervenção do Estado na eco-

nomia, programa de substituição de importações e o estatismo; crise da forma de administrar o Estado – disfunções da burocracia estatal, acrescida ainda de uma crise de legitimação e de governabilidade).

Uma das considerações de algumas análises que têm sido feitas sobre essa temática ressalta que é o problema meramente econômico do Estado que leva à busca de novas alternativas de ação nas chamadas *entidades intermediárias* e/ou no próprio mercado. Parte-se do pressuposto, entretanto, de que a questão econômica não pode ser considerada o fator preponderante desta análise, tendo em vista a hipercomplexidade do fenômeno estudado⁵.

Segundo Salamon, mais precisamente, em virtude da “[...] generalizada perda da confiança na capacidade de o Estado, por si só, gerar o bem-estar social, fomentar o progresso econômico, resguardar o meio ambiente, numa palavra, melhorar a qualidade de vida”, a crise do Estado tem sido relacionada ao recrudescimento do terceiro setor.

Talvez seja certo que não haja um desenho final para o Estado que de liberal garantiu vários direitos individuais além de criar mecanismos de controle evitando a instauração dos Estados autoritários, para um Estado Providência que se obrigava a uma série de funções principalmente na esfera social (escola, saúde, moradia, transporte...), além de atuar diretamente na ordem econômica, visando realizar a justiça social e o bem comum⁶.

No entanto, mesmo o denominado Estado Providência já se mostra ineficiente para atender a demanda social sempre crescente fazendo com que já haja consenso sobre a necessidade de redução dos encargos do Estado, a devolução de atividades à iniciativa privada e a ampliação do processo de democracia com a participação dos cidadãos e das pessoas jurídicas sem fins lucrativos na condição de parceiro e efetivos colaboradores com a Administração Pública.

Para Maria Sylvia Di Pietro “em decorrência dos problemas enfrentados pelo Estado Social de Direito, houve uma transformação do seu papel, com a idéia de Estado Democrático”. “Não que o princípio democrático já não fosse acolhido nas concepções anteriores, mas ele passa a ser visto sob nova roupagem”. “O que se almejava é participação popular, não apenas no processo político, mas nas decisões do Governo, no controle da Administração Pública”⁷.

2 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A REFORMA ADMINISTRATIVA DO ESTADO

Esse novo ideal de democracia também modificou a noção clássica de interesse público, devendo ser compreendido como aquele interesse voltado para o bem-estar da coletividade. Dessa concepção de Estado Democrático de Direito, que impõe a participação popular no processo político, bem como nas ações governamentais, protegendo e efetivando, juntamente com a Administração Pública, os interesses públicos, nasce também a idéia do Estado Subsidiário⁸.

O Estado Democrático de Direito, integrado ao princípio da subsidiariedade, pode ser compreendido pelo menos sob duas dimensões: a primeira impõe limites ao Estado que deve resguardar a liberdade e autonomia da sociedade civil, representada sob diversas formas, destacamos no presente trabalho o papel desempenhado pelas pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos, que

prestam serviços nas áreas de interesse social, como a saúde e a educação.

Tais entidades possuem o direito de exercer estas atividades, outorgado diretamente pelo Texto Maior.

A segunda dimensão do princípio da subsidiariedade é o dever de ajudar e estimular o desenvolvimento destas entidades, por parte da Administração Pública⁹.

A grande virtude do princípio está em que a partir dele se dá primazia ao grupo social e ao indivíduo, com a devolução à sociedade civil de matérias de interesse geral que possam ser eficazmente por ela realizadas. A subsidiariedade eleva a sociedade civil a primeiro plano na estrutura organizacional do Estado e concebe a cidadania ativa como pressuposto básico para a sua realização, colocando a instância privada a serviço do interesse geral a partir, também, da idéia de solidariedade, que se funda, principalmente, na maior eficiência da ação social sobre a ação estatal junto a grupos menores.

Na esteira das idéias de um Estado Subsidiário, o Brasil, em 1995, iniciou sua Reforma Administrativa¹⁰, que segundo um dos seus realizadores, Bresser Pereira então Ministro de Estado, foi considerada um projeto “bem sucedido” trazendo como uma das matérias inovadoras as organizações sociais¹¹, “destinadas a executar serviços sociais e científicos que o Estado deve financiar, mas não necessariamente executar, por não se tratar de atividades exclusivas dele”¹².

Para Abduch Santos¹³, com o qual concordamos, o modelo de administração burocrática, meritório e indispensável à própria noção contemporânea de Estado, passou então a exigir ajustes que possibilitassem a convivência harmônica de seus pre-

ceitos elementares com o anseio social por ações administrativas que, além de eficazes se mostrassem eficientes.

Esses ajustes tiveram formalmente início no Brasil pelo processo de reforma administrativa consagrado pela Emenda Constitucional nº. 19/98, que consignou expressamente noções e conceitos administrativos destinados a alterar significativamente a Administração Pública. A reforma administrativa pretendida pela Emenda Constitucional nº. 19 buscou adequar a Administração Pública à realidade contemporânea, instituindo novos mecanismos de gestão dos negócios estatais.

Segundo Luiz Carlos Bresser Pereira, citado por Abduch Santos:

A crise do Estado implicou na necessidade de reformá-lo e reconstruí-lo; a globalização tornou imperativa a tarefa de redefinir suas funções. Antes da integração mundial dos mercados e dos sistemas produtivos, os Estados podiam proteger as respectivas economias da competição internacional. Depois da globalização, as possibilidades do Estado de continuarem a exercer esse papel diminuiram muito.

Ressalte-se, inclusive, que a Constituição de 1934, nos arts. 136 e 137, já fazia referência expressa à concessão como forma de prestação descentralizada de serviços públicos.

As hipóteses jurídicas de fixação de parcerias entre a sociedade civil e o Estado se davam, em momento pretérito, geralmente, com relação às empresas comerciais ou industriais. As concessões, permissões e autorizações de serviços públicos e as contratações administrativas de prestação de serviços, em regra, eram estabelecidas com empresas privadas, aquelas que atualmente se inserem na noção do que se convencionou denominar de Segundo Setor.

Em momento posterior, se aperfeiçoam as relações jurídicas entre o Estado e as entidades sem fins lucrativos da sociedade civil, integrantes do denominado Terceiro Setor.

3 AS ENTIDADES INTEGRANTES DO TERCEIRO SETOR E A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS EM PARCERIA

3.1 ORIGEM E CONCEITO DE TERCEIRO SETOR

A expressão “Terceiro Setor” foi inicialmente utilizada na década de 1970 por pesquisadores nos Estados Unidos da América e, a partir da década de 1980 passou também a ser usada pelos pesquisadores europeus¹⁴.

Assim, só recentemente começou-se a reconhecer a importância desse setor no âmbito da sociedade e da economia contemporâneas pela sua capacidade de mobilização de recursos humanos e materiais para o atendimento de importantes demandas sociais que, freqüentemente, o Estado não tem condições de atender; pela sua capacidade de geração de empregos (principalmente nas sociedades mais desenvolvidas, onde os investimentos sociais são bem maiores); e pelo aspecto qualitativo, caracterizado pelo idealismo de suas atividades – enquanto participação democrática, exercício de cidadania e responsabilidade social.

Antes de procurar conceituar, faz-se mister esclarecer que, junto com o Estado (Primeiro Setor) e com o Mercado (Segundo Setor), identifica-se a existência de um Terceiro Setor, mobilizador de um grande volume de recursos humanos e materiais para impulsionar iniciativas voltadas para o desenvolvimento social, setor no qual se inserem as associações civis e as fundações de direito privado, todas entidades de interesse social.

Portanto, o Terceiro Setor é aquele que não é público e nem privado, no sentido convencional desses termos; porém, guarda uma relação simbiótica com ambos, na medida em que ele deriva sua própria identidade da conjugação entre a metodologia deste com as finalidades daquele.

Podemos, assim, conceituar o Terceiro Setor como o conjunto de organismos, organizações ou instituições sem fins lucrativos dotados de autonomia e administração própria que apresentem como função e objetivo principal atuar voluntariamente junto à sociedade civil visando ao seu aperfeiçoamento.

Segundo Boaventura de Souza Santos, são instituições que tentam realizar o compromisso prático entre a eficiência e a equidade em atividades sociais, adotando a flexibilidade operacional típica de pessoas privadas sem prejuízo da busca de equidade social inerente à qualquer instituição pública¹⁵.

3.2 DO REGIME DE PARCERIA

Carvalho Filho¹⁶, para fins didáticos, classifica esses regimes de parceria em três grupos: 1) o regime de convênios administrativos; 2) o regime dos contratos de gestão; 3) o regime da gestão por colaboração. No primeiro, o que caracteriza a forma de parceria é a circunstância de ser o regime formalizado por meio de convênios administrativos; no segundo, inseridas estão as Organizações Sociais (OS), qualificação conferida às pessoas jurídicas de serviços públicos em regime de parceria formalizada por contratos de gestão; no terceiro, gestão por colaboração, inseridas estão as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (Oscip), qualificação jurídica a ser atribuída a algumas pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos em virtude de parceria celebrada com a administração pública.

Embora o modelo de atuação estatal em parceria com entidades privadas não constitua exatamente uma novidade no sistema jurídico brasileiro, o regime de parcerias com entes integrantes do Terceiro Setor apresenta características e contém inovações relevantes.

São, portanto, entidades de direito privado que não perseguem o lucro como fazem as empresas privadas e realizam atividades de interesse público e de relevância social sem pertencerem à estrutura da Administração Pública.

Sob a denominação de Terceiro Setor estão albergados alguns entes distintos como associações, fundações, entidades de assistência social, voltadas a ações de educação, saúde, esporte, meio ambiente, cultura, ciência, tecnologia, entre outras organizações da sociedade civil, desde que destituídas de finalidade lucrativa.

A necessidade de conferir instrumentos mais efetivos de ação em parceria entre o Estado e a sociedade civil na implementação de políticas públicas, especialmente em função da busca por resultados efetivos, implicou a edição de normas específicas e instituidoras de novos modelos de gestão participativa e de repasse de recursos públicos para particulares, notadamente as normas que dispõem acerca de organizações sociais, de organizações da sociedade civil de interesse público, termos de parceria, e contratos de gestão. Esses novos instrumentos surgem no cenário jurídico com a finalidade de contribuir para com a reforma do aparelho de Estado e para com a implementação de um modelo de Administração gerencial, com a pretensão de aperfeiçoar as relações jurídicas e as ações parceiras anteriormente estabelecidas mediante convênio ou mediante mera transferência de recursos públicos a título de auxílio ou de subvenção.

Pode, então, a Administração Pública instituir parceria

formal com entidades integrantes do Terceiro Setor mediante a celebração de convênios, contratos de gestão ou termos de parceria. Embora forçoso reconhecer a amplitude da noção de Terceiro Setor, que envolve inúmeras entidades da sociedade civil, essa análise centrará esforços nas questões relativas aos contratos de gestão e aos termos de parceria, às organizações da sociedade civil de interesse público e organizações sociais¹⁷.

Nesta nova ordem de idéias, o Professor Paulo Modesto ensina que o Estado não deve nem tem condições de monopolizar a prestação direta, executiva, dos serviços públicos e dos serviços de assistência social de interesse coletivo. Estes podem ser geridos ou executados por outros sujeitos, públicos ou privados, inclusive públicos não estatais, como associações ou consórcios de usuários, fundações e organizações não governamentais sem fins lucrativos, sempre sob a fiscalização e supervisão imediata do Estado. Poderão ainda ser operados em regime de cogestão, mediante a formação de consórcios intergovernamentais ou entre o poder público e pessoas jurídicas privadas.

Continua o referido professor afirmando que o Estado deve permanecer prestando-os diretamente quando não encontre na comunidade interessados que os efetivem de modo mais eficiente ou econômico ou quando razões ponderáveis de justiça social ou segurança pública determinem sua intervenção. Não prover diretamente não quer dizer tornar-se irresponsável perante essas necessidades sociais básicas. Não se trata de reduzir o Estado a mero ente regulador. O Estado apenas regulador é o Estado Mínimo, utopia conservadora insustentável ante as desigualdades das sociedades atuais. Não é este o Estado que se espera resulte das reformas em curso em todo o mundo. O Estado deve ser regulador e promotor dos serviços de saúde de forma universal, mas não deter o domínio de todos os hospitais necessários; precisa as-

segurar o oferecimento de ensino de qualidade aos cidadãos, mas não estatizar todo o ensino. Os serviços sociais devem ser fortemente financiados pelo Estado, assegurados de forma imparcial pelos Estados, mas não necessariamente realizados pelo aparato do Estado. Neste contexto, crescem de importância os denominados entes “públicos não-estatais”¹⁸.

4 ORGANIZAÇÕES SOCIAIS: LEI Nº. 9.637/98

4.1 NOÇÕES GERAIS

Em um contexto em que se fazia necessário reformular o Estado, como já nos referimos no item 2 deste estudo, mudanças no âmbito brasileiro foram iniciadas pela criação, na década de 1990, do Plano Diretor da Reforma do Estado, idealizado pelo então Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado – MARE¹⁹, direcionadas a alcançar maior efetividade e eficiência nas atividades da Administração Pública, voltando a ação dos serviços do Estado para o atendimento dos cidadãos.

As Organizações Sociais (OS) são, assim, um modelo ou uma qualificação de organização pública não-estatal criada dentro de um projeto de reforma do Estado, para que associações civis sem fins lucrativos e fundações de direito privado possam absorver atividades publicizáveis mediante qualificação específica de lei, uma verdadeira parceria entre o Estado e a sociedade. A organização social, entretanto, como antes explicado, não é delegatária de serviço público (não atua sob concessão, permissão ou autorização de serviços públicos), ou seja, não estará exercendo atividades públicas em nome do Estado, sob regime de direito público, mas atividades privadas, em seu próprio nome, com incentivo do Estado, manifestado na transferência de recursos públicos, permissão de uso de bens públicos etc.

Na doutrina de Paulo Eduardo Garrido Modesto é que encontramos um conceito esclarecedor do instituto, para quem as Organizações Sociais são:

... pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, voltadas para atividades de relevante valor social, que independem de concessão ou permissão do Poder Executivo, criadas por iniciativas de particulares segundo modelo previsto em lei, reconhecidas, fiscalizadas e fomentadas pelo Estado²⁰.

Posto o conceito das organizações sociais, impõe-se salientar que elas não se constituem, definitivamente, uma nova figura jurídica.

No referido Plano Diretor da Reforma do Estado do governo brasileiro, a forma pela qual atividades não exclusivas do Estado são transferidas para entidades privadas sem fins lucrativos que melhor teria sido denominada como um instrumento de privatização ou de desestatização²¹.

Portanto, as organizações sociais objetivam ser um modelo de parceria entre o Estado e a sociedade, mas não constituem uma nova pessoa jurídica; inserem-se no âmbito das pessoas jurídicas já existentes sob a forma de fundações e associações civis, todas sem fins lucrativos. Portanto, elas estão fora da Administração Pública, pois são pessoas jurídicas de direito privado.

Esse modelo repita-se, é fruto da Medida Provisória 1.591, de 09.10.1997, convertida, em 15.05.1998, na Lei nº. 9.637, em que se estabelecem normas para que o Poder Executivo possa qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde.

Assim, segundo Coeli Simões, as organizações sociais aparecem como mecanismos de redefinição de modo de intervenção no âmbito social, desafiadas por expectativas do Governo de aumento da eficiência dos serviços sociais, interiorização e ampliação do acesso, no plano substantivo, e, sob a ótica política, de participação da cidadania na gestão da coisa pública, de estímulo à ação social comunitária, bem assim de coordenação da gestão compartilhada de serviços públicos pelas pessoas políticas. A alternativa projeta a transferência de atividades não-exclusivas ou competitivas desenvolvidas pelo Estado para entidades privadas sem fins lucrativos tituladas como “OS” ou a publicização de atividades executadas por esses segmentos sociais, reconhecendo-lhes condição de agentes de uma esfera pública não-estatal, prestadores de serviços garantidos pelo Estado. Por meio delas pretende-se enfatizar a relação Estado-Sociedade²².

Cumprе esclarecer que desde o princípio, o objetivo desse modelo institucional foi o de incentivar o estabelecimento de parcerias entre o Estado e a sociedade para a gestão de serviços de natureza social. É sempre bom frisar que o seu foco é o cidadão. E a ênfase dada é no seu desempenho com base em um rigoroso controle social. Isso porque, para garantir que o uso dos recursos públicos repassados seja o melhor possível, a lei impõe controles externo e interno. Na prática, a governança das organizações sociais dá-se em várias instâncias. Seja por meio de um conselho de administração em que tem assento o próprio poder público e a sociedade civil, seja pela publicação das contas dessas instituições no Diário Oficial da União, seja por meio do acompanhamento da comissão de avaliação responsável por certificar a execução dos serviços, seja com a contratação de auditoria externa²³.

Qualificada como Organização Social, a entidade-fundação ou associação estará habilitada a receber recursos financeiros

e a administrar bens e equipamentos, e pessoal do Estado. Em contrapartida, para a formação dessa parceria, a OS se obriga a firmar um contrato de gestão com o Poder Público, por meio do qual serão acordadas metas de desempenho que assegurem a qualidade e a efetividade dos serviços prestados ao público.

4.2 CONTRATO DE GESTÃO

De conformidade com o art. 5.º do multicitado diploma legal, entende-se por contrato de gestão o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria para fomento e execução das atividades de ensino, de pesquisa científica, de desenvolvimento tecnológico, de proteção e de preservação do meio ambiente, cultura e saúde.

Esse instrumento será elaborado de comum acordo entre o órgão ou entidade supervisora e a OS, e discriminará as atribuições, responsabilidades e obrigações do Poder Público e da organização social.

E tem o propósito, segundo entendimento do próprio Ministério da Administração e Reforma do Estado²⁴, de contribuir ou reforçar o atingimento de objetivos de políticas públicas, mediante o desenvolvimento de um programa de melhora da gestão, com vistas a atingir uma superior qualidade do produto ou serviço prestado ao cidadão. Um contrato de gestão especifica metas (e respectivos indicadores), obrigações, responsabilidades, recursos, condicionantes, mecanismos de avaliação e penalidades.

Por parte do Poder Público contratante, o contrato de gestão é um instrumento de implementação, supervisão e avaliação de políticas públicas, de forma descentralizada, racionalizada e autonomizada, na medida em que vincula recursos ao atingimento de finalidades públicas.

Por outro lado, no âmbito interno das organizações (estatais ou não estatais) contratadas, o contrato de gestão se coloca como um instrumento de gestão estratégica, na medida em que direciona a ação organizacional, assim como a melhoria da gestão, aos cidadãos/clientes beneficiários de determinadas políticas públicas.

A execução do contrato de gestão será de acordo com o art. 8.º da Lei nº. 9.637/98, fiscalizada pelo órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade fomentada, ou seja, pelo Ministério regulador da atividade da OS. Se, por exemplo, de ensino, será o Ministério da Educação e Cultura; se de desenvolvimento tecnológico, o Ministério da Ciência e Tecnologia.

Portanto, a fiscalização é do próprio órgão que aprova, por conveniência e oportunidade, a qualificação da associação ou fundação como OS (na forma do inciso II da art. 2.º já comentado), sendo o Ministério Público acionado, via representação, caso o responsável pela fiscalização entender que a gravidade dos fatos assim o exige.

Em conclusão, poderíamos dizer que, ao qualificar-se entes coletivos – pessoas jurídicas de direito privado instituídas sob a forma de fundações e associações em organizações sociais, na forma da lei ora vigente –, estar-se-á conferindo àquelas pessoas jurídicas novos direitos e novos deveres em razão da possibilidade, por meio de um contrato de gestão com o Poder Público, de administrar recursos materiais, financeiros e humanos do próprio Poder Público.

Quanto ao novo sistema, como observou Carvalho Filho, “tem parceria entre o Poder Público e entidades privadas sem fins lucrativos o seu núcleo jurídico. A descentralização administrativa nesse tipo de atividade pode propiciar grande auxílio ao governo, porque as organizações sociais, de um lado, têm vínculo

jurídico que as deixa sob o controle do Poder Público e, de outro, possuem a flexibilidade jurídica das pessoas privadas, distante dos freios burocráticos que se arrastam nos corredores dos órgãos públicos”.

Todavia, entendemos, tal qual o professor Carvalho Filho, que:

[...] o sucesso do empreendimento depende de fator que, segundo temos observado, tem estado ausente ou deficiente nas atribuições do Poder Público, qual seja, o da fiscalização das entidades e do cumprimento de seus objetivos. Sem fiscalização, é fácil vislumbrar situações de descalabro administrativo, de desfiguração dos objetivos e, o que é pior, de crimes financeiros contra o governo²⁵.

A idéia, obviamente, é, por esse modelo, aprimorar os serviços das próprias entidades e utilizar com mais responsabilidade, economicidade e eficiência os recursos públicos.

No entanto, apresenta ele importante discussão quanto a constitucionalidade, como adiante veremos.

4.3 DAS INCONSTITUCIONALIDADES ARGUIDAS NA ADI 1.923-5 PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A Lei nº. 9.637, de 15.05.1998, em linhas gerais anteriormente comentada, promove profundas modificações no ordenamento institucional da Administração Pública brasileira, em especial na esfera da União²⁶, embora também se espraie pelas esferas estadual e municipal²⁷ que poderá editar, como alguns entes já fizeram, seus próprios diplomas com vistas à maior descentralização de suas atividades, o que deve fazer adotando o modelo

proposto na referida lei federal sempre com o escopo de que a qualificação seja atribuída a entidades que se proponham a executar serviços de interesse social.

A referida lei das Organizações Sociais foi objeto de arguição de inconstitucionalidade pela ADIn nº. 1.923-6, impetrada pelo Partido dos Trabalhadores e pelo Partido Democrático Trabalhista, e pela ADIn nº. 1.943-1, impetrada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil em 13.01.1999²⁸. Em ambas, requereu-se liminar, quando ao final de longa tramitação foi, por maioria, indeferida²⁹.

Nas referidas ADIns, e mais objetivamente na ADI nº. 1.943-1, foram apresentadas várias máculas da lei, as quais, pela sua magnitude, merecem ser expostas, para o que transcrevo ex-certos da exordial apresentada:

Em sendo possível, como no caso, fixar parâmetros objetivos para atuação da administração pública, não pode a lei furtar-se a esse dever, sob pena de ofender também a outro subprincípio do princípio do Estado de Direito, qual seja, o princípio da legalidade administrativa (art. 1.º e 37 da Constituição Federal). Dar ao administrador poder sem fixar parâmetros de atuação é violar sua necessária submissão à lei. É violar vários princípios que regem a administração pública; quais sejam, o da moralidade, o da impessoalidade e o da razoabilidade, estabelecidos também no art. 37, *caput*, da Lei Maior. Também os arts. 5.º, 6.º, com seu parágrafo único, e 7.º, com seus dois incisos e parágrafo único, que regulamentam, na referida lei, o Contrato de Gestão (Seção III), maculam, da mesma norma, o princípio da igualdade (art. 5.º, *caput* e inciso I). Isso porque permitem seja firmado o contrato, com as entidades arbitrariamente

qualificadas como organizações sociais, sem licitação. A permissão, ante a ausência de exigência legal, de que sejam pactuados contratos de gestão sem licitação, violenta o princípio da igualdade, e ainda o princípio da obrigatoriedade de licitação (art. 37, XXI), trazendo assim a exigência de declaração de inconstitucionalidade dos três dispositivos já referidos (arts. 5.º, 6.º e 7.º, com seus parágrafos e incisos) que tratam do inusitado ajuste.

A possibilidade de destinação de recursos e bens públicos para as organizações sociais, sem licitação, prevista no art. 12, *caput*, com seu § 3.º, e no art. 13, *caput*, com seu parágrafo único, supratranscritos, vulnera também, pelos mesmos motivos deduzidos quando se destacou a inconstitucionalidade dos arts. 5.º, 6.º e 7.º, o princípio da isonomia e o da obrigatoriedade de licitação (viola o art. 5.º, *caput* e inciso I; o art. 37, inciso XXI; o art. 175, *caput*, todos da Lei Maior). É que não se faz possível conferir bens e recursos públicos a alguém sem procedimento preliminar de seleção pública, permitindo-se ainda que o bem cedido seja permutado segundo o interesse do ente privado que o recebeu. Por tal razão, devem ser julgados inconstitucionais.

Inconstitucional é também o § 1.º do art. 12 da Lei nº. 9.637, supratranscrito, o qual assegura a transferência de créditos orçamentários para as organizações sociais. O preceito, evidentemente, violenta o art. 167, IV, e 218, § 5.º, da Constituição. De fato. O art. 167, IV, proíbe a vinculação receita de impostos a órgão, fundo ou despesa. Da mesma forma, conflita o preceito com o § 5.º do art. 218 da Constituição, o qual, ao estabelecer que “é facul-

tado aos Estados e ao Distrito Federal vincular parcela de sua receita orçamentária a entidades públicas de fomento ao ensino e à pesquisa científica e tecnológica”, a toda evidência estabeleceu que é-lhes proibido vincular receita a entidades privadas (como é o caso em debate), de fomento ao ensino e à pesquisa científica e tecnológica.

Também padece de inconstitucionalidade o art. 14, *caput*, e seus §§ 1.º, 2.º e 3.º, bem como o art. 12, § 2.º, da referida Lei, uma vez que não pode o Poder Público ceder para particulares servidores públicos com ônus para o cedente. À administração pública não é dado pôr à disposição de entidades privadas funcionários públicos. Se o serviço é objeto de concessão, se o Estado demite-se de funções que lhe são inerentes, quem as assume deve arcar com todas as responsabilidades daí decorrentes, inclusive quanto a pessoal. Do art. 37, *caput* e incisos, bem como do art. 39, ambos da Constituição Federal, extrai-se a conclusão de que servidor público deve trabalhar dentro da administração pública.

A bem da verdade, o estatuto das organizações sociais que se pretende instituir é inconstitucional, na íntegra, porque o Poder Público não pode transferir totalmente, para iniciativa privada, atribuições que lhe competem.

A pretensão de transferir para a iniciativa privada – ainda que sejam organizações sociais – bens, recursos e pessoal, com o objetivo evidente de atribuir aos particulares ônus que é do próprio Poder Público, ofende os preceitos constitucionais dos arts. 196, 205, 215, 216, §§ 1.º e 2.º, e 218, § 1.º, os quais impõem, não ao particular, mas ao Estado, o dever de zelar, preponderantemente, pelos direitos à educação, saúde e cultura.

Por outro lado, cabendo à iniciativa privada o exercício complementar das atividades arroladas nos artigos constitucionais acima nomeados, é evidente que tais atividades complementares deverão realizar-se com bens, recursos e pessoal dos próprios particulares.

As inconstitucionalidades anunciadas saltam ainda mais aos olhos quando se tem presente que as transferências que se realizam são de serviços já existentes, ou seja, são transferidos bens, recursos e pessoal de atividades que estão em plena operação.

(...)

De fato, União, Estados e Municípios, fazendo uso da inconstitucional lei, estão transferindo para a iniciativa privada serviços públicos. Descentralizam-se atividades essenciais à saúde e à educação da população, em discordância com a Constituição Federal.

Bens e recursos públicos, sejam eles em dinheiro diretamente transferido às organizações sociais, sejam em face do trabalho realizado por servidores públicos cedidos com ônus para o Poder Público às tais entidades privadas, estão sendo ilicitamente utilizados por alguns privilegiados pelo Estado, em detrimento dos demais interessados.

4.4 DO JULGAMENTO DA LIMINAR

Após mais de oito anos de profundo exame da matéria, o plenário do egrégio Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria, indeferir o pedido de medida liminar e não vislumbrou, naquele momento, a presença das inconstitucionalidades apontadas pelos autores da referida ação direta de inconstitucionalidade (PT

e PDT) contra a Lei nº. 9.637/1998, e também contra o inciso XXIV do art. 24 da Lei nº. 9.648/1998.

Saliento, tal qual já noticiado na nota de rodapé 29, que “O relator, Ministro Ilmar Galvão, votara pelo indeferimento da medida cautelar, no que foi acompanhado pelo Ministro Nelson Jobim, em voto-vista. Também votaram pelo indeferimento da liminar os Ministros Moreira Alves, Néri da Silveira e Sepúlveda Pertence, ainda que apenas em relação ao art. 1.º da lei, quanto à possibilidade de o Estado firmar contratos de gestão com as denominadas organizações sociais para prestação de serviços públicos na área de saúde. E, ao final, votaram também pelo indeferimento os Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau (este reformulando o voto).

Registro, portanto, que é fundamental para o estudo da matéria excerto do excelente voto do Ministro Gilmar Mendes proferido em 1.º.09.2007, que, composto de partes, começa com o estudo a respeito da inserção das Organizações Sociais no contexto de Reforma do Estado Brasileiro, iniciada na década de 1990 e inserida, segundo a ‘Declaração de Madri’, aprovada em 14.10.1998 pelo Conselho Diretor do Centro Latino Americano de Administração para o Desenvolvimento – CLAD, na Reforma Gerencial dos Estados Latino-americanos.

A reforma do Estado, segundo essa declaração, tornou-se o tema central da agenda política mundial. Não se trata de uma resposta neoliberal à crise do Estado intervencionista; ou seja, a reforma não visa à redução drástica do tamanho do Estado e não prima pela predominância do mercado. Ao contrário, ela parte da constatação de que a solução para a crise do Estado não estaria no desmantelamento do aparelho estatal, mas em sua reconstrução. A Reforma Gerencial do Estado pressupõe uma modificação estrutural do aparelho estatal, não podendo ser confundida com mera implementação de novas formas de gestão. Como consta

da declaração, ‘trata-se de construir um Estado para enfrentar os novos desafios da sociedade pós-industrial, um Estado para o século XXI, que, além de garantir o cumprimento dos contratos econômicos, deve ser forte o suficiente para assegurar os direitos sociais e a competitividade de cada país no cenário internacional. Busca-se, desse modo, uma terceira via entre o *laissez faire* neoliberal e o antigo modelo social-burocrático de intervenção estatal’.

Esta Reforma Gerencial do Estado Brasileiro, contida no ‘Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado – elaborado pelo Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado, do Governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso (1995)’, contém os programas e metas para uma reforma destinada à transição de ‘um tipo de administração pública burocrática, rígida e ineficiente, voltada para si própria e para o controle interno, para uma administração pública gerencial, flexível e eficiente, voltada para o atendimento do cidadão’.

Dentre esses programas e metas, assume especial importância o programa de publicização, que constitui a ‘descentralização para o setor público não-estatal da execução de serviços que não envolvem o exercício do poder de Estado, mas devem ser subsidiados pelo Estado, como é o caso dos serviços de educação, saúde, cultura e pesquisa científica’. Assim, consta do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado”.

Por fim, assevera o Ministro Gilmar Mendes que:

O programa de publicização, portanto, permite ao Estado compartilhar com a comunidade, as empresas e o Terceiro Setor a responsabilidade pela prestação de serviços públicos como os de saúde e educação. Trata-se, em outros termos, de uma parceria entre Estado e sociedade

na consecução de objetivos de interesse público, com maior agilidade, eficiência.

A segunda parte do voto trata das Organizações Sociais no contexto do Programa Nacional de Publicização – PNP da Reforma do Aparelho do Estado: a transferência ao setor público não-estatal da prestação de serviços não-exclusivos do Estado.

A terceira parte do voto aborda especificamente a Lei da Organização Social, o processo de publicização de atividades exclusivas do Estado, o contrato de gestão com seus amplos mecanismos de controle interno e externo e como instrumento de fixação e controle de metas de desempenho da prestação de serviços.

A quarta parte apresenta panorama de implementação do modelo de Organização Social por vários Estados-Membros da Federação.

Na quinta parte alude à exemplar experiência da Associação das Pioneiras Sociais (APS) – instituição gestora da Rede Sarah de Hospitais de Reabilitação – como exemplo de sucesso desse novo modelo de gestão de serviços públicos.

Por fim, a título de considerações finais, assevera o Ministro Gilmar Mendes:

Enfim, o modelo de gestão pública por meio de Organizações Sociais, instituído pela Lei nº. 9.637/1998, tem sido implementado ao longo de todo o país e as experiências bem demonstram que a Reforma da Administração Pública no Brasil tem avançado numa perspectiva promissora. Após uma história de burocracias, de ênfases nos atos e nos processos – que, reconheça-se, ainda não foi totalmente superado –, a Administração Pública

no Brasil adentrou o século XXI com vistas aos resultados, à eficiência e, acima de tudo, à satisfação do cidadão.

A Lei nº. 9.637/1998 instituiu um programa de publicização de atividades e serviços não exclusivos do Estado – como o ensino, a pesquisa científica, o desenvolvimento tecnológico, a proteção e preservação do meio ambiente, a cultura e a saúde –, transferindo-os para a gestão desburocratizada a cargo de entidades de caráter privado e, portanto, submetendo-os a um regime mais flexível, mais dinâmico, enfim, mais eficiente.

Esse novo modelo de administração gerencial realizado por entidades públicas, ainda que não-estatais, está voltado mais para o alcance de metas do que para a estrita observância de procedimentos. A busca da eficiência dos resultados, por meio da flexibilização de procedimentos, justifica a implementação de um regime todo especial, regido por regras que respondem a racionalidades próprias do direito público e do direito privado.

O fato é que o Direito Administrativo tem passado por câmbios substanciais e a mudança de paradigmas não tem sido compreendida por muitas pessoas. Hoje, não há mais como compreender esse ramo do direito desde a perspectiva de uma rígida dicotomia entre o público e o privado.

Nesse contexto é que se insere o instrumento do contrato de gestão firmado entre o Poder Público e entidades privadas, que passam a ser qualificadas como públicas, ainda que não-estatais, para a prestação de serviços públicos por meio de um regime es-

pecial em que se mesclam princípios de direito público e de direito privado.

Concluindo com razões suficientes para indeferir a medida cautelar que: Esses são os novos pressupostos de análise de um direito privado publicizado e constitucionalizado, e de um direito público submetido a racionalidades próprias dos discursos do direito privado.

4.5 JULGAMENTO DO MÉRITO. PRIMEIROS VOTOS

Voto do Ministro Ayres Britto

Recentemente, mas precisamente no dia 31 de março do ano de 2011, o plenário do Egrégio Supremo Tribunal Federal iniciou o julgamento do mérito da Ação Direta de Inconstitucionalidade, tendo, naquela oportunidade, o relator Ministro Ayres Britto proferido voto julgando parcialmente procedente a referida ação direta tendo pedido vista o Ministro Luiz Fux³⁰.

O relator, Ministro Ayres Britto com notável percuciência no exame da questão apresenta na fase inicial de seu voto consideração à respeito da natureza dos serviços públicos, destacando a existência dos serviços públicos de titularidade estatal exclusiva e os de titularidade mistamente pública e privadas, que são as atividades de saúde pública, educação e ensino, cultura, previdência social, meio ambiente, ciência e tecnologia, assistência social, que, inclusive, podem ser titularizadas por todo e qualquer pessoa federada. Deixando claro que “se prestadas pelo Setor Público, são atividades públicas de regime jurídico igualmente público. Se prestadas pela iniciativa privada, óbvio que são atividade privadas, porém **sob o timbre da relevância pública**. (negrito do original).

Elencou o Ministro, em seu voto, os preceitos constitu-

cionais pertinentes (artigos 194, 197, 199, §§1º e 2º, 202 e seu § 3º, 205, 209 e seus incisos I e II, 213 e incisos I, II, e §§ 1º e 2º, art. 216, §§1º e 3º e inciso VI, e artigo 236, caput. Concluiu Sua Excelência, da leitura de todos esses dispositivos:

a compreensão de que, realmente, há serviços públicos passíveis de prestação não-estatal. Serviços que, se prestados pelo setor público, seja diretamente, seja sob regime de concessão, permissão ou autorização, serão de natureza pública; se prestados pela iniciativa privada, serão também de natureza pública, pois o serviço não se despubliciza pelo fato do transpasse da sua prestação ao setor privado.

21. Já no que toca às atividades de senhoria misto, serão elas de natureza pública, se prestadas pelo próprio Estado, ou em parceria com o setor privado. E se desempenhadas exclusivamente pelo setor privado, sua definição é como atividades ou serviços de relevância pública (inciso II do art. 129 e art. 197, ambos da CF). Assim é que o art. 199 da Constituição Federal dispõe, categoricamente, ser livre à iniciativa privada a assistência à saúde. Disposição repetida no art. 209 quanto ao ensino. De se ver também a referência explícita: a) a um regime de previdência privada (art. 202 da CF); b) à colaboração da comunidade na proteção do patrimônio cultural brasileiro (§ 1º do art. 216 da CF); c) ao incentivo a empresas que invistam em pesquisa e criação de tecnologia (§4º do

art. 218 da CF); d) ao dever da coletividade de defender e preservar o meio ambiente (caput do art. 225 da CF). Quanto à possibilidade de destinação de recursos públicos às entidades privadas, exercentes de atividades de relevância pública, também não vacila a Constituição Federal, ainda que imponha a observância de certos requisitos. São evidências disso: a) a participação de instituições privadas no sistema único de saúde, mediante contrato de direito público ou convênio (§ 1º do art. 199 da CF); b) a vedação de auxílios ou subvenções na área de saúde apenas às instituições privadas com fins lucrativos (§ 2º do art. 199 da CF); c) a participação de entidades não governamentais na promoção de programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, com a previsão, inclusive, de subsídios públicos (inciso VI do § 3º e § 1º, ambos do art. 227 da CF); d) o aporte de recursos do Estado a entidades de previdência privada, na qualidade de patrocinador (§ 3º do art. 202 da CF); e) a destinação de recursos públicos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, bem como a concessão de bolsas de estudo para o ensino fundamental e médio (art. 213 e § 1º da CF); f) o apoio financeiro do Poder Público às atividades universitárias de pesquisa e extensão (§ 2º do art. 213 da CF).

22. Nesse amplo contexto normativo, penso já se poder extrair uma primeira conclusão: os particulares podem desempenhar ativi-

dades que também correspondem a deveres do Estado, mas não são exclusivamente públicas. Atividades, em rigor, mistamente públicas e privadas, como efetivamente são a cultura, a saúde, a educação, a ciência e tecnologia e o meio ambiente. Logo, atividades predispostas a uma protagonização conjunta do Estado e da sociedade civil, por isso que passíveis de financiamento público e sob a cláusula da atuação apenas complementar do setor público. Noutro dizer, ali onde a atividade for de exclusivo senhorio ou titularidade estatal, a presença do Poder Público é inafastável. Contudo, se essa ou aquela atividade genuinamente estatal for constitutiva: a) de serviço público, o Estado não apeia jamais da titularidade, mas pode valer-se dos institutos da concessão ou da permissão para atuar por forma “indireta”; ou seja, atuar por interposta pessoa jurídica do setor privado, nos termos da lei “e sempre através de licitação” (art. 175 da CF); b) se constitutiva de “serviço de relevância pública”, que já se define como atividade mescladamente pública e privada no seu senhorio ou titularidade, aí a respectiva prestação se dá pela iniciativa privada, em caráter complementar à ação estatal.

Posteriormente, o Ministro Ayres Britto entende, ao examinar o conteúdo da Lei nº. 9.637/98 que primeiro, o referido “Programa Nacional da Publicização” que consiste na “absorção de atividades desenvolvidas por entidades ou órgãos públicas da União, que atuem nas atividades referidas no art. 1º, por organizações sociais, qualificadas na forma desta Lei (art. 20)” é

mesmo um programa de privatização, cuja inconstitucionalidade é manifesta, por entender sua Excelência que a iniciativa privada não pode substituir o Poder Público e sim complementar a performance estatal, não podendo o Estado “globalmente, terceirizar funções que são típicas”.

Preocupa-se o Ministro no sentido de ao se ter como válida a expressão “absorção” (por organizações sociais, das atividades desempenhadas por entidades públicas a ser extinta) que nada impedisse que “num curto espaço de tempo, deixássemos de ter estabelecimentos oficiais de ensino, serviços públicos de saúde, etc. Isso, tendo em vista que a organização social é pessoa não integrante da Administração Pública. Logo, o Estado passaria a exercer, nos serviços públicos, o mesmo papel que desempenha na atividade econômica: o de agente apenas indutor, fiscalizador e regulador, em frontal descompasso com a vontade objetiva da Constituição Federal. O que de pronto me leva a julgar inconstitucionais os arts. 18 a 22 da Lei 9.637/98”.

Ressalta, em seguida, o Ministro Relator, o fato de não enxergar inconstitucionalidade no mecanismo de parceria entre o Estado e os particulares, diz ele:

O que a Magna Carta admite e até mesmo estimula, agora sim, é a colaboração entre particulares e o Poder Público. Daí estabelecer o art. 1º da Lei 9.637/98 que “o Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos aos requisitos previstos” na lei. Organizações sociais que, uma vez as-

sim qualificadas, poderão firmar com o Poder Público um “contrato de gestão”, “com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas relacionadas no art. 1º” (art. 5º da Lei 9.637/98). Contrato de que poderão constar cláusulas garantidoras: a) do repasse de recursos orçamentários; b) do uso de bens públicos; c) da cessão especial de servidores estatais (arts. 12 e 14 da Lei nº. 9.637/98).

Continua o Ministro Ayres Britto em afirmar que “a Magna Carta franqueia à iniciativa privada a prestação de vários serviços de relevância pública e permite (até mesmo determina) que o Poder Público fomenta essas atividades, inclusive mediante transpasse de recursos públicos. E o fato é que todos os serviços enumerados no art. 1º da Lei 9.637/98 são do tipo “não exclusivos do Estado”, dando-se que as pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos, ali igualmente contempladas, são passíveis de qualificação como organizações sociais.

E neste diapasão concluiu por entender que o denominado “contrato de gestão, consiste, em linhas gerais, em um convênio”. Não exatamente num contrato de direito público, senão nominalmente. E, nesta linha conclusiva, que o “contrato de gestão” é, na verdade, um convênio, incorpora-se o juízo de que, em princípio, não há necessidade de processo licitatório para sua celebração.

Dessarte, neste ponto afirma Sua Excelência:

Sendo assim, tenho que não viola, em linha de princípio, a Constituição Federal o inciso XXIV do art. 24 da Lei 8.666/93, com a redação dada

pela Lei 9.648/98. É que a exclusão de processo licitatório para a celebração de contrato de gestão nada mais retrata do que a verdadeira natureza convencional do ajuste. Natureza que possibilita, inclusive, a desnecessidade de proceder licitatório para a permissão de uso de bem público (§ 3º do art. 12 da Lei 9.637/98).

No entanto, com acerto, condiciona o Ministro que haja, em lugar de processo licitatório tal qual prevista na Lei nº. 8.666/93, um processo administrativo objetivo e público, motivado com controle social e fulcrado nos princípios da publicidade, moralidade, impessoalidade e eficiência³¹, *verbis*:

33. É preciso, porém, fazer a seguinte ressalva: a desnecessidade do procedimento licitatório: a) não afasta o dever da abertura de processo administrativo que demonstre, objetivamente, em que o regime da parceria com a iniciativa privada se revele como de superior qualidade frente à atuação isolada ou solitária do próprio Estado enquanto titular da atividade em questão; b) não libera a Administração da rigorosa observância dos princípios constitucionais da publicidade, da moralidade, da impessoalidade, da eficiência e, por conseguinte, 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 afasta a motivação administrativa quanto à seleção de uma determinada pessoa privada, e não outra, se outra houver com idêntica pretensão de emparceiramento

com o Poder Público; d) não dispensa a desembaraçada incidência dos mecanismos de controle interno e externo sobre o serviço ou atividade em concreto regime de parceria com a iniciativa privada.

Deixa claro o Ministro-Relator que os requisitos para a qualificação de uma pessoa jurídico-privada como organização social são de índole rigorosamente formal. O que lega à conclusão de que “não sobra mesmo espaço para decisão desataviada ou totalmente discricionária da Administração Pública”, devendo a aprovação “do Ministro ou titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade ser precedida de “chamamento público”, *verbis*:

36. Daqui se desprende a serena proposição cognitiva de que a aprovação ‘do Ministro ou titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade’ é de se dar na esfera da mais franca publicidade e objetiva motivação. Noutros termos, é de se proceder a um chamamento público, com regras objetivas, para que, de todas as organizações sociais com atuação na área em que pretende agir o Poder Público por modo emparceirado com o setor privado, seja convocada aquela de maior aptidão para vitalizar a atividade que, em princípio, demandaria atuação estatal por sua exclusiva conta e risco. Sem contrato ou convênio com quem quer que seja, portanto. É como propõem Almiro do Couto e Silva, Carlos Ari Sundfeld, Floriano de Azevedo Marques Neto, Maria Coeli Simões Pires, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Paulo Eduardo Garrido Modesto e Sérgio de Andréa Ferreira, na exposição de motivos do

anteprojeto de lei que versa, justamente, sobre a formulação do que eles designam por ‘contrato público de colaboração’

(...)

38. Nesse fluxo de ideias, imperioso reconhecer a inconstitucionalidade do fraseado “quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social”, contido no inciso II do art. 2º da Lei 9.637/98. E no que tange ao contrato de gestão (arts. 5º, 6º e 7º), é de explicitar, via interpretação conforme à Constituição, o que, por implicitude, já se contém no art. 7º da multicitada lei: **sem a realização de um processo público e objetivo para a celebração do contrato de gestão – não, necessariamente, de um processo licitatório –, resultariam inobservados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, economicidade e isonomia.**

Já na fase final de seu voto, o Ministro Ayres Britto ao analisar as alegações de que seriam inconstitucionais os incisos V, VII e VIII, do art. 4º, o inciso II do art. 7º e o art. 14, da Lei nº. 9.637/98 entendeu que todos, com exceção do art. 14, não padecem do vício da inconstitucionalidade.

E, ao encerrar seu profundo voto, assim se expressa quanto à inconstitucionalidade dos arts. 18 a 22 da norma, *verbis*:

42. Por fim, não posso deixar de propor a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade dos arts. 18 a 22 da Lei 9.637/98. É que a lei vigora há mais de doze anos e este

Supremo Tribunal Federal indeferiu o pedido de liminar. Nesse período, várias entidades públicas (federais, estaduais e municipais) foram extintas, repassando-se para organizações sociais a prestação das respectivas atividades. A Lei 9.637/98 assim procedeu, ela própria, quanto ao Laboratório Nacional de Luz Síncrona e à Fundação Roquette Pinto. Dessa forma, tendo em vista razões de segurança jurídica, não é de se exigir a desconstituição da situação de fato que adquiriu contornos de extratificação. As organizações sociais que “absorveram” atividades de entidades públicas extintas até a data deste julgamento não de continuar prestando os respectivos serviços. Sem prejuízo, claro, da obrigatoriedade de o Poder Público, ao final dos vigentes contratos de gestão, instaurar processo público e objetivo (não, necessariamente, licitação, nos termos da Lei 8.666/93) para as novas avenças.

Voto do Ministro Luiz Fux

Sua excelência o Ministro Luiz Fux iniciou seu voto firmando importante premissa teórica. A que a atuação dos poderes públicos em compor áreas sensíveis como saúde, educação, cultura, desporto e lazer (objeto do art. 1º da Lei nº. 9.637/98) é essencial a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (CF, art. 3º, I) e deve ser percebida não dentro de um modelo específico de Estado, mas sim dentro de um universo em que aja a possibilidade de a intervenção do Estado, nos domínios sociais, possa ser moldado de forma diferente inclusive pela natural necessidade (...) “de projetar políticas divergentes, como fruto do pluralismo

político que merece a sociedade brasileira (CF, art. 1º, V)”.

Nesse diapasão o Ministro Fux após pontuar que a Constituição trata os setores da Saúde, Educação, Cultura, Desporto e Lazer, meio ambiente, ciência e tecnologia conclui que as Organizações Sociais do próprio regime jurídico de suas atividades

não atuam por força do contrato de gestão ou por qualquer espécie de delegação, mas sim por direito próprio. 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

A finalidade de fomento, *in casu*, é posta em prática pela cessão de recursos, bens e pessoal da Administração Pública para as entidades privadas, após a celebração de contrato de gestão. Este mesmo contrato de gestão, por outro lado, será o instrumento *consensual* que viabilizará o direcionamento, pelo Poder Público, da atuação do particular em consonância com o interesse público, através da inserção de metas e de resultados a serem alcançados, em uma versão branda da conhecida regulação, temperada pelo princípio da *consensualidade* e pela *participação dos administrados*.

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

Por esta razão entendeu o Ministro Fux constitucional o artigo 21 também os artigos 18 a 22 da lei) que trata da extinção do Laboratório Nacional de Luz Síncrotron e a Fundação Roquette Pinto, vez que refletem uma instituição de uma marco legal definidor do regime jurídico a ser seguido no modelo de fomento a que a lei (leia-se o legislador) entende de fazê-lo pontualmente.

Em outras palavras, cada decisão gerencial de utilização do regime do fomento através do contrato de gestão, após a edição da Lei, representa, simultaneamente, o afastamento da via da criação de entidades públicas para a intervenção direta e a escolha pela busca dos mesmos fins através da indução e do fomento de atores privados. O que fez a Lei em seu art. 21, assim, foi apenas conjugar essas duas decisões em um único dispositivo, submetendo a qualificação e a celebração do contrato de gestão às demais normas do diploma legal. Assim, reputar tal dispositivo inconstitu-

cional, com a devida vênia, seria sobremodo incoerente com a chancela do marco legal das Organizações Sociais, porquanto o fator tempo na opção política pelo modelo de fomento – se simultaneamente ou após a edição da Lei, portanto – não parece ser de qualquer modo relevante para aferir a sua conformidade com a Constituição.

Quanto a análise de se há alguma violação ao dever constitucional de licitar (CF, art. 37, XXI), diante dos pormenores do marco legal das Organizações Sociais. O voto-vista segue a linha do relator o Ministro Ayres Britto, portanto afastando a incidência do dispositivo constitucional quando ao procedimento de qualificação como OS, principalmente por que tal ato não se configure como contratação no sentido próprio do termo e sim credenciamento.

Sendo certo que a “conveniência e oportunidade” da qualificação, ou seja, a discricionariedade (...) do Ministro de Estado responsável deve se pautar na obediência aos princípios constitucionais da impessoalidade, moralidade, publicidade, legalidade e eficiência (art. 37 da CF), o que na própria Lei nº. 9.637/98 encontra guarida (art. 20 e art. 16, § 1º)

Acrescenta-se que “Por identidade de razões, mesmo a dispensa de licitação instituída no art. 24, XXIV, da Lei nº. 8.666/93 deve observar os princípios constitucionais. Em primeiro lugar, tal dispositivo não é, em abstrato, inconstitucional. A dispensa de licitação aí instituída tem uma finalidade que a doutrina contemporânea denomina de *função regulatória da licitação*, através da qual a licitação passa a ser também vista como mecanismo de indução de determinadas práticas sociais benéficas²⁰. Foi assim, por exemplo, que a Lei Complementar nº. 123/06 institui diversos benefícios em prol de micro-empresas nas licitações públicas, estimulando o seu

crescimento no mercado interno. E é com a mesma finalidade que os incisos XIII, XX, XXI e XXVII do art. 24 prevêm outros casos de dispensa²¹, em idêntica linha ao que prevê o agora impugnado inciso XXIV.

Ou seja, a finalidade da dispensa criada pela Lei nº. 9.648/98, ao incluir o inc. XXIV no art. 24 da Lei nº. 8.666/93, foi fomentar a atuação de organizações sociais que já ostentem, à época da contratação, o título de qualificação, e que por isso sejam reconhecidamente colaboradoras do Poder Público no desempenho dos deveres constitucionais de atuação nos serviços sociais. É a própria finalidade de fomento, portanto, prevista nos arts. 174, 199, § 2º, e 213 da CF, que legitima a nova hipótese de dispensa, como concretização de um tratamento desigual fundado em critério objetivo e razoável de desequiparação, como meio de atingir uma finalidade constitucional – a prestação eficiente dos serviços sociais”

Quanto a violação da constituição sob o prisma, aos servidores públicos cedidos entendeu o Ministro Luiz Fux não haver qualquer relação (...) que:

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

Ao fim, o Ministro Luiz Fux, votou no sentido de julgar “*de julgar parcialmente procedente o pedido*, apenas para conferir interpretação conforme à Constituição à Lei nº. 9.637/98 e ao art. 24, XXIV da Lei nº. 8.666/93, incluído pela Lei nº. 9.648/98, para que:

- (i) o procedimento de qualificação seja conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF, e de acordo com parâmetros fixados em abstrato segundo o que prega o art. 20 da Lei nº. 9.637/98;
- (ii) a celebração do contrato de gestão seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF;
- (iii) as hipóteses de dispensa de licitação para contratações (Lei nº. 8.666/93, art. 24, XXIV) e outorga de permissão de uso de bem público (Lei nº. 9.637/98, art. 12, §3º) sejam conduzidas de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF;
- (iv) os contratos a serem celebrados pela Organização Social com terceiros, com recursos públicos, sejam conduzidos de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade;
- (v) a seleção de pessoal pelas Organizações Sociais seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância

dos princípios do *caput* do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; e
 (vi) para afastar qualquer interpretação que restrinja o controle, pelo Ministério Público e pelo TCU, da aplicação de verbas públicas.

5 DA NÃO APLICAÇÃO DA LEI Nº. 8.666/93 PARA A CELEBRAÇÃO PELO PODER PÚBLICO DO CONTRATO DE GESTÃO QUE TRATA A LEI Nº. 9.637/98

Como já exposto anteriormente a Constituição brasileira admite e até estimula a colaboração entre particulares e o Poder Público. Trata-se da parceria entre o Estado e a sociedade civil, por meio das pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos na qual as Organizações Sociais, ou seja, as pessoas jurídicas qualificadas como tal nos moldes da Lei nº. 9.637/98 para a realização de atividades dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à prestação e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, uma vez qualificadas podem firmar, com o Poder Público em “contrato de gestão” para justamente completar a parceria entre as partes (Estado e sociedade civil) para fomento e execução de atividades relativas às áreas anteriormente nominadas.

Estes serviços, não exclusivos do Estado, mas de relevância pública, permitem e até mesmo determinam, como ensinou o Min. Ayres Britto em seu voto já estudado – que o Poder Público fomenta essas atividades, inclusive, mediante, transpasse de recursos públicos, por meio do “contrato de gestão”.

Contrato de gestão este que justamente por agasalhar interesses comuns e coincidentes das partes, ainda que composto de

prestações (objetos) específicos a cargo de cada partícipe, melhor se adequaria na figura de convênio.

A propósito transcreva-se magistério de José dos Santos Carvalho Filho:

Devidamente qualificadas, as organizações sociais celebram com o Poder Público o que a lei denominou de contratos de gestão, com o objetivo de formar a parceria necessária ao fomento e à execução das atividades já mencionadas. A despeito da denominação adotada, não há propriamente contrato nesse tipo de ajuste, mas sim verdadeiro convênio, pois que, embora sejam pactos bilaterais, não há a contraposição de interesses que caracteriza os contratos em geral; há, isto sim, uma cooperação entre os pactuantes, visando a objetivos de interesses comuns. Sendo paralelos e comuns os interesses perseguidos, esse tipo de negócio jurídico melhor há de enquadrar-se como convênio³².

Portanto, tomando com base que o “contrato de gestão”, como asseverou o Min. Carlos Ayres Britto “é, na verdade um convênio, toma corpo o juízo técnico de que, em princípio, há necessidade de processo licitatório para a sua celebração”[33].

Mesmo porque, com ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Quanto à exigência de licitação, não se aplica aos convênios, pois neles não há viabilidade de competição; esta não pode existir quando se trata de mútua colaboração, sob variadas formas, como repasse de verbas, uso de equipamentos, recursos humanos, imóveis. Não

se cogita de preços ou de remuneração que admita competição.

Aliás, o convênio não é abrangido pelas normas do art. 2º da Lei nº. 8.666/93; no caput, é exigida licitação para as obras, serviços, compras, alienações, concessões, permissões e locações, quando contratadas com terceiros; e no parágrafo único define-se o contrato por forma que não alcança os convênios e outros ajustes similares, já que nestes não existe a ‘estipulação de obrigações recíprocas’ a que se refere o dispositivo³⁴.

Por tudo, a desnecessidade ou não obrigatoriedade da realização de um processo licitatório nos moldes do estabelecido na Lei nº. 8.666/93 para a celebração de contrato de gestão “nada mais retrata do que a verdadeira natureza convencional do ajuste. Na natureza que possibilita, inclusive, a desnecessidade de proceder licitação para permissão do uso de bem público (§3º do art. 12 da Lei 9.637/98)”³⁵.

6 DA OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PUBLICIDADE, MORALIDADE, IMPESSOALIDADE PARA AS CONTRATAÇÕES REALIZADAS PELAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

Já há tempo entendo que os princípios constitucionais da administração pública (art. 37, caput da CF), legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e economicidade são aplicados às entidades integrantes do Terceiro Setor³⁶.

Tal entendimento fulcrou-se primeiro no papel e missão social e pública exercida pelas entidades (pessoas jurídicas) sem

fins lucrativos integrante do Terceiro Setor na execução da finalidade e serviços não exclusivos do Estado e, segundo pela cristalização destes princípios no corpo da Lei nº. 9.790, de 23.03.99 que disciplina a possibilidade do qualificação de pessoas jurídicas de direito privado com organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) e estabelece no inciso I do art. 4º que seu estatuto contenha, como obrigatório, a observância destes princípios.

Estes princípios, como cediço, se de observância pela entidade do Terceiro Setor, são de forma rigorosa e cogente, de observância para a administração. Neste diapasão apesar da desnecessidade da realização de um processo licitatório nos moldes da Lei 8.666/93 é imperioso que faça a Administração a abertura de processo administrativo que demonstre inequivocamente que a parceria a ser realizada com a iniciativa privada (pessoa jurídica qualificada como OS) é necessária, cabível e revela-se como mais eficiente que a atuação direta do próprio ente estatal, no campo específico de atividade a ser executada pela iniciativa privada (Terceiro Setor).

Necessário, também que todas as fases deste procedimento sejam públicas, transparentes, fundamentadas e embasadas em inquestionável reputação ética-profissional da entidade privada. O que se assemelha, *mutatis mutandis*, àquela resultante da habilitação prevista no art. 27, em que se exige dos interessados documentação relativa à habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal; e a notória especialização definida no art. 25, §1º, no qual a fundação deverá ter conceito elevado no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, e outros requisitos relacionados com suas atividades, que permitam inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

7 DA NECESSIDADE DE EDIÇÃO PELAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS DE REGULAMENTO PRÓPRIO PARA SUAS CONTRATAÇÕES

As organizações sociais ao receberem atribuições por força da celebração de termo de parceria certamente necessidade terão de contratar obras e serviços, bem como realizar compras com o emprego dos recursos públicos provenientes daquele ajuste com o Poder Público.

Importante registrar que sempre que alguém “maneje recursos públicos, haverá a **obrigação**, por força do regime republicano, de realizar um processo administrativo destinado a selecionar aquele que ira participar voluntariamente na gestão da *res pública*. Além de se garantir a isonomia, procura-se conjugar a maior vantagem para o interesse público (que se traduz na melhor relação custo benefício)”³⁷.

“Desse modo, parece-nos que se as organizações sociais, conforme estabelece o contrato de gestão celebrado, recebem recursos públicos, não podem se furtar de realizar um processo licitatório. Não fazê-lo seria o mesmo que burlar o princípio republicano, que se constitui num dos fundamentos do Estado brasileiro. Nesse sentido, o comentário de Angela Cassia Costaldello trazido por Luiz Freire³⁸ é extremamente pertinente: ‘Ademais, nenhum prejuízo haverá às entidades privadas ao procederem à licitação ou ao adotarem e demonstrarem práticas que visam à escolha de melhor opção para o gasto do dinheiro público’.

As OS, portanto, quando realizarem contratações mediante uso de recursos público que venham a receber oriundo do contrato de gestão, deverão editar no prazo de 90 (noventa) dias regulamento próprio contendo os procedimentos a serem adotados para a contratação de obras, serviços, compras e alienação³⁹

(do art. 147 da lei nº. 9.637/98), regulamento este aprovado por, no mínimo dois terços dos membros do Conselho de Administração da OS (inc. VIII, do art. 4º da Lei nº. 9.637/98).

É norma cogente, ou seja, exige-se a lei específica que, em prazo determinado, seja tornado público regulamento próprio voltado à disciplina a contratação de suas obras, serviços e compras.

Esses regulamentos, na lição de Abduch Santos⁴⁰.

podem prever mecanismos simplificados e céleres de seleção, contanto que tenham conteúdo compatível com os princípios aplicáveis a essas entidades responsáveis pelo uso do dinheiro público. Não se exige, portanto, que os regulamentos próprios das entidades repitam as normas da Lei de Licitações. Dentro da moldura constitucional há espaço para inovações, sem que haja vinculação expressa a procedimentos formais da Lei nº. 8.666/93.

A elaboração dos regulamentos próprios constitui conduta revestida de singular natureza e especificidade. A sua concepção será fruto de um processo de tensão dialética que assegure a celeridade e dinamicidade próprias do regime de direito privado, sem descurar dos valores e princípios fundamentais ao regime de direito público, em especial nesse caso, no tocante à gestão de recursos públicos, à busca da proposta mais vantajosa, e ao princípio da isonomia.

Importante ressaltar, quanto ao conteúdo do regulamento a ser editado pela OS que devem eles, contemplar, em todo seu corpo normativo, nos princípios constitucionais aplicáveis à administração pública já referida no item 06 deste trabalho.

A formalidade deverá-ser da essência do ato e presente em todos os momentos sendo necessária a publicidade de todas as decisões que motivadas e fundamentadas asseguraram a publicidade da contratação da obra ou serviço, a começar do edital ou documento formal contendo todas as regras que nortearão o processo de seleção do contratado.

Abduch salienta que:

uma das providências de maior relevância no procedimento licitatório é a exata definição e descrição do objeto da contratação. Se a complexidade do objeto exigir, deverá ser realizado o projeto básico, ou um termo de referência, contendo as informações necessárias e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizá-lo, de modo a fornecer aos interessados os elementos indispensáveis à formulação das propostas, bem como fornecer à entidade contratante elementos para proceder à seleção objetiva e o posterior controle da execução contratual⁴¹.

Salienta também o referido autor como requisito indispensável, os de regularidade jurídica e fiscal e capacidade técnica, prevista na Lei nº. 8.666/93, os quais não podem ser desatendidos – em homenagem ao princípio da isonomia, da moralidade e da razoabilidade⁴². Requisitos estes já neste artigo objeto de reflexão.

8 DA APLICABILIDADE DAS NORMAS GERAIS SOBRE LICITAÇÃO ÀS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

Dispõe o art. 22, inciso XXVII, da Constituição, que compete à União exarar “normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas,

autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios”.

Trata-se de competência legislativa pertencente à União mas limitada à edição de normas iguais. Mas o que é norma geral?

Trago à colação, com esboço no estudo de Freire^[43], as lições de Adilson Abreu Dallari, Celso Antonio Bandeira de Melo, Carlos Ari Sundfeld e Hely Lopes Meirelles:

Adilson Abreu Dallari leciona que, para se obter o conceito de norma geral, deve-se fazer o caminho inverso, qual seja, dizer o que não é norma geral. E completa:

Não é norma geral aquela que corresponde a uma especificação, a um detalhamento. Portanto, norma geral é aquela que cuida de determinada matéria de maneira ampla. Norma geral é aquela que comporta uma aplicação uniforme pela União, Estado e Município; norma geral é aquela que não é completa em si mesma, mas exige uma complementação⁴⁴. Celso Antônio Bandeira de Mello expõe que normas gerais de licitações e contratos são aquelas que fixam “os princípios, os fundamentos, as diretrizes, os critérios básicos, conformadores das leis que necessariamente terão de sucedê-las para completar a regência da matéria”^[45]. Continua o jurista, asseverando que tais preceitos alcançam de forma indiferenciada todo o território nacional.

Ao tratar do tema, Carlos Ari Sundfeld enumera algumas normas gerais previstas na Lei nº. 8.666/93. Segundo o autor, seriam normas gerais aquelas que: a) definem a obrigatoriedade de licitação; b) enunciam os princípios

licitatórios e os direitos deles decorrentes; e, c) definem as modalidades de licitação⁴⁶.

Para Hely Lopes Meirelles, são normas

gerais sobre licitação e contratação administrativa aquelas que dispõem sobre: prazo mínimos de convocação, de interposição e decisão de recursos; limites máximos de valor fixados para as modalidades licitatórias; casos de dispensa, dispensabilidade e inexigibilidade de realização do certame⁴⁷.

Sabe-se que o problema reside no fato da expressão “norma gerais”, apresentar-se como um conceito jurídico indeterminado e que sem redução ou extensão é sempre motivo de difícil deslinde.

A propósito para Paulo José Villela Lomar:

a principal restrição à extensão de seu conceito encontra-se exatamente na autonomia assegurada a todos os entes federados (União, Estados Federados, Distrito Federal e Municípios) no art. 18, da Carta de 1988. Em outras palavras, as normas gerais a que se refere o texto constitucional não podem ferir a autonomia legislativa, bem como a administrativa, dos demais entes federados. E os parâmetros substantivos dessa limitação fixados no texto constitucional encontram-se nas atribuições, respectivamente: a primeira, deferida aos Estados Federados para suplementar a legislação federal de normas gerais com vistas a atender a suas peculiaridades, conforme os parágrafos segundo e terceiro no art. 24, e, a segunda, aos Municípios para legislar

sobre assuntos de interesse local, consoante o inciso I do art. 30⁴⁸.

Embora tal problema não se apresente de fácil deslinde, cremos que, em se tratando de assunto afeto ao direito administrativo, a solução mais adequada consiste em contemplar a possibilidade dos demais entes federativos, que não a União, editarem normas específicas sobre a matéria que, relacionando-se diretamente às suas peculiaridades regionais, possibilitem a realização do ideal de seleção da melhor proposta – razão de ser do instituto jurídico da licitação – a partir de diretrizes gerais desenhadas pela União.

Do exposto é de concluir que as normas serão gerais quando, no caso de licitação e contratação, estabelecerem suas modalidades e tipos de licitação, formas de contratação direta, princípios licitatórios e direitos deles decorrentes.

Normas gerais estas que a União, no exercício de sua competência prevista no art. 22, inc. XXVIII, da CF, editou por meio da Lei nº. 8.666/93 sobre licitações e contratos e que devem ser seguidos pelas administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais a própria União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. E, é claro, não se aplica estas normas gerais às Organizações Sociais, vez que não estão elas, incluídas neste rol de pessoas jurídicas.

Já os princípios específicos da licitação decorrem da própria Constituição. Assim

não se imagina que numa licitação, que é consequência da República, o julgamento seja subjetivo, pautado em critérios pessoais; tal prática é vedada (princípio do julgamento objetivo). Da mesma forma, o princípio da vinculação ao instrumento convocatório deriva de outros princípios como o da legalidade e

segurança jurídica. Uma licitação que não estabeleça, de antemão, as exigências de habilitação e as condições de aceitabilidade das propostas comerciais, por exemplo, geraria uma situação de insegurança entre os particulares, incompatível com a própria idéia de direito⁴⁹.

9 CONCLUSÕES

Um Estado Democrático de Direito necessariamente deve agasalhar uma sociedade civil capaz de mobilizar os cidadãos para que possam, por meio de organizações civis, provocar as transformações indispensáveis para que este Estado seja capaz de servir à sociedade e, assim, consolidar às inteiras a democracia.

Neste sentido, destaca-se tanto a sociedade civil, por meio de suas organizações sem fins lucrativos no campo da interação com o Estado. Como o próprio Estado (no caso brasileiro com claro indicativo constitucional nesta linha) reformulando-se e dando espaço em parcerias com o Terceiro Setor com vistas à consecução de ações na provisão de serviços, se não públicos, sociais por natureza.

A mobilização política e social, a reivindicação de direitos, a luta pela democracia é papel permanente das organizações sem fins lucrativos e do próprio Terceiro Setor e que obtém crescente protagonismo face às múltiplas crises do Estado (crise Fiscal, crise do bem-estar, crise de legitimação e até de governabilidade) a acentuar a generalizada perda de confiança na própria capacidade do Estado a superar suas deficiências e assim melhorar a qualidade de vida de seus cidadãos.

Creio, inclusive, estarmos diante de uma modificação da noção clássica de interesse público, vez que a possibilidade impo-

sitiva (que faz um verdadeiro Estado Democrático de Direito) de participação popular no processo político e de ações governamentais, protegendo e efetivando os interesses públicos traz de forma indelével a presença de um estado “subsidiário”.

Estado que tem limites no resguardo da liberdade e da autonomia da sociedade representada pelas organizações - pessoa jurídica sem fins lucrativos – que servem para desempenhar destacado papel a formular execução de políticas públicas em áreas de interesse social como saúde, educação e assistência, dentre outras.

Importante reafirmar que a primazia dada ao grupo social em detrimento somente do indivíduo devolve, podemos dizer assim, à sociedade civil matérias e assuntos que podem e até devem ser pro ela, com mais eficácia, realizados.

O Estado, assim, necessariamente, abre parcerias com as entidades privadas transformando sua formação de atuação para, por meio da edição de normas específicas e instituidoras de novos modelos de gestão participativa e, inclusive, de repasse de recursos públicos e materiais para particulares inserir no cenário jurídico a Organizações Sociais com seus contratos de gestão.

Certo é que a própria natureza da atividade ou a própria forma de gestão de recursos públicos pelas entidades privadas sem fins lucrativos leva à obediência e ao cumprimento dos princípios constitucionais já aplicados à administração pública, atraindo sim, ainda que parcialmente, o regime jurídico-administrativo aplicada ao Poder Público.

Neste diapasão as Organizações Sociais, que definitivamente não se constituem como uma nova pessoa jurídica e se inserem dentro de um programa de “privatização” do Estado para oferecer às pessoas jurídicas associativas a possibilidade de habilitadas e qualificadas receberem recursos públicos a administrar bens e equipamentos e pessoal do Estado em áreas e atividades no campo do ensino,

da pesquisa científica, do desenvolvimento tecnológico, da proteção e preservação de meio ambiente, da cultura e da saúde.

Programas de privatização este que tem sido, agora, julgado constitucional pelo STF (ADI 1923) primeiro pelo reconhecimento que já não é rígida a dicotomia entre o público e o privado estando presente na própria existência dos serviços públicos aqueles de titularidade estatal exclusiva àquele de titularidade mistamente pública e privada nos quais inseridos estão aqueles constantes dos objetivos das Organização Social. Tudo a refletir que a colaboração entre particulares (iniciativa privada) e o Poder Público na prestação de serviços de relevância pública permite (e até mesmo determina) que o Poder Público fomente essas atividades, inclusive mediante transpasse de recursos públicos.

Conclui-se, assim, que o próprio contrato de gestão, com instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parcerias para fomento e execução das atividades de ensino, de pesquisa científica, de desenvolvimento tecnológico, de proteção e de preservação do meio ambiente, cultura e saúde, consiste em linhas gerais em um convênio e neste diapasão não comporta a necessidade de um processo licitatório para sua realização.

Observa-se, no entanto, e com especial relevo que, como destacara os Ministros Ayres Britto e Luiz Fux nos seus votos proferidos, respectivamente em 31.03.11 e 19.05.11 no julgamento do mérito da ADI 1923 que aja em lugar do processo licitatório tal qual previsto na Lei nº. 8.666/93 em processo administrativo, objetivo, público, motivado e com controle social e também fulcrado nos princípios da publicidade, moralidade, impessoalidade e eficiência, economicidade e isonomia.

Extraiu-se, também, a conclusão de que devem as Organizações Sociais (como de sorte todas as entidades integrantes

de Terceiro Setor) editar regulamentos próprios para nortear os procedimentos licitatórios prévios às contratações mediante utilização de recursos públicos, que deverão conter previsões expressas acerca dos elementos necessários à garantia da qualidade da contratação, especialmente no tocante à capacidade jurídica, capacidade técnica, capacidade financeira e da situação de regularidade fiscal dos interessados e com ela contratar.

Por tudo o já exposto, verifica-se que as OS têm o dever constitucional de licitar e obrigação legal (art.17 da Lei nº. 9.637/98) de editar regulamento que estabeleçam as regras sobre a licitação e contratação.

Devem elas, também, observar os princípios constitucionais explícitos e implícitos da Administração Pública, mormente os constantes do art. 37 da DF.

Importante ao final destacar que o sistema normativo deve, antes de tudo, servir para atender as necessidades do cidadão e promover a solidariedade.

Assim, claro está que as organizações sociais podem desempenhar papel precioso de colmatação de lacunas da ação estatal. Todavia, não devem elas – ou qualquer entidade do Terceiro Setor – agir de maneira substitutiva ou totalmente

Em face da eleição dessa premissa maior, focaliza-se as organizações sociais como alternativas úteis ao desenvolvimento do Estado. Nessa ótica, aliás, a disciplina normativa, no plano dos Estados e Municípios, não deve reprisar imprecisões e defeitos da legislação federal. Com ênfase, sobretudo, há de ser evitado o ensejo para possíveis desvios no sentido de uma operacionalização do instituto como forma de privatização dissimulada ou despida das imperativas precauções constitucionais conforme ressaltado neste trabalho.

ABSTRACT: Today the sociopolitical order consists of three sec-

tors: the state, the market and civil society organizations, today called Third Sector. It is known that a democratic state must necessarily wrap up a civil society capable of mobilizing citizens to allow them, through civic organizations, cause the necessary changes so that this state is capable of serving society and thus to consolidate entire democracy. In this sense, stands civil society, through their nonprofit organizations in the field of interaction with the state. With the state itself (in Brazilian case with a clear constitutional indication in this thesis) reformulating up and giving up space in partnership with the third sector in order to achieve equity in the provision of services, if not public, social by nature. In this partnership are inserted Social Organizations, which are definitely not as a new legal entity and insert within a program of state “privatization” to offer legal people associated the possibility of qualified to receive public funds to administer property and equipment and State personnel in activity areas in education field, scientific research, technological development, protection and environment preservation, culture and health. This model is subject to judgment by the Supreme Court (Unconstitutionality Direct Action 1923) and reveals propitious moment for reflection on whether or not by such organizations of constitutional principles in their hiring of general rules on bidding of Law 8666/93 among other important aspects to this discussion.

Keywords: State. Third Sector. Social Organizations. Management Agreement. Constitutional principles. Bidding.

10 REFERÊNCIAS

[1] Estas reflexões foram extraídas da obra clássica de AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 39. ed. São Paulo: Globo, 1998, p. 2 e 3.

[2] A este respeito deve ser consultada a obra de Kildare Gonçalves Carvalho. **Direito Constitucional**: teoria do Estado e da Constituição. Direito constitucional positivo. 14ª edição. Del Rey, Belo Horizonte, 2008, p. 71 a 73.

[3] VERDÚ. **Curso de derecho político**, v. II, p. 49.

[4] DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Terceiro Setor e Estado**: legitimidade e regulação por um novo marco jurídico. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 129.

[5] Citação da obra da Professora Maria Tereza Fonseca Dias, p. 130.

[6] MESSINA, Regina A. Lunardelli. O papel das organizações não governamentais na concretização dos Direitos Fundamentais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: RT, ano 12, nº. 49, out.-dez. 2004 p. 106 e 107.

[7] PIETRO, Maria Sylvia Di. **Direito Administrativo**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2005, 25 et seq. citado por Regina Messina.

[8] MESSINA, Regina A. Lunaderlli. *Op. cit.*, p. 108 e 109.

[9] MESSINA, Regina A. Lunaderlli. *Op. cit.*, p. 109.

[10] No decorrer do trabalho, no item 5 serão realizadas reflexões à respeito das Organizações Sociais, entidades inseridas dentro do Plano Diretor de Reforma do Estado.

[11] Foi por meio da Lei 9.637, de 15.05.1998, que as entidades constituídas com a personalidade jurídicas privada, sem fins lu-

crativos e que possuem interesse de firmar parcerias com o Estado, puderam ser qualificadas como Organizações sociais (OS).

[12] Bresser Pereira. A reforma Gerencial de 1995 – Burocracia e Reforma do Estado, p.3. apud Adduch Santos.

[13] José Anacleto Abduch Santos, Licitação e Terceiro Setor. www.institutozenite.com.br acesso em 1º.04.2011.

[14] Simone de Castro Coelho, em tese publicada e intitulada de *Terceiro Setor – um estudo comparado entre Brasil e Estados Unidos*, agora na 2ª edição, São Paulo, ed. Senac. 2008 afirma, à fl. 58, que, segundo Seibel

[15] Definição de Boaventura de Souza Santos, no artigo “A Reinvenção Solidária e Participativa do Estado”, publicado às p. 243 a 271, in: Sociedade e Estado em Transformação, Luiz Carlos Bresser Pereira, Jorge Wilhelm, Lourdes Sole, organizadores. São Paulo: UNESP, Brasília: ENAP, 1999, p. 453.

[16] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 20. ed. rev., ampl. e atual. até 15.07.2008. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 321.

[17] ABDUCH SANTOS, José Anacleto. ob. cit. p. 6.

[18] BRESSER PEREIRA 1996: 285-87; 1997:25-31; CUNIL GRAU, 1996: 126-137), apud Paulo Modesto. Reforma Administrativa e Marco Legal das Organizações Sociais no Brasil – As dúvidas dos Juristas sobre o Modelo das Organizações Sociais. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 210. 195-212-out/dez. 1997 p. 20 e 207.

[19] Titular do Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado. Bresser Pereira é autor de A Reforma gerencial de 1995 – burocracia e reforma do Estado. Caderno Adenauer, Fundação Konrad Adenauer, nº. 3, 2001.

[20] Sobre o tema imprescindível a leitura dos trabalhos de Paulo Modesto Reforma do marco legal do terceiro setor no Brasil e Reforma administrativa e o marco legal das organizações sociais no Brasil – as dúvidas dos juristas sobre o modelo das organizações sociais. Ambos na Revista Trimestral de Direito Público, 1997.

[21] MODESTO, Paulo. ob. cit. p. 199.

[22] Maria Coeli Simões Pires. **Terceiro Setor e as Organizações Sociais**. Palestra proferida no 3º Congresso Mineiro de Direito Administrativo, realizado pelo Instituto Mineiro de Direito Administrativo – IMDA, no período de 16 a 19.11.98, em Belo Horizonte.

[23] Excerto do artigo de Lucia Melo, presidenta do Centro de Gestão e Estudos Estratégicos (CGEE), publicado na edição impressa do Jornal da Ciência, extraído do site www.cgee.org.br em 23.03.2011.

[24] Caderno MARE da Reforma do Estado. **Organizações sociais**. nº. 2, 4. ed. rev., Brasília, 1998, p. 36.

[25] Op. cit., p. 333-334.

[26] Na esfera federal e de acordo com informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (<<http://pgpe.planejamento.gov.br>>) existem, até maio de 2009, seis organizações sociais em funcionamento. São elas: Associação Brasileira de Tecnolo-

gia Luz Sincrotron, Associação de Desenvolvimento Sustentável Mamirauá, Associação Instituto de Matemática Pura e Aplicada, Associação Rede Nacional de Ensino e Pesquisa-RNP, Centro de Gestão e Estudos Estratégicos – CGEE, Associação de Comunicação Educativa Roquete Pinto – ACERP.

[27] Com efeito, diversas unidades da federação já vêm aprovando legislações semelhantes, de que são exemplos os Estados de Santa Catarina (Lei nº. 12.929, de 04.02.2004), Bahia (Lei nº. 8.647, de 29.07.2003), Sergipe (Lei nº. 5.217/2003), Pernambuco (Lei nº. 11.743/2000), Espírito Santo (Lei Complementar nº. 158/1999), Distrito Federal (Lei nº. 4.081, de 07.01.2008), Ceará (Lei nº. 12.781, de 30.12.1997), Goiás (Lei nº. 15.503, de 28.12.2005) e São Paulo (Lei Complementar nº. 846/1998).

[28] Trata-se da Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº. 1943-1, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, por meio de seu presidente Dr. Reginaldo Oscar de Castro e pelo Dr. Marcelo Mello Martins.

[29] O julgamento do pedido de medida liminar na referida ADI nº. 1.923-5 iniciou-se com a leitura do relatório em 24.06.1999, sendo que em 05.08.1999, após o voto do relator Ministro Ilmar Galvão indeferindo o pedido de medida liminar, o julgamento foi suspenso em virtude de pedido de vista formulado pelo Ministro Nelson Jobim. Após justificada renovação deste pedido de vista em 28.04.2004, foi proferido, em 29.03.2006, voto do Ministro Nelson Jobim indeferindo o pedido liminar, ocasião em que houve pedido de vista do Ministro Eros Grau. Após o voto-vista do Ministro Eros Grau em 02.02.2007, deferindo a cautelar para suspender a eficácia do art. 1.º da Lei nº. 9.637/1998, no que foi acompanhado pelo Ministro Joaquim Barbosa,

e do voto do Ministro Ricardo Lewandowski, que deferia a cautelar somente em relação ao art. 1.º da Lei nº. 9.648/1998, pediu vista dos autos o Ministro Gilmar Mendes. Por fim, em 1.º.08.2007, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos indeferiu a cautelar, vencidos o Ministro Joaquim Barbosa, que deferia a cautelar para suspender a eficácia dos arts. 5.º, 11 a 15 e 20 da Lei nº. 9.637/1998, e do inciso XXIV do art. 24 da Lei nº. 8.666/1993, com a redação dada pelo art. 1.º da Lei nº. 9.648/1998; o Ministro Marco Aurélio, que também deferia a cautelar para suspender os efeitos dos artigos 1.º, 5.º, 11 a 15, 17 e 20 da Lei nº. 9.637/1998, bem como do inciso XXIV do art. 24 da Lei nº. 8.666/1993, na redação do art. 1.º da Lei nº. 9.648/1998; e o Ministro Ricardo Lewandowski, que deferia a cautelar somente em relação ao inciso XXIV do art. 24 da Lei nº. 8.666/1993, na redação do art. 1.º da Lei nº. 9.648/1998. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie. Reformulou o voto proferido anteriormente o Ministro Eros Grau, que lavrou o acórdão. Com relação ao art. 1.º da Lei nº. 9.637/1998, os Ministros Sepúlveda Pertence e Néri da Silveira acompanhavam o Relator somente em relação à prestação dos serviços de saúde. Os Ministros Joaquim Barbosa e Gilmar Mendes não votaram relativamente ao art. 1.º da Lei nº. 9.637/1998 por sucederem aos Ministros Moreira Alves e Néri da Silveira que já haviam votado quanto a esse artigo. Não participaram do julgamento a Ministra Cármen Lúcia e o Ministro Carlos Britto por sucederem, respectivamente, aos Ministros Nelson Jobim e Ilmar Galvão (Relator).

[30] Esta decisão foi publicada no DOU/DJ, de 08.04.11 e os autos foram em 25.04.11 remetidos ao gabinete do Ministro Luiz Fux.

[31] Este também é o nosso entendimento, já de muito sufragado na obra de nossa autoria *Fundações, Associações, e Entidades de Interesse Social*, págs. 652 a 658.

[32] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 22. ed. rev. amp. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2009, p. 339-340.

[33] Excerto do voto proferido em 31.03.2011 pelo Min. Ayres Britto relator da ADI 1.923.

[34] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 300. Ob. cit. no voto do Min. Ayres Britto relator da ADI 1.923.

[35] Apud voto do Min. Ayres Britto.

[36] A partir de 2002 por ocasião da 3ª edição do livro *Fundações, Associações e Entidades de Interesse Social* e atualmente as págs. 652 a 658 da 7ª edição.

[37] André Luiz Freire. **As organizações sociais**: dever de licitar e normas gerais, p. 3. Disponível em: www.institutozenite.com.br

[38] Freire, Luiz, ob. cit. na qual recomenda a leitura do parecer da eminente Professora da Universidade Federal do Paraná, veiculado no Informativo de Licitações e Contratos – ILC, nº 82,dez./2010, p. 988.

[39] Entendo apropriado inclusive que tal regulamento seja aplicado para além da gestão de coisa pública para a utilização dos recursos privados.

[40] Adduch Santos. ob. cit. p. 9.

[41] Adduch Santos. ob. cit. p.10.

[42] Adduch Santos. ob. cit. p.10.

[43] André Luiz Freire. **As organizações sociais**: dever de licitar e normas gerais, pág. 4. Disponível em: www.institutozenite.com.br

[44] DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 20-21. apud André Luiz Freire.

[45] BANDEIRA DE MELLO, Celso. Antônio. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 490. apud André Luiz Freire.

[46] SUNDFELD, Carlo Ari. **Licitação e contrato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 29-30. apud André Luiz Freire.

[47] MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**, p. 36.

[48] MEIRELLES, Hely Lopes apud LOMAR, Paulo José Vilela, **Curso avançado de licitações e contratos públicos**, p. 20.

[49] André Luiz Freire ob.cit. p. 5.